



Gestione *in house* dei servizi pubblici locali: contaminazioni, suggestioni, soluzioni ¹

di Antonio Le Donne * e Chiara Pierotti **
pubblicato in "ASTRID-Rassegna" n. 5 del 2006

1. Premessa. - 2. La gestione *in house*. - 3. Elementi distintivi del modello di *governance* delle società di capitali dopo il D.Lgs. 6/2003. - 4. Elementi distintivi del modello di *governance* delle forme associate di gestione di funzioni e servizi nell'ambito locale secondo il d.Lgs. 267/2000. - 5. *Governance* delle società di capitali nelle *public utilities*. I filoni di inquadramento del controllo analogo. - 5.1 (*segue*) Il controllo analogo congiunto "esterno": un'esperienza concreta secondo un modello previsto dal d.Lgs. 267/2000. - 5.2 (*segue*) Il controllo analogo "interno": rapporto con l'architettura di *governance* societaria introdotta dal D.Lgs. 6/2003. - 6. Competenze degli organi dell'ente locale in merito all'affidamento diretto del servizio pubblico locale ed alla sua organizzazione e gestione: chi fa che cosa. - 7. Conclusioni. - APPENDICE: giurisprudenza e dottrina dal 2005 a oggi.

1. Premessa.

Con il presente lavoro si intendono affrontare le problematiche connesse alla gestione *in house providing* (o più sinteticamente *in house*) dei servizi pubblici locali. Il contributo che con esso vorremmo fornire ha l'obiettivo di arricchire la riflessione sulla gestione *in house* dei servizi pubblici locali di elementi spesso trascurati dalla dottrina amministrativista e che attengono agli aspetti della *governance* societaria come delineatasi dopo la riforma di cui al D.Lgs. 6/2003, obiettivo contestuale e speculare è anche quello di "contaminare" i tradizionali studi di diritto societario con penetranti incursioni degli ultimi esiti della riforma dell'amministrazione pubblica locale con il suo corredo di organi, strumenti e peculiari modalità di azione.

A tal fine procederemo all'analisi dell'evoluzione giurisprudenziale, sia nazionale che comunitaria, del concetto della gestione *in house*; individueremo poi gli elementi distintivi dei modelli di *governance* delle società di capitali così come ridisegnati dalla riforma del

¹ Il lavoro è il risultato unitario e condiviso della collaborazione dei due autori. In particolare, A. Le Donne ha scritto i paragrafi 3-4-5-7; C. Pierotti ha scritto i paragrafi 1-2-6 e l'APPENDICE.

* Segretario Generale - Direttore Generale del Comune di Capannori (LU)

diritto societario di cui al D.Lgs. 6/2003 nonché dei modelli di *governance* delle società di capitali nelle *public utilities*.

Saranno, altresì, illustrati i modelli di controllo analogo in rapporto all'architettura di *governance* societaria introdotta dal citato D.Lgs. 6/2003 nonché casi di attuazione di una forma di controllo analogo "esterno".

Inoltre, sarà delineata la ricostruzione delle competenze dei diversi organi dell'ente locale in merito all'affidamento diretto del servizio pubblico locale ed alla organizzazione e gestione dello stesso.

Infine, in Appendice verrà fornita una sintetica rassegna dei principali riferimenti del dibattito per quanto concerne sia la giurisprudenza, nazionale e comunitaria, sia la dottrina sugli affidamenti diretti disciplinati dall'art. 113, comma 5, lettera c) D.Lgs. 267/2000 *in house*. Tale rassegna, oltre a non avere alcuna pretesa di esaustività, è limitata a sentenze e provvedimenti giurisprudenziali ed articoli, note e commenti pubblicati tra il gennaio 2005 ed il febbraio 2006.

2. La gestione *in house*.

Per delimitare esattamente il campo temporale di intervento della presente trattazione sul tema della gestione di servizi pubblici locali mediante società *in house*, tenteremo di riassumere brevemente l'evoluzione del dibattito giurisprudenziale e dottrinario solo di questo ultimo anno, prendendo quale punto fondamentale di partenza la pubblicazione della sentenza della Corte di Giustizia della Comunità europea, sez. I, 11.1.2005 n. C-26/03 (*Stadt-Halle*).²

Ricordiamo appena che la dottrina e la giurisprudenza qualificano l'*in house* non come una concessione di servizi in senso formale, ma come una modalità ulteriore di affidamento che della concessione conserva, tuttavia, gli elementi sostanziali (sostituzione del concessionario al concedente e conseguente trasferimento della titolarità dell'esazione delle entrate derivanti dal servizio, assenza del pagamento di una prestazione da parte del concedente, trasferimento del vincolo del pareggio economico al concessionario).

** Dottoranda di ricerca in "Diritto dei servizi pubblici. L'integrazione tra diritto pubblico e privato." presso l'Università degli Studi di Pisa.

² In APPENDICE - Giurisprudenza comunitaria.

Anzitutto, può dirsi che, malgrado segnali di allarme lanciati da autorevoli osservatori del panorama degli enti locali, la giurisprudenza, sia nazionale che comunitaria, si sta muovendo su una linea di sostanziale continuità con la celebre sentenza c.d. *Teckal* del 1999, “madre” dell’*in house*³.

La giurisprudenza, semmai, si è concentrata nel sottolineare la necessità di un rigoroso e puntuale rispetto di quelli che possono considerarsi i tre requisiti fondamentali per gli affidamenti *in house*, indicati dalla stessa sentenza *Teckal* e poi recepiti dal nuovo testo dell’art. 113, comma 5, lettera c) del D.lgs. 267/2000:

1. il capitale della società cui affidare il servizio deve essere totalmente pubblico;
2. il controllo esercitato dall’ente partecipante ed affidante il servizio sulla società deve essere analogo a quello esercitato sui propri servizi;
3. l’attività esercitata dalla società deve essere realizzata, in misura prevalente, con l’ente o il gruppo di enti che la controllano

Passiamo, dunque, ad un breve approfondimento dei predetti punti.

Per quanto concerne il punto 1, con la sentenza CGCE *Stadt-Halle* si è definitivamente stabilito che la partecipazione, anche minoritaria, di un’impresa privata al capitale di una società alla quale partecipi anche l’amministrazione aggiudicatrice esclude in ogni caso che tale amministrazione possa esercitare sulla detta società un controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi. Tuttavia, su questo punto è necessario registrare anche una posizione che, pur concordando con quanto sostenuto dalla predetta sentenza, è apparentemente meno tassativa di quest’ultima; a tal proposito, il Consiglio di Stato, sez. V, nella sentenza del 22 dicembre 2005 n. 7345⁴, sostiene, infatti, che il capitale pubblico deve essere superiore al 99%, ma non necessariamente del 100%, potendo sempre

³ Si tratta della sentenza della Corte di Giustizia della Comunità europea, 18 novembre 1999, n. C-107-98 (*Teckal*). Con tale fondamentale sentenza la Corte di Giustizia ritiene che sia da escludersi l’applicabilità della Direttive CE 93/36 (sulle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture) qualora l’ente locale appaltante eserciti sulla persona giuridica dell’appaltatore, da esso distinta, un controllo analogo a quello che esso esercita sui propri servizi e tale persona giuridica realizzi la parte più importante della propria attività con l’ente o con gli enti locali che la controllano. Sono questi i cosiddetti “criteri *Teckal*”, utilizzati poi dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale nelle successive pronunce in tema di affidamento di servizi pubblici. Si ricorda, inoltre, che all’epoca della pronuncia (novembre 1999) era ancora vigente la legge 142/1990, poi sostituita dal D.Lgs. 267/2000, e che solo successivamente, con la L. 326/2003 di conversione del D.L. 269/2003, sono state apportate modifiche al D.Lgs. 267/2000 nel senso di consentire l’affidamento diretto di servizi pubblici locali proprio alle condizioni già individuate dalla Corte di Giustizia della Comunità europea con la sentenza *Teckal*.

⁴ In APPENDICE – Giurisprudenza nazionale.

esservi una quota di entità simbolica del privato; la motivazione essenziale, secondo il Consiglio di Stato, è che, in tale irrilevante misura, il privato non realizza un illecito vantaggio nei confronti di una società concorrente operante nello stesso settore⁵. La pronuncia del Consiglio, tuttavia, si segnala anche per altri profili di cui si darà conto più avanti.

Per quanto concerne il punto 2, con la sentenza della Corte di Giustizia della Comunità europea nota come *Parking Brixen*⁶ si è sostenuto che per dichiarare sussistente il requisito del controllo analogo non è sufficiente il controllo assolutamente maggioritario esercitato mediante il possesso delle quote dall'ente affidante, ma occorre un esercizio di fatto di tale controllo. Tuttavia, si segnala che la sentenza predetta non ha accolto del tutto le posizioni espresse nelle conclusioni dell'Avvocato Generale Juliane Kokott del 1 marzo 2005, n. C-458/03⁷. Invero, le conclusioni avevano lasciato intendere che il controllo analogo non potesse essere esercitato mediante poteri di direzione (ordini e istruzioni) e di vigilanza, come verso le strutture interne e gli enti dipendenti (vedi nn. 52-53 delle conclusioni), mentre la sentenza, proprio per dimostrare che non vi è controllo analogo, sottolinea che *"il controllo esercitato dal comune è in pratica limitato a quei provvedimenti consentiti ai sensi del diritto societario alla maggioranza dei soci, riducendo così sensibilmente il rapporto di dipendenza tra il comune e l'azienda speciale Servizi Municipalizzati Bressanone"*. A tal proposito, anche la giurisprudenza nazionale già con la sentenza del TAR Campania - Napoli, sez. I, 30 marzo 2005, n. 2784⁸ aveva ritenuto che per potersi parlare di controllo analogo si dovesse essere in presenza di un penetrante controllo economico e gestionale dell'ente locale in grado di esercitare la più totale ingerenza e controllo sulla gestione della società, incluso l'andamento economico-finanziario, analogamente a quanto avrebbe potuto fare con un servizio gestito direttamente. Tuttavia, anche su questo punto si farà un

⁵ Si ricorda, tuttavia, che l'art. 113, comma 5, lettera c) del D.Lgs. 267/2000 recita la titolarità del servizio può essere conferita *"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"* (sottolineatura nostra).

⁶ Si tratta della sentenza della Corte di Giustizia della Comunità europea, sez. I, 13.10.2005, n. C-458/03 (*Parking-Brixen*) in APPENDICE - Giurisprudenza comunitaria.

⁷ In APPENDICE - Giurisprudenza comunitaria.

⁸ In APPENDICE - Giurisprudenza nazionale.

approfondimento, tenuto conto che la giurisprudenza e la dottrina non appaiono univoche, né fra di loro né al loro interno, sul punto⁹.

Per quanto concerne il punto 3, nelle conclusioni dell'Avvocato Generale Christine Stix-Hackl del 12 gennaio 2006, n. C-340/04¹⁰ troviamo affermato che non costituisce un parametro per determinare la prevalenza dell'attività svolta la soglia dell'80% di cui all'art. 13 della Direttiva 93/38 CEE, la quale fa riferimento al fatto che *"almeno l'80% della cifra d'affari media realizzata nella Comunità dall'impresa in questione negli ultimi tre anni in materia di servizi derivi dalla fornitura di detti servizi alle imprese alle quali è collegata"*. I criteri a cui fare riferimento sarebbero, secondo le predette conclusioni, non solo di natura quantitativa, ma anche di natura qualitativa, attinenti cioè al soggetto in favore del quale la società controllata svolge la propria attività.

Riassumendo, quindi:

- per il punto 1 è necessario che il capitale della società cui affidare il servizio sia totalmente pubblico o comunque che la partecipazione del privato – stando alla recente giurisprudenza del Consiglio di Stato sopra ricordata – sia talmente simbolica da risultare praticamente irrilevante e da impedire al privato di realizzare un illecito vantaggio nei confronti di una società concorrente operante nello stesso settore;
- per il punto 2 è necessario che l'ente locale o gli enti locali partecipanti alla società e affidanti il servizio esercitino sulla stessa un controllo stringente da un punto di vista finanziario e gestionale tale da consentire in qualunque momento all'ente locale di realizzare pienamente gli obiettivi fissati nell'interesse pubblico (sentenza *Parking Brixen*)¹¹;
- per il punto 3 è necessario e sufficiente che la società a totale capitale pubblico, affidataria di un servizio pubblico locale ai sensi dell'art. 113, comma 5, lettera c), realizzi con l'ente o gli enti locali affidanti la prevalenza della sua attività avuto riguardo sia al profilo quantitativo che a quello qualitativo.

⁹ Il riferimento è sempre alla sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, 22.12.2005, n. 7345, già citata nella nota 4.

¹⁰ In APPENDICE – Giurisprudenza comunitaria.

¹¹ Si vedano, sul punto, le già citate conclusioni dell'Avvocato Generale Juliane Kokott del 1.3.2005, n. C-458/03 e la sentenza *Parking Brixen*, in APPENDICE – Giurisprudenza comunitaria.

Ecco quindi che, riconosciuta la possibilità di effettuare, in presenza dei requisiti predetti, tali affidamenti, ci si è maggiormente concentrati, anche in dottrina, sulla riflessione e sull'elaborazione in merito ad efficaci sistemi di *governance* delle società partecipate che consentano di rispettare i parametri normativi e di realizzare una gestione dei servizi pubblici locali davvero efficiente.

3. Elementi distintivi del modello di *governance* delle società di capitali dopo il D.L.gs 6/2003.

A seguito della riforma del diritto societario recata dal D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 6 (di attuazione della legge delega 3 ottobre 2001, n. 366) e dai successivi atti correttivi (D.Lgs. 6 febbraio 2004, n. 37 e D.Lgs. 28 dicembre 2004, n. 310), il codice civile oggi propone tre modelli alternativi:

- A. il sistema tradizionale o latino;**
- B. il sistema dualistico o tedesco;**
- C. il sistema monistico o anglosassone.**

Tuttavia, è necessaria un'avvertenza preliminare, che risulta doverosa a causa della frequente mancanza di chiarezza nei testi che si sono occupati del rapporto tra diritto societario e servizi pubblici locali.

Mentre per le società per azioni disciplinate dal capo V del titolo V del Codice civile è possibile adottare alternativamente tutti e tre i modelli, per le società a responsabilità limitata disciplinate dal capo VII del medesimo titolo V è, invece, possibile avvalersi del solo modello tradizionale.

Descriveremo ora brevemente i tre modelli dal punto di vista che qui interessa, cioè della differente impostazione ed inveroimento delle funzioni di rappresentanza, di amministrazione/gestione e di controllo attraverso la collocazione e reciproca interdipendenza degli organismi a ciò deputati.

A) Il sistema tradizionale è caratterizzato dai seguenti elementi:

- 1. la funzione di rappresentanza è assolta dall'assemblea ordinaria dei soci a cui è attribuito il novero di competenze definite dall'art. 2364 c.c. (approvazione del bilancio; nomina e revoca degli amministratori; nomina dei sindaci, del presidente del collegio sindacale, del soggetto a cui è affidato il controllo contabile;**

determinazione dei compensi degli amministratori e dei sindaci, se tale disposizione non è prevista nello statuto; deliberazione sulle responsabilità degli amministratori e dei sindaci; deliberazione sugli altri oggetti devoluti dalla legge alla competenza assembleare; deliberazione sulle autorizzazioni eventualmente richieste dallo statuto per il compimento di atti degli amministratori, ferma la responsabilità di questi per gli atti compiuti; approvazione dell'eventuale regolamento dei lavori assembleari). Di particolare importanza risulta la soppressione della c.d. "formula aperta", precedentemente prevista al comma (punto) 4 oggi non più in vigore, che consentiva allo statuto di attribuire funzioni gestionali all'assemblea dei soci comprimendo, conseguentemente, l'area di competenza degli amministratori. Infine, l'art. 2365 c.c. detta disposizioni per l'assemblea straordinaria che è abilitata ad assumere particolari decisioni tra le quali, in particolare, le modificazioni dello statuto.

2. la funzione di amministrazione/gestione è assolta dal consiglio di amministrazione a cui spetta in modo esclusivo la gestione della società (proprio in virtù della già richiamata soppressione della "formula aperta" e, dunque, in base al principio di separazione delle funzioni) compiendo le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale ai sensi dell'art. 2380 *bis* c.c.

3. la funzione di controllo generale è assolta dal collegio sindacale a cui spetta, ai sensi dell'art. 2403 c.c., la vigilanza sull'osservanza della legge e dello statuto, sul rispetto dei principi di corretta amministrazione e, in particolare, sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società e sul suo concreto funzionamento. Il collegio sindacale, inoltre, esercita il controllo contabile nel caso previsto dall'art. 2408 *bis*, terzo comma, se la società non fa ricorso al capitale di rischio e non è tenuta alla redazione del bilancio consolidato. In tal caso il collegio sindacale è costituito da revisori contabili iscritti nell'apposito registro. Il presidente del collegio sindacale è nominato dall'assemblea (art. 2398 c.c.). I sindaci devono assistere alle adunanze del consiglio di amministrazione, alle assemblee e alle riunioni del comitato esecutivo (art. 2405, primo comma, c.c.).

4. la funzione di controllo contabile è assolta dal revisore contabile o da una società di revisione iscritti nell'apposito registro. Tale figura è eventuale, essendo

necessario nominarla solo nel caso ricorrano le condizioni sopra indicate dall'art. 2409 *bis*, terzo comma. Secondo l'art. 2409 *ter* c.c. il revisore: verifica la regolare tenuta della contabilità sociale e a corretta rilevazione nelle scritture contabili dei fatti di gestione; verifica se il bilancio di esercizio e, ove redatto, il bilancio consolidato corrispondono alle risultanze delle scritture contabili e degli accertamenti eseguiti e se sono conformi alle norme che li disciplinano; esprime con apposita relazione un giudizio sul bilancio di esercizio e sul bilancio consolidato, ove redatto. Il revisore o la società incaricata può chiedere agli amministratori documenti e notizie utili al controllo e può procedere a ispezioni, documentando la propria attività in un apposito libro.

B) Il sistema dualistico importato nel nostro codice è ispirato al modello di derivazione tedesca, che è stato introdotto anche negli ordinamenti giuridici di Francia, Olanda e Finlandia. Tale sistema è caratterizzato dai seguenti elementi:

1. **La funzione di rappresentanza è assolta dall'assemblea dei soci** a cui è attribuito il novero di competenze definite dall'art. 2364 *bis* c.c. (nomina e revoca dei consiglieri di sorveglianza; determinazione del compenso ad essi spettante se non stabilito dallo statuto; deliberazione sulla responsabilità dei consiglieri di sorveglianza; deliberazione sulla distribuzione degli utili; nomina del revisore contabile). Si osservi che in tale modello alcune delle competenze attribuite all'assemblea nel modello tradizionale sono, invece, attribuite al consiglio di sorveglianza (in particolare la nomina dei componenti del consiglio di gestione come si vedrà). Anche in tale modello operano le previsioni dell'art. 2365 c.c. concernenti i poteri dell'assemblea straordinaria.

2. **La funzione di amministrazione/gestione è assolta dal consiglio di gestione** a cui spetta, in modo esclusivo, la gestione della società compiendo le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale. A tale organo è attribuito il potere di rappresentanza. Esso è costituito da non meno di due membri, anche non soci, nominati, eccetto quelli già indicati nell'atto costitutivo, dal consiglio di sorveglianza, revocabili in qualunque momento anche in assenza di giusta causa (fatto salvo, in tal caso, il diritto al risarcimento dei danni ai sensi dell'art. 2409 *novies* c.c.). In via generale, l'art. 2409 *undecies* c.c. stabilisce che al consiglio di

gestione si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni previste per il consiglio di amministrazione del sistema tradizionale.

3. La funzione di controllo generale è assolta dal consiglio di sorveglianza a cui spettano, però, anche compiti di indirizzo che nel sistema tradizionale spettano all'assemblea. Tale organo è costituito da almeno tre componenti nominati, eccetto quelli già indicati nell'atto costitutivo, dall'assemblea, dei quali almeno uno deve essere iscritto nel registro dei revisori contabili; essi sono revocabili in qualunque momento anche in assenza di giusta causa (fatto salvo, in tal caso, il diritto al risarcimento dei danni ai sensi dell'art. 2409 *novies* c.c.). Lo statuto determina i poteri del presidente del consiglio di sorveglianza anch'esso eletto dall'assemblea. I componenti del consiglio di sorveglianza non possono essere nominati all'interno del consiglio di gestione, stante il principio di rigida separazione di funzioni già citato. A tal proposito le competenze del consiglio di sorveglianza sono: la nomina e la revoca dei componenti del consiglio di gestione, determinandone il compenso salvo che tale competenza non sia attribuita dallo statuto all'assemblea; l'approvazione del bilancio di esercizio e, ove redatto, del bilancio consolidato; la vigilanza di cui al citato art. 2403 c.c., primo comma, sui doveri del collegio sindacale nel sistema tradizionale, esplicitamente richiamato dall'art. 2409 *terdecies* c.c.; la promozione dell'esercizio dell'azione di responsabilità nei confronti dei componenti del consiglio di gestione; la presentazione della denuncia al tribunale nei casi previsti all'art. 2409; l'effettuazione almeno una volta all'anno del referto scritto all'assemblea sull'attività di vigilanza svolta, sulle omissioni e sui fatti censurabili rilevati. Se lo statuto lo prevede, il consiglio di sorveglianza può deliberare in ordine alle operazioni strategiche e ai piani industriali e finanziari della società predisposti dal consiglio di gestione, ferma restando la responsabilità di quest'ultimo per gli atti compiuti. I componenti del consiglio di sorveglianza possono assistere alle adunanze del consiglio di gestione e devono partecipare alle assemblee; sono responsabili solidalmente con il consiglio di gestione per i fatti o le omissioni di questo quando il danno non si sarebbe prodotto se avessero vigilato in conformità degli obblighi della loro carica.

4. La funzione di controllo contabile è assolta dal revisore contabile o da una società di revisione iscritti nell'apposito registro. Tale figura è eventuale, essendo

necessario nominarla solo nel caso ricorrano le condizioni sopra indicate dall'art. 2409 *bis*, terzo comma. Secondo l'art. 2409 *ter* c.c. il revisore: verifica la regolare tenuta della contabilità sociale e a corretta rilevazione nelle scritture contabili dei fatti di gestione; verifica se il bilancio di esercizio e, ove redatto, il bilancio consolidato corrispondono alle risultanze delle scritture contabili e degli accertamenti eseguiti e se sono conformi alle norme che li disciplinano; esprime con apposita relazione un giudizio sul bilancio di esercizio e sul bilancio consolidato, ove redatto. Il revisore o la società incaricata può chiedere agli amministratori documenti e notizie utili al controllo e può procedere a ispezioni, documentando la propria attività in un apposito libro.

C) Il **sistema monistico** importato nel nostro codice è ispirato al modello di derivazione anglosassone. Tale sistema è caratterizzato dai seguenti elementi:

1. **La funzione di rappresentanza è assoluta dall'assemblea dei soci** a cui è attribuito il novero di competenze definite dagli artt. 2364 e 2365 c.c. proprie del sistema tradizionale come sopra delineato ed al quale si rinvia.
2. **La funzione di amministrazione/gestione è assoluta dal consiglio di amministrazione** a cui spetta in modo esclusivo la gestione della società compiendo le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale. Il consiglio, inoltre, salvo diversa disposizione dello statuto, determina il numero e nomina i componenti del comitato per il controllo sulla gestione che è costituito all'interno del consiglio stesso. In tal modo, il consiglio si articola in due comitati: uno esecutivo dedito alla gestione, l'altro per il controllo sulla gestione.
3. **La funzione di controllo generale è assoluta dal comitato per il controllo sulla gestione** di cui si è detto, che ha le seguenti competenze previste dall'art. 2409 *octiesdecies* c.c.: elegge al suo interno il presidente del comitato; vigila sull'adeguatezza della struttura organizzativa della società, del sistema di controllo interno e del sistema amministrativo e contabile, nonché sulla sua idoneità a rappresentare correttamente i fatti di gestione; svolge ulteriori compiti affidatigli dal consiglio di amministrazione (esclusa sempre la gestione, ovviamente) con particolare riguardo ai rapporti con i soggetti incaricati del controllo contabile. Almeno uno dei componenti del comitato per il controllo sulla gestione deve essere

scelto fra gli iscritti nel registro dei revisori contabili. I componenti partecipano alle riunioni del consiglio di amministrazione, senza diritto di voto, anticipando la fase di controllo al momento in cui si forma la volontà del consiglio stesso.

- 4. La funzione di controllo contabile è assolta dal revisore contabile o da una società di revisione iscritti nell'apposito registro.** Tale figura è eventuale, essendo necessario nominarla solo nel caso ricorrano le condizioni sopra indicate dall'art. 2409 *bis* c.c., terzo comma. Secondo l'art. 2409 *ter* c.c. il revisore: verifica la regolare tenuta della contabilità sociale e la corretta rilevazione nelle scritture contabili dei fatti di gestione; verifica se il bilancio di esercizio e, ove redatto, il bilancio consolidato corrispondono alle risultanze delle scritture contabili e degli accertamenti eseguiti e se sono conformi alle norme che li disciplinano; esprime con apposita relazione un giudizio sul bilancio di esercizio e sul bilancio consolidato, ove redatto. Il revisore o la società incaricata può chiedere agli amministratori documenti e notizie utili al controllo e può procedere ad ispezioni, documentando la propria attività in un apposito libro.

4. Elementi distintivi del modello di *governance* delle forme associate di gestione di funzioni e servizi nell'ambito locale secondo il d. lgs. 267/2000.

La tematica del controllo analogo secondo l'approccio "esterno"¹² pone la questione del rapporto con l'architettura di *governance* istituzionale territoriale secondo il D.Lgs. 267/2000 (Testo unico sull'ordinamento degli enti locali - TUEL).

Sinteticamente, il tema va inserito nel quadro generale dei principi che informano l'ordinamento delle autonomie locali tra i quali l'equiordinazione dei vari livelli istituzionali, l'autonomia, la sussidiarietà, la responsabilità e l'adeguatezza del governo locale, l'effettività dell'esercizio dei diritti e dell'accesso ai servizi, l'efficacia e l'efficienza della gestione.

In tal senso, l'ordinamento appresta i mezzi e le forme per individuare l'ambito ottimale per l'esercizio associato e l'erogazione congiunta di funzioni e servizi. Le forme associative previste nel capo V del D.Lgs 267/2000 sono, dunque, le seguenti:

¹² Per questa distinzione (controllo analogo "esterno" ed "interno") si veda il capitolo 5.

- A. **Convenzioni (art. 30)**
- B. **Consorzi (art. 31)**
- C. **Unioni di comuni (art. 32)**
- D. **Esercizio associato di funzioni e servizi da parte di comuni (art. 33)**
- E. **Accordi di programma (art. 34)**

Procediamo a una breve disamina delle suddette forme.

A) La convenzione è finalizzata a svolgere in modo coordinato funzioni e servizi. Nel documento sottoscritto dagli enti devono essere stabiliti i fini, la durata, le forme di consultazione degli enti contraenti, i loro rapporti finanziari, reciproci obblighi e garanzie. Le convenzioni possono prevedere la costituzione di uffici comuni, che operano con personale distaccato dagli enti partecipanti, ai quali affidare l'esercizio delle funzioni pubbliche in luogo degli enti partecipanti all'accordo, ovvero la delega di funzioni da parte degli enti partecipanti all'accordo a favore di uno di essi, che opera in luogo e per conto degli enti deleganti.

B) Il consorzio è finalizzato alla gestione associata di funzioni e servizi. Gli enti locali possono costituirlo secondo le norme previste per le aziende speciali di cui all'art. 114 del D.Lgs. 267/2000 in quanto compatibili. A tal fine gli enti locali approvano una convenzione ai sensi dell'art. 30 unitamente allo statuto del consorzio. La convenzione deve disciplinare le nomine e le competenze degli organi consortili e prevedere la trasmissione agli enti aderenti degli atti fondamentali del consorzio; lo statuto, in conformità alla convenzione, deve disciplinare l'organizzazione, la nomina, e le funzioni degli organismi consortili.

C) L'unione dei comuni sono enti locali costituiti da due o più comuni di norma contermini, allo scopo di esercitare congiuntamente una pluralità di funzioni di loro competenza. Lo statuto individua gli organi dell'unione e le modalità per la loro costituzione ed individua, altresì, le funzioni svolte dall'unione e le corrispondenti risorse. In particolare, lo statuto deve prevedere il presidente dell'unione scelto tra i sindaci dei comuni interessati e deve prevedere che altri organi siano formati da componenti delle giunte e dei consigli dei comuni associati, garantendo la rappresentanza delle minoranze. Alle unioni competono gli introiti derivanti dalle tasse, dalle tariffe e dai contributi sui servizi ad esse affidati.

D) L'esercizio associato di funzioni e servizi da parte dei comuni è conseguente al trasferimento delle funzioni ai comuni da parte delle regioni. Al fine di consentire anche ai comuni di minore dimensione demografica l'esercizio delle predette funzioni conferite le regioni individuano i livelli ottimali di esercizio delle stesse secondo la metodologia della concertazione istituzionale. Le regioni prevedono altresì forme di incentivazione all'esercizio associato delle funzioni.

E) L'accordo di programma è finalizzato alla definizione ed all'attuazione di opere, di interventi o di programmi di intervento che richiedono, per la loro completa realizzazione, l'azione integrata e coordinata di comuni, di province e regioni, di amministrazioni statali e di altri soggetti pubblici. Con l'accordo si disciplinano le modalità per assicurare il coordinamento delle azioni e per determinarne i tempi, le modalità, il finanziamento e ogni altro connesso adempimento. L'accordo recante il consenso unanime degli enti coinvolti è approvato con atto formale e pubblicato dal soggetto che rappresenta l'ente titolare della competenza primaria o prevalente sull'opera, o sugli interventi o sui programmi di intervento. Il medesimo soggetto presiede il collegio che vigila sull'esecuzione dell'accordo.

Da questa breve disamina si evince chiaramente che la forma idonea per esercitare il controllo analogo congiunto esterno è la **convenzione**. Tale conclusione nasce dalle seguenti semplici riflessioni:

- Il consorzio appare uno strumento del tutto sovradimensionato rispetto all'obiettivo dell'esercizio congiunto della funzione di controllo di un terzo soggetto; infatti, necessita l'approvazione sia dello statuto, che deve costruire una persona giuridica analoga all'azienda speciale, sia di una convenzione, che deve disciplinare gli elementi salienti dell'ordinamento interno e delle modalità comunicative tra il consorzio e gli enti consorziati; oltre alla complessità del processo generativo, è anche l'apparato che consegue, inoltre, esso stesso complesso, quasi quanto l'ente che dovrebbe controllare.
- L'unione dei comuni appare uno strumento per un verso più riduttivo, essendo esperibile solo dai comuni e non da altri enti; per un altro verso anch'esso, anzi ancor più del consorzio, risulta sovradimensionato, tenuto conto che deve costruire non già un ente strumentale dell'ente locale, come il consorzio-azienda, ma un vero

e proprio nuovo ente locale per svolgere una funzione che, pur presentando profili sia politici che tecnici, tuttavia è meramente strumentale all'attività finale di un altro soggetto (la società di capitali partecipata).

- L'esercizio associato di funzioni e servizi è anch'esso limitato ai comuni, e pertanto impedisce che si possa utilizzare per il controllo analogo su una società partecipata anche da soggetti diversi; inoltre, esso appare più come un modulo attuativo della funzione organizzativa regionale in materia di conferimento di funzioni, anziché come una vera e propria forma di gestione associata "libera" (cioè per funzioni e servizi propri degli enti interessati e liberamente scelti tra questi); invece, per la gestione associata autonomamente individuata soccorre proprio la convenzione anche con la modalità specifica del cd. Ufficio comune (o Ufficio associato).

5. Governance delle società di capitali nelle *public utilities*. I filoni di inquadramento del controllo analogo.

Il problema fondamentale che si pone è dunque quello di individuare la natura e, conseguentemente, le modalità di esercizio del controllo analogo: quale rapporto, cioè, intercorre tra ente proprietario e società partecipata.

Il tema è già stato anticipato nel capitolo 2, essendo questo uno dei tre pilastri su cui si regge il modulo dell'*in house*. Ora proviamo ad approfondirlo cercando di rinvenire i filoni rilevanti nell'ampio dibattito che si è svolto in questi anni successivi alla famosa sentenza *Teckal* del novembre 1999 già citata, nonché, ancor di più, dalla sentenza *Stadt Halle* del gennaio 2005, anch'essa nota.

Un primo filone, quello "altamente rigoroso", è rintracciabile nella dottrina che ritiene possibile ricostruire una definizione di controllo analogo sulle fondamenta di un rapporto equivalente a quello di "subordinazione gerarchica"¹³.

Un secondo filone "mediamente rigoroso" è rintracciabile nella giurisprudenza comunitaria che ritiene possibile ricostruire una definizione di controllo analogo quale "delegazione interorganica". In altre parole, nell'ipotesi in cui l'amministrazione aggiudicatrice esercita sull'ente aggiudicatario un controllo analogo a quello esercitato sui

¹³ Si veda quanto sostenuto dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento delle politiche comunitarie nella Circolare del 19 ottobre 2001, n. 12727, in particolare al punto 4.

propri servizi non siamo di fronte a due soggetti distinti, ma ad un unico soggetto, in quanto l'amministrazione aggiudica il servizio ad un soggetto qualificabile alla stregua di un proprio organo o di un prolungamento amministrativo della stessa. Ecco, quindi, che non può ritenersi sussistente in tale ipotesi un rapporto di terzietà tra amministrazione aggiudicatrice ed ente affidatario, in quanto il controllo esercitato dalla prima sul secondo è tale da annullare in modo completo la volontà negoziale e l'autonomia dell'ente stesso.

Il controllo analogo consiste, secondo alcuni, in un'assenza di autonomia decisionale della società *in house* ed in una sua dipendenza sia finanziaria che amministrativa dall'ente o dagli enti che la controllano:

- la dipendenza finanziaria si ravvisa nella relazione proprietaria sotto la forma della partecipazione pubblica, diretta o indiretta, nella società¹⁴;
- la dipendenza amministrativa si sostanzia intesa in termini sia di dipendenza gestionale che di dipendenza organizzativa¹⁵.

Inoltre, per delimitare più correttamente il requisito del "controllo analogo", in dottrina è stata suggerita una distinzione tra controllo strutturale e controllo sull'attività. Sulla base di tale ricostruzione il controllo strutturale si sostanzierebbe nell'esercizio di un potere di controllo sulla struttura di vertice del soggetto controllato, manifestandosi attraverso il potere di nomina della maggioranza dei soggetti che compongono gli organi di amministrazione, direzione o vigilanza del soggetto aggiudicatario; il controllo sull'attività si sostanzierebbe, invece, in un potere di valutare la conformità dell'attività svolta dall'ente controllato ad un parametro legale. La giurisprudenza comunitaria ha poi esteso il concetto di controllo strutturale anche ad ipotesi che sarebbero, invece, di controllo sull'attività, quali, ad esempio, il controllo esercitato *a posteriori* sul bilancio d'esercizio da parte del soggetto controllante, qualora esso risulti idoneo ad influenzare le decisioni dell'organismo controllato. Tuttavia, si ricorda che, a fronte di una tale distinzione, in dottrina vi è chi ha sostenuto che affinché possa ritenersi sussistente il controllo analogo è assolutamente necessario che vi sia controllo strutturale, mentre non sembra essere sufficiente che vi sia controllo sulle attività.

¹⁴ Cfr. sentenza della Corte di Giustizia della Comunità europea, 10.11.1998, n. C-360/96 (*Arnhem*).

¹⁵ Cfr. sentenza della Corte di Giustizia della Comunità europea, 9.9.1999, n. C-108/98 (*RI.SAN*).

Un terzo filone di “minor rigore” lo si può rinvenire nella già citata pronuncia della Quinta sezione del Consiglio di Stato n. 7345 del 22 dicembre 2005, che ha in parte riformulato i termini della questione.

In tale sentenza, infatti, si sostiene che “ *e’ quindi da escludere, in linea di principio, che il diritto comunitario possa imporre un modulo che riproduca, tra Amministrazione e società affidataria, quella forma di dipendenza che è tipica degli uffici interni all’ente. Per conseguenza, si rivela improponibile l’impostazione accolta dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento delle politiche comunitarie, 19 ottobre 2001 n. 12727, nella quale si fa riferimento, addirittura, alla ‘subordinazione gerarchica’*”. Inoltre, il giudice estensore prosegue il suo ragionamento sostenendo che la sentenza della Corte di Giustizia della Comunità europea del 27 febbraio 2003, n. C-373/00¹⁶ autorizza a ritenere che il possesso della totalità o della maggioranza delle azioni della società affidataria da parte dell’ente o degli enti pubblici consorziati permette “*l’esercizio di una funzione di direzione e controllo della gestione, che, se pure non identico nelle modalità, sia sostanzialmente equivalente a quello svolto sulle unità operative direttamente dipendenti* ” Sempre lo stesso giudice ritiene, conseguentemente, che gli enti proprietari “*sia mediante la nomina degli organi, sia mediante l’approvazione di opportune deliberazioni, sono in condizione di imporre, o meglio, di svolgere, ogni tipo di verifica e di rendiconto, in modo che sia operante la sostanziale identificazione riscontrabile tra il soggetto societario agente con la mano pubblica che le affida il servizio*”. Conclude il predetto giudice che “ *E’ appunto tale identificazione che rende compatibile con le regole comunitarie che tutelano la concorrenza l’affidamento di un servizio pubblico a una società privata senza l’adozione delle procedure a evidenza pubblica*”.

Ebbene, la sentenza lungamente, ma crediamo utilmente, citata, immette una modifica nello scenario che si stava delineando, richiedendo una riformulazione dell’inquadramento complessivo in cui si conforma il rapporto tra ente proprietario e società partecipata affidataria.

Pur non ritenendo proponibile, né auspicabile, un ribaltamento dell’approccio descritto prima della citata sentenza, la tesi che intendiamo sostenere si pone in una posizione forse intermedia; si tratta, cioè, da un lato di riconoscere, nel modulo dell’*in house*, la necessità di un rapporto più “intenso e penetrante” tra ente proprietario e società partecipata, e, da un

¹⁶ Si tratta della sentenza della Corte di Giustizia della Comunità europea, sez. V, 27.2.2003, n. C-373/00, nota per aver chiarito la nozione di amministrazione aggiudicatrice.

altro lato, di valorizzare la peculiarità dello strumento giuridico societario per i fini che gli sono propri pur in un contesto di finalità indiscutibilmente pubbliche.

Ne consegue, pertanto, che sarà opportuno impostare la questione del controllo analogo esplorando tutti gli strumenti consentiti dall'ordinamento giuridico italiano affinché venga esercitato sulla società *in house* il maggior controllo consentibile nel rispetto dello statuto d'autonomia gestionale di cui gode per legge tale soggetto giuridico, per non snaturarne la fisionomia tarbandone le potenzialità.

In tale prospettiva, proponiamo ora all'attenzione una distinzione che abbiamo ritenuto di denominare nei seguenti termini:

1. **il controllo analogo "esterno"** alla società partecipata, che prevede la costituzione di un organismo di controllo al di fuori della società in posizione intermedia tra questa e l'Ente locale proprietario secondo le forme consentite dall'ordinamento delle autonomie locali illustrate al capitolo 5;
2. **il controllo analogo "interno"** alla società partecipata, che si avvale per l'esercizio del controllo di uno degli organismi previsti dal diritto societario riformato secondo i tre modelli illustrati al capitolo 4.

5.1 Il controllo analogo congiunto "esterno": un'esperienza concreta secondo uno dei modelli previsti dal D.Lgs 267/2000.

Dall'esperienza di questi pochi anni di attuazione dell'art. 113, comma 5, lettera c) del D.Lgs. 267/2000 si segnala il modello di controllo analogo "esterno" realizzato dal Comune di Azzano Decimo in Provincia di Pordenone e da altri Comuni, tutti soci di una società a capitale totalmente pubblico per la gestione del servizio di smaltimento dei rifiuti.

Nel caso oggetto della decisione del TAR Friuli Venezia Giulia, 15.7.2005, n. 634¹⁷ è stato scelto lo strumento della convenzione ex art. 30 D.Lgs. 267/2000 tra il Comune di Azzano Decimo (PN) e gli altri Comuni soci della società.

Con tale convenzione viene introdotta una forma di controllo analogo esercitato attraverso l'Assemblea di coordinamento intercomunale, costituita dai legali rappresentanti o loro delegati di ciascun ente locale, ognuno con responsabilità e diritto di voto pari alla quota di partecipazione.

Tale organo provvede:

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

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

Inoltre, ai sensi dell'art. 18 *bis* dello Statuto, né il bilancio, né il piano industriale, né gli altri documenti programmatici possono essere approvati dagli organi della società prima che siano stati esaminati dall'Assemblea di coordinamento intercomunale; ciascun ente locale può chiedere informazioni in merito alla gestione dei servizi pubblici da esso affidati alla società e detti servizi vanno svolti secondo disciplinari approvati dagli enti locali, in modo da consentire il completo controllo da parte di ciascun ente di ognuno dei servizi da esso conferiti.

Il TAR Friuli Venezia Giulia, nel ritenere legittima tale forma di affidamento *in house*, ha preso atto che l'amministrazione aggiudicatrice e l'affidataria non sono soggetti realmente distinti e che si è realizzato, in forma societaria, un soggetto del tutto simile ai consorzi-azienda (azienda speciale consortile, dalla quale la società oggetto della causa è

¹⁷ In APPENDICE – Giurisprudenza nazionale.

derivata) con terzietà solo formale, ed in tal modo si è certamente realizzato il cosiddetto “controllo analogo” congiunto da parte di tutti i soci.

Tuttavia, l’adozione di un controllo analogo “esterno” quale quello oggetto della citata sentenza, lascia irrisolti alcuni aspetti. Resta, infatti, da verificare, anche nel concreto funzionamento, la compatibilità con le funzioni e le responsabilità previste dal codice civile per il consiglio di amministrazione nonché i problemi legati ai poteri ed al funzionamento dell’assemblea sociale che deve operare in parallelo con la cosiddetta assemblea di coordinamento e resta da approfondire, anche sul piano teorico, il delicato problema dell’armonizzazione tra norme civilistiche-societarie e norme del diritto amministrativo.

5.2 Il controllo analogo “interno”: rapporto con l’architettura di *governance* societaria introdotta dal D.Lgs. 6/2003.

Riguardo alla soluzione interna per l’esercizio del controllo analogo, desideriamo avanzare il seguente parallelo fra i tre modelli di *governance* societaria e le tre ipotesi di società partecipata da enti pubblici:

- il modello tradizionale o latino meglio risponde alle esigenze delle società pubbliche non *in house* che, pertanto, non devono esercitare un controllo analogo a quello sui propri uffici;
- il modello dualistico o tedesco meglio risponde alle esigenze delle società pubbliche *in house* pluripartecipate dove si pone il problema del controllo analogo congiunto fra più enti proprietari;
- il modello monistico o anglosassone meglio risponde alle esigenze delle società pubbliche *in house* a partecipazione monoente dove il problema del controllo analogo rimane interno all’unico ente proprietario.

Naturalmente, come già detto, il sistema dualistico e quello monistico sarebbero esperibili solo se l’organismo partecipato fosse una S.p.A. Nel caso della S.r.l., l’esercizio del controllo analogo “interno”, come sopra illustrato, sarebbe difficilmente realizzabile, pur forzando creativamente i limiti posti dalle disposizioni codicistiche con appropriate previsioni statutarie. Nel caso di una S.p.A. a capitale totalmente pubblico partecipata da

più enti tra i modelli di *governance* societaria sopra descritti quello che sembra il più adatto a realizzare un controllo analogo “interno” è il sistema dualistico.

Il sistema dualistico costituisce, infatti, un modello di assetto ed equilibrio di poteri tra organi che sembra ben adeguarsi alle logiche di gestione delle società partecipate dagli enti locali, ed in particolare di quelle a capitale totalmente pubblico, e ben si colloca all'interno del sistema civilistico-societario.

I vantaggi dell'adozione del sistema dualistico possono essere sintetizzati come segue.

- 1) Replicare virtuosamente, nell'ambito societario, il principio di distinzione di competenze tra sfera politica e sfera burocratica, articolando rispettivamente le attribuzioni di ciascuna di tali sfere tra chi nomina e chi cura la gestione
- 2) Garantire l'effettività di criteri di professionalità, allocando negli organi sia di gestione che di sorveglianza soggetti in grado di apportare all'attività della società elementi di conoscenza necessari per l'ottimale erogazione del servizio.
- 3) Consentire la più ampia rappresentanza a tutti i soci, tenuto anche conto dell'articolazione interna degli stessi.
- 4) Assegnare la funzione di indirizzo e controllo a soggetti individuati dagli organi politici (consiglio di sorveglianza), sul modello di controllo già presente nella pubblica amministrazione locale (collegio dei revisori dei conti).
- 5) Individuare soggetti professionisti o dirigenti della stessa amministrazione pubblica, accertando comunque le loro capacità manageriali, attribuendo loro la funzione di gestione (consiglio di gestione), direttamente controllati dal consiglio di sorveglianza.

Per concludere si ritiene debba farsi anche solo un semplice cenno alle problematiche connesse alla posizione di favore, attribuita dagli articoli 2449 e 2450 del codice civile agli enti pubblici, in ordine alla nomina dei componenti degli organi sociali. Tali disposizioni riguardano la disciplina della presenza e dei poteri dello Stato e degli enti pubblici rispetto a società per azioni nelle quali questi abbiano partecipazione ovvero sia loro attribuito il potere di nomina. Si tratta di disposizioni di notevole portata e che conferiscono allo Stato ed agli enti pubblici poteri penetranti nell'ambito delle società; tuttavia, non si ritiene che esse possano avere speciale rilievo nello schema delle società *in house providing*, tenuto conto che in tali società vi è già la presenza di un controllo, sia

strutturale che sulle attività, astrattamente superiore a quello conferito con le citate disposizioni.

6. Competenze degli organi dell'ente locale in merito all'affidamento diretto del servizio pubblico locale ed alla sua organizzazione e gestione: chi fa che cosa.

A seguito della relativamente recente introduzione della modalità di gestione *in house* nel nostro ordinamento giuridico, si registrano ancora tante incertezze sulle competenze degli organi dell'ente locale in ordine all'affidamento *in house* del servizio pubblico nonché alla sua organizzazione e gestione, cioè sul "chi fa che cosa".

Probabilmente la stessa novità dell'*in house* ha suscitato dubbi e perplessità, in dottrina e in giurisprudenza, che maggiormente si sono concentrati dapprima sulla compatibilità di tale modello con il diritto comunitario¹⁸ e sulle condizioni del suo funzionamento; in un momento successivo, forse a fronte anche di un uso considerato da certa giurisprudenza un po' disinvolto del modello, si sono precisati i termini rigorosi dell'esercizio del controllo analogo; in modo frettoloso è stato, invece, affrontato il problema delle competenze cui sopra si accennava.

Conferma di tale frettolosità è la sentenza TAR Friuli Venezia Giulia, 15.7.2005 n. 634, ove si sostiene che la competenza sia interamente ed esclusivamente del consiglio (comunale o provinciale) il quale, ai sensi dell'art. 42, comma 2, lettera e) del D.Lgs. 267/2000, è competente per gli atti fondamentali in materia di "*organizzazione dei pubblici servizi, costituzione di istituzioni e aziende speciali, concessione dei pubblici servizi, partecipazione dell'ente locale a società di capitali, affidamento di attività o servizi mediante convenzione*", ricomprendendo così nelle competenze del consiglio ogni atto che riguarda la nascita e la vita della società *in house* cui viene direttamente affidato il servizio pubblico.

Tuttavia, il Testo Unico sull'ordinamento degli enti locali si fonda su canoni fondamentali: sul principio della distinzione di competenze tra sfera politica e sfera burocratica e sul principio della cd. "impenetrabilità delle competenze" fra organi rappresentativi ed organi esecutivi. L'intreccio dei due principi comporta che non è

¹⁸ Basti pensare all'ordinanza del Consiglio di Stato, sez. V, 22 aprile 2004, n. 2316, con la quale si rimettevano gli atti alla Corte di Giustizia della Comunità europea affinché si pronunciasse (non si è ancora pronunciata!), in via pregiudiziale, sulla compatibilità con il diritto comunitario della previsione nel nostro ordinamento giuridico dell'affidamento diretto (*in house*).

consentito che un organo ponga in essere atti devoluti alla competenza esclusiva di un altro organo.¹⁹

Approfondiamo per un attimo la questione.

L'art. 42, comma 2, lett. e) del D.Lgs. 267/2000 statuisce la competenza del consiglio comunale su "*partecipazione dell'ente locale a società di capitali*".

Ebbene, a tal proposito è opportuno innanzitutto precisare che la competenza del consiglio comunale è riferita agli atti fondamentali ("*Il consiglio ha competenza limitatamente ai seguenti atti fondamentali*" art. 42, comma 2).

Sia l'avverbio "limitatamente", sia l'aggettivo "fondamentali" esprimono la volontà del legislatore che è quella di identificare e perimetrare testualmente, sulla base dei principi connotanti che leggeremo di seguito, la competenza consiliare escludendo ogni altra materia non esplicitamente prevista.

Infatti, la competenza del consiglio, per unanime ed incontrovertibile interpretazione della dottrina e della giurisprudenza, oltre che per volontà del legislatore, è connotata da inderogabilità, esclusività, tassatività.

Per inderogabilità si intende la non modificabilità, né restrittiva né ampliativa, della competenza consiliare da parte dello Statuto o di regolamenti: solo la fonte primaria della legge, o atto equivalente, può operare modifiche.

Per esclusività si intende che le competenze attribuite al consiglio non possono essere in alcun modo esercitate da altri organi nemmeno per delega, essendo quest'ultima non prevista esplicitamente e dunque non esercitabile (tale fenomeno è quello che abbiamo chiamato "impenetrabilità delle competenze", con l'eccezione già richiamata).

Per tassatività si intende un'elencazione esaustiva di funzioni e competenze espressamente prevista. E' questo il requisito più complesso, perché in realtà molte altre fonti integrano l'elenco dell'art. 42. Comunque, appunto, lo integrano esplicitamente e non in via interpretativa, requisito essenziale perché la competenza possa essere esercitata legittimamente dato che la natura tassativa si rinviene anche nel fatto che l'elenco non può essere modificato in via surrettizia, per analogia o *per relationem*.

¹⁹ Una eccezione al riguardo, ammessa dall'ordinamento in modo esplicito, l'unico consentito, è quando la Giunta adotta variazioni di bilancio in via d'urgenza, ai sensi dell'art. 48 TUEL, salvo ratifica del consiglio entro un termine previsto.

Inoltre, in questi anni la giurisprudenza amministrativa ha chiarito e precisato che la competenza consiliare è limitata alla deliberazione di principi o di scelta generale, e non può scendere nelle decisioni di dettaglio, contenute in atti di natura esecutiva di competenza della Giunta, se concernono l'esecuzione politica, o dei dirigenti, se concernono la esecuzione gestionale.

Tutto ciò premesso, ne consegue che l'interpretazione da dare alla locuzione *"partecipazione dell'ente locale a società di capitali"* sia proprio quella dichiarata dal senso stesso della parola *"partecipazione"*, che non vuol dire decidere ogni aspetto della *"gestione"*. Infatti, la competenza del consiglio è quella di decidere se partecipare o meno alla società di capitali, ovviamente compresa la decisione di non parteciparvi più, dismettendo le quote azionarie, qualora l'ente fosse già partecipante; tale competenza concerne anche la decisione sulla quota azionaria iniziale, in quanto elemento fondativo della decisione in rapporto al bilancio; mentre non v'è competenza consiliare nel decidere, per esempio, variazioni di quote non determinanti, che concernono decisioni attuative, poste *"a valle"* della decisione sulla partecipazione.²⁰

Sulla base di tali principi, ecco dunque cosa prevede testualmente il D.Lgs. 267/2000.

L'art. 42, statuisce che il consiglio è l'organo di indirizzo e controllo politico-amministrativo; l'art. 48 che la giunta, organo esecutivo, compie *"tutti gli atti rientranti ai sensi dell'articolo 107, commi 1 e 2, nelle funzioni degli organi di governo, che non siano riservati dalla legge al consiglio e che non ricadano nelle competenze, previste dalle leggi o dallo statuto, del sindaco o del presidente della provincia nell'attuazione degli indirizzi generali del consiglio"*.

Inoltre, proprio l'art. 107 del Testo Unico, chiarisce, al comma 1, che *"spetta ai dirigenti la direzione degli uffici e dei servizi secondo i criteri e le norme dettati dagli statuti e dai regolamenti"* secondo il principio di autonomia dei poteri in base al quale *"i poteri di indirizzo e di controllo politico-amministrativo spettano agli organi di governo, mentre la gestione amministrativa, finanziaria e tecnica è attribuita ai dirigenti mediante autonomi poteri di spesa, di organizzazione delle risorse umane, strumentali e di controllo"*. Sempre l'art. 107, comma 2, precisa, poi, l'ampiezza delle competenze del dirigente cui spettano *"tutti i compiti, compresa l'adozione degli atti e provvedimenti amministrativi che impegnano l'amministrazione"*

²⁰ Cfr. TAR Campania, sez. I, Napoli, 9 aprile 1998, n. 1138; nello stesso senso, Consiglio di Stato n. 6764/2002 e TAR Basilicata n. 158/2002.

verso l'esterno, non ricompresi espressamente dalla legge o dallo statuto tra le funzioni di indirizzo e controllo politico-amministrativo degli organi di governo dell'ente o non rientranti tra le funzioni del segretario o del direttore generale di cui rispettivamente agli articoli 97 e 108". Tra tali compiti il comma 3 dell'art. 107 annovera anche la stipulazione dei contratti.

Inoltre, l'art. 107, al comma 5, proprio per rafforzare ed inverare il primo dei principi fondamentali sopra indicati prevede che a decorrere dalla data di entrata in vigore del D.Lgs. 267/2000 le disposizioni che conferiscono agli organi politici l'adozione degli atti di gestione e di atti o provvedimenti amministrativi, si intendono nel senso che la relativa competenza spetta ai dirigenti, salvo quanto previsto per le competenze del Sindaco e del Presidente della Provincia (artt. 50 e 54 del D.Lgs. 267/2000).

Ebbene, secondo una ricostruzione delle competenze degli organi dell'ente locale che tenga conto del ruolo di tutti i soggetti previsti dall'ordinamento in ossequio ai principi più volte citati, si ritiene di poter individuare gli elementi fondamentali di tali competenze come di seguito indicato.

Spetta al consiglio:

- a) conferimento della natura di servizio pubblico all'attività oggetto della decisione;
- b) conferimento della caratteristica di rilevanza economica ovvero non economica al servizio pubblico come sopra individuato;
- c) individuazione della modalità di gestione del servizio pubblico a seconda del conferimento della caratteristica di rilevanza economica o meno;
- d) approvazione dei criteri per la definizione delle tariffe per il servizio pubblico.
- e) approvazione degli indirizzi che le aziende e gli enti dipendenti, sovvenzionati o sottoposti a vigilanza, devono osservare;
- f) approvazione degli indirizzi per la nomina e la designazione, da parte del Sindaco e del Presidente, dei rappresentanti del Comune e della Provincia presso enti, aziende e istituzioni.

Spetta al Sindaco e al Presidente della Provincia:

- a) la nomina (e la revoca) dei rappresentanti presso enti, aziende e istituzioni nel rispetto dei criteri stabiliti dal consiglio.

Spetta alla giunta:

- a) fissazione delle tariffe del servizio sulla base degli indirizzi forniti dal consiglio;

- b) individuazione di direttive specifiche per la formulazione del contratto di servizio;
- c) individuazione di direttive per la definizione degli standard del servizio e le altre condizioni prestazionali politicamente più rilevanti;
- d) individuazione di eventuali altre direttive attuative degli indirizzi stabiliti dal consiglio nella deliberazione di affidamento del servizio;
- e) individuazione e formulazione delle modalità di esercizio del controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi ai sensi dell'art. 113, comma 5, lettera c) del D.Lgs. 267/2000, salvo che debbano attivarsi strumenti ed istituti per i quali sia necessaria la concorrente o esclusiva competenza consiliare (ad es: modifiche allo statuto della società).

Spetta al dirigente:

- a) approvazione, con propria determinazione, del relativo contratto di servizio con assunzione di eventuale relativo impegno di spesa;
- b) stipulazione del contratto di servizio;
- c) gestione del contratto di servizio, seppure nel rispetto di quanto stabilito dalla giunta relativamente al precedente punto 5).

7. Conclusioni.

Tenuto conto della "missione" dichiarata in premessa, che ci auguriamo di avere, almeno in parte, centrato, sintetizziamo qui di seguito le nostre tesi espresse nella presente trattazione.

"ANALOGO" MA NON "IDENTICO"

L'approccio corretto al concetto di controllo analogo ci suggerisce di pensare ad una forma di controllo "analogo" ma non "identico" a quello da attuare negli uffici dell'ente. Ciò significa che se, da un lato, viene esercitato un controllo che abbiamo definito "intenso e penetrante", dall'altro, è opportuno che venga lasciato uno spazio alla natura peculiare dello strumento societario.

IL CONTROLLO TRA “ESTERNO” ED “INTERNO”

Proprio dalla contaminazione cui si accennava in premessa è emerso, in primo luogo, una distinzione tra controllo analogo “esterno” ed “interno”, secondo una terminologia che abbiamo coniato appositamente per poter chiarire quando nel modello prevalga lo strumento amministrativistico (controllo analogo “esterno”) e quando, invece, prevalga quello civilistico (controllo analogo “interno”). In secondo luogo, abbiamo ritenuto di dover esprimere alcune opzioni, anche per fornire concretezza alle riflessioni astratte, comunque imprescindibili; lo abbiamo fatto scegliendo la forma della convenzione per il controllo analogo esterno e precisando meglio l’utilizzo dei vari modelli di *governance* societaria per le diverse tipologie di società.

CONSIGLIO MA NON SOLO....

Contrariamente a quanto asserito in modo apodittico da una parte della giurisprudenza che è entrata nel merito della ripartizione di competenze in materia di servizi pubblici locali tra i vari organi politici e tra questi e gli organi burocratici, abbiamo sostenuto che le competenze in tale materia sono distribuite tra i vari organi secondo due canoni fondamentali: da una parte, il principio della distinzione di competenze tra sfera politica e sfera burocratica, dall’altra, il principio della cd. “impenetrabilità delle competenze” fra organi rappresentativi ed organi esecutivi.

Questa distinzione, inoltre, è perfettamente coerente con la distinzione rigorosa tra organi di gestione ed organi di controllo in ambito societario, resa ancora più rigorosa dalla recente modifica al diritto societario.

APPENDICE: giurisprudenza e dottrina dal 2005 ad oggi

GIURISPRUDENZA

(selezione di provvedimenti pubblicati tra gennaio 2005 e febbraio 2006)

GIURISPRUDENZA COMUNITARIA

SENTENZA CORTE DI GIUSTIZIA COMUNITÀ EUROPEA, SEZ. I, 11.1.2005 n. C-26/03

(Stadt-Halle)

Sulla impossibilità di affidamento diretto di un servizio ad una società partecipata dall'amministrazione aggiudicatrice se a questa partecipino, anche se in via minoritaria, imprese private.

Un'autorità pubblica, che sia un'amministrazione aggiudicatrice, 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. In tal caso, non si può parlare di contratto a titolo oneroso concluso con un'entità giuridicamente distinta dall'amministrazione aggiudicatrice. Non sussistono, dunque, i presupposti per applicare le norme comunitarie in materia di appalti pubblici.

La partecipazione, anche minoritaria, di un'impresa privata al capitale di una società alla quale partecipi anche l'amministrazione aggiudicatrice, esclude in ogni caso che tale amministrazione possa esercitare sulla detta società un controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi. Pertanto, nell'ipotesi in cui un'amministrazione aggiudicatrice intenda concludere un contratto a titolo oneroso relativo a servizi rientranti nell'ambito di applicazione *ratione materiae* della direttiva 92/50, come modificata dalla direttiva 97/52, con una società da essa giuridicamente distinta, nella quale la detta amministrazione detiene una partecipazione insieme con una o più imprese private, le procedure di affidamento degli appalti pubblici previste dalla citata direttiva debbono sempre essere applicate.

CONCLUSIONI AVVOCATO GENERALE JULIANE KOKOTT, 1.3.2005, n. C-458/03

Sui criteri previsti dal diritto comunitario per gli affidamenti in house.

Non si è in presenza di un pubblico appalto di servizi ai sensi della direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, bensì di una concessione di servizi non contemplata dalla suddetta direttiva, qualora un'amministrazione aggiudicatrice affidi ad una società la gestione di un parcheggio pubblico e tale società sia autorizzata a riscuotere un corrispettivo per l'utilizzazione del parcheggio, obbligandosi, a sua volta, a versare all'amministrazione aggiudicatrice un indennizzo annuale.

Un Comune non viola gli artt. 43 CE, 49 CE e 86 CE affidando la gestione di un parcheggio pubblico a pagamento ad una società per azioni di cui costituisca l'unico azionista, senza previo espletamento di una procedura ad evidenza pubblica, purché eserciti su tale società per azioni un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e la suddetta società svolga la maggior parte della sua attività per il Comune.

L'esercizio di un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi non è *a priori* escluso per il solo fatto che il Comune sia obbligato per legge ad aprire in futuro, entro un determinato termine, il capitale di tale società per azioni alla partecipazione di terzi oppure che gli organi di tale società per azioni godano di ampi poteri di ordinaria amministrazione.

Il solo fatto che, ai sensi dello Statuto di tale società per azioni, il suo potenziale raggio di attività sia ampio sotto l'aspetto sia contenutistico che territoriale non esclude a priori che tale società svolga la maggior parte della sua attività per il Comune, essendo piuttosto rilevanti, al riguardo, le attività che di fatto essa svolge.

SENTENZA CORTE DI GIUSTIZIA COMUNITÀ EUROPEA, GRANDE SEZIONE, 21.7.2005, n. C-231/03 (Co.na.me.)

Sulle condizioni alle quali può intervenire l'affidamento diretto da parte di un comune di una concessione relativa alla gestione del servizio pubblico di distribuzione del gas ad una società a prevalente capitale pubblico.

La sentenza conferma l'orientamento della Corte inaugurato con la *Stadt-Halle* sostenendo che gli artt. 43 CE e 49 CE ostano all'affidamento diretto da parte di un comune di una concessione relativa alla gestione del servizio pubblico di distribuzione del gas ad una società a prevalente capitale pubblico, capitale nel quale il detto comune detiene una partecipazione dello 0,97%, qualora tale affidamento non risponda a condizioni di trasparenza che, senza necessariamente implicare un obbligo di fare ricorso ad una gara, siano, in particolare, tali da consentire a un'impresa con sede nel territorio di uno Stato membro diverso da quello del detto comune di avere accesso alle informazioni adeguate riguardo alla detta concessione prima che essa sia attribuita, di modo che tale impresa, se lo avesse desiderato, sarebbe stata in grado di manifestare il proprio interesse a ottenere la detta concessione.

SENTENZA CORTE DI GIUSTIZIA COMUNITÀ EUROPEA, SEZ. I, 13.10.2005, n. C-458/03 (Parking-Brixen)

Sulla non conformità al diritto comunitario della concessione di un pubblico servizio ad un ente che abbia un grado di autonomia tale da escludere che l'autorità pubblica concedente eserciti su di esso un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi.

L'attribuzione della gestione di servizi pubblici configura una concessione di pubblico servizio.

L'attribuzione, da parte di un'autorità pubblica ad un prestatore di servizi, della gestione di un parcheggio pubblico a pagamento, per la quale il prestatore riceve come corrispettivo le somme versate dai terzi per l'utilizzo del parcheggio, costituisce una concessione di pubblici servizi a cui non è applicabile la direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi.

Non occorre applicare le norme comunitarie in materia di appalti pubblici o di concessioni di pubblici servizi nel caso in cui un'autorità pubblica svolga i compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti, amministrativi, tecnici e di altro tipo, senza far ricorso ad entità esterne (v., in questo senso, sentenza *Stadt Halle et RPL Lochau*, cit., punto 48).

Di conseguenza, nel settore delle concessioni di pubblici servizi, l'applicazione delle regole enunciate agli artt. 12 CE, 43 CE e 49 CE nonché dei principi generali di cui esse costituiscono la specifica espressione è esclusa se, allo stesso tempo, il controllo esercitato sull'ente concessionario dall'autorità pubblica concedente è analogo a quello che essa esercita sui propri servizi e se il detto ente realizzata la maggior parte della sua attività con l'autorità detentrici.

Allorché un ente concessionario - una società per azioni nata dalla trasformazione di un'azienda speciale - fruisce di un margine di autonomia caratterizzato dal fatto che l'oggetto sociale è stato esteso a nuovi importanti settori, il cui capitale dev'essere a breve termine obbligatoriamente aperto ad altri capitali, il cui ambito territoriale di attività è stato ampliato a tutto il paese e all'estero, e il cui Consiglio di amministrazione possiede amplissimi poteri di gestione che può esercitare autonomamente, è escluso che l'autorità pubblica concedente eserciti sull'ente concessionario un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi.

Ne discende che gli artt. 43 CE e 49 CE nonché i principi di parità di trattamento, di non discriminazione e di trasparenza devono essere interpretati nel senso che ostano a che un'autorità pubblica attribuisca, senza svolgimento di pubblica gara, una concessione di pubblici servizi ad un ente concessionario interamente partecipato dall'autorità pubblica medesima, sul quale tuttavia non eserciti di fatto un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi.

SENTENZA CORTE DI GIUSTIZIA COMUNITÀ EUROPEA, SEZ. I, 10.11.2005, n. C-29/04 (Mödling)

Viola la direttiva 92/50/CEE lo Stato che affida un appalto di servizi ad una società mista a partecipazione pubblica maggioritaria senza che siano rispettate le norme di procedura e di pubblicità previste dalla citata direttiva.

Nel caso in cui un'autorità aggiudicatrice sia intenzionata a concludere un contratto a titolo oneroso riguardante servizi che rientrano nell'ambito di applicazione materiale della direttiva 92/50, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, con una società giuridicamente distinta da essa, nel capitale della quale detiene una partecipazione con una o più imprese private, devono in ogni caso essere applicate le procedure di appalto pubblico previste da tale direttiva.

Pertanto, poiché il contratto relativo allo smaltimento dei rifiuti in una comunità territoriale, considerata come un'"amministrazione aggiudicatrice", ai sensi dell'art. 1, lett. b), della citata direttiva 92/50, è stato concluso senza che fossero rispettate le norme di procedura e di pubblicità previste dal combinato disposto degli artt. 8, 11, n. 1, 15, n. 2, della direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, la Repubblica d'Austria è venuta meno agli obblighi che le incombono in forza di tale direttiva.

CONCLUSIONI AVVOCATO GENERALE CHRISTINE STIX-HACKL, 12.1.2006, n. C- 340/04

Sulla legittimità di un affidamento in house ad una società partecipata indirettamente dall'ente locale e sui requisiti (controllo analogo e prevalenza dell'attività) che devono sussistere.

E' legittimo l'affidamento diretto di un appalto pubblico di fornitura ad una società per azioni partecipata indirettamente dall'ente locale, purché questo eserciti un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e la società svolga la parte più importante della propria attività per l'ente o gli enti locali che lo controllano. Il criterio del controllo analogo può essere soddisfatto anche nel caso di imprese partecipate da più enti pubblici. Al giudice nazionale spetta la valutazione del caso concreto sulla base dei seguenti elementi:

- gli interessi dei detentori delle quote;
- la trasformazione dell'azienda municipalizzata in una società per azioni;
- la circostanza che l'apertura della società al capitale esterno non sia prevista obbligatoriamente, né sia di fatto avvenuta;
- la possibilità per la società partecipata indirettamente di aprire filiali anche all'estero;
- l'ampiezza della possibilità di influenzare la nomina del consiglio di amministrazione e la dirigenza della società;
- i poteri del consiglio di amministrazione della società, nonché la circostanza che il comune partecipi alla medesima società indirettamente, attraverso un'altra società per azioni, il cui capitale appartiene per il 99,98 % al Comune.

La società deve anche svolgere la parte più importante della propria attività per l'ente o gli enti locali che la controllano.

Il giudice nazionale deve al riguardo accertare tale requisito sulla base di elementi quantitativi e qualitativi considerando tra questi i proventi derivanti da attività svolte a favore dei detentori delle quote, ma non deve utilizzare il criterio dell'80 % di cui all'art. 13 della direttiva 93/38/CEE.

Tale requisito, inoltre, può essere soddisfatto anche nei casi di imprese partecipate da più enti pubblici e di partecipazione indiretta. A tale proposito devono essere ascritte al soggetto controllante anche determinate prestazioni erogate a favore di terzi.

CONCLUSIONI AVVOCATO GENERALE L. A. GEELHOED, 12.1.2006, n. C-412/04

Sulla compatibilità con il diritto comunitario dell'art. 113, c. 5, d.lgs. n. 267/00 che consente agli enti locali il potere di attribuire ad una società a capitale interamente pubblico un appalto di servizi in assenza di una procedura di gara.

Gli artt. 43 CE, 49 CE e 86 CE devono essere interpretati nel senso che non ostano all'applicazione di una disposizione quale l'art. 113, comma 5, del decreto legislativo italiano n. 267/00, nel testo attualmente vigente, che consente agli enti locali il potere di attribuire ad una società a capitale interamente pubblico un appalto di servizi in assenza di una procedura di gara, sempreché i due criteri ivi previsti, vale a dire che la società concessionaria sia soggetta ad un controllo analogo a quello esercitato dall'amministrazione sui propri servizi e che realizzi la parte essenziale dei propri servizi unitamente all'ente che la controlli, risultino continuativamente soddisfatti successivamente all'attribuzione, alla società medesima, della gestione di un servizio pubblico.

GIURISPRUDENZA NAZIONALE

SENTENZA TAR CAMPANIA - NAPOLI, SEZ. I, 30.3.2005, n. 2784

Sull'affidamento a società pubblica ex art. 113 del D.Lgs. 18 agosto 2000 n. 267, come sostituito dall'art. 14 del D.L. 269/03 conv. in L. n. 326/03.

In base alle formulazione dell'art. 113 del D.Lgs. 18 agosto 2000 n. 267, come sostituito dall'art. 14 del D.L. n. 269/03 conv. in L. n. 326/03, è consentito l'affidamento dei servizi pubblici locali anche ad una "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". Tale norma è applicabile, in via di sanatoria, anche alle società costituite prima della sua entrata in vigore. L'art. 113, comma quinto, lettera e), del D.Lgs. 18 agosto 2000 n. 267, come sostituito dall'art. 14 del D.L. n. 269/03 conv. in L. n. 326/03 (secondo cui è consentito l'affidamento dei servizi pubblici locali anche "la società a capitale interamente pubblico..."), non viola il principio comunitario in materia di concorrenza nell'affidamento di lavori servizi e forniture di cui all'art. 86 del Trattato C.E., ma costituisce espressione dell'immediato adeguamento da parte dell'ordinamento nazionale ai principi espressi in materia dalla Corte di Giustizia (Corte di giustizia C.E. 18 novembre 1999, causa C - 107/98; Corte di giustizia n. 349 - 8 maggio 2003), secondo cui è legittimo l'affidamento di un servizio *in house providing*, purché l'Ente territoriale affidante eserciti sul soggetto gestore un controllo analogo a quello che esercita sui propri servizi e che, allo stesso tempo, quest'ultimo svolga la parte essenziale della propria attività insieme con l'ente o gli enti territoriali che lo controllano. Ai fini dell'applicazione di quanto previsto dall'art. 113 comma quinto, lettera e) del D.Lgs. 18 agosto 2000 n. 267, come sostituito dall'art. 14 del D.L. n. 269/03 conv. in L. n. 326/03, il soggetto gestore deve sostanzialmente essere configurato come una sorta di *longa manus* dell'affidante, pur conservando natura distinta ed autonoma rispetto all'apparato organizzativo di questo: deve, in altri termini, determinarsi una sorta di amministrazione "indiretta", nella quale la gestione del servizio, in un certo senso, resta saldamente nelle mani dell'ente concedente, attraverso un controllo assoluto sull'attività della società affidataria la quale, a sua volta, è istituzionalmente destinata in modo assorbente ad operare in favore di questo. A tal fine si deve verificare se i rapporti organizzativi e funzionali tra ente e società a capitale pubblico siano tali da realizzare in concreto questa reciproca assimilazione e tale indagine deve incentrarsi sull'esame dell'atto costitutivo e dello statuto della società che descrivono la struttura organizzativa della compagine, nonché i controlli e le modalità di gestione della medesima.

SENTENZA TAR FRIULI VENEZIA GIULIA, 15.7.2005, n. 634

Sull'organo competente a deliberare sulla gestione di un servizio pubblico locale e sulle condizioni alle quali un Comune può gestire il servizio pubblico *in house* attraverso una società a capitale interamente pubblico e suddiviso tra più enti locali.

Dal momento che l'art. 42, comma 2° del D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267 attribuisce al Consiglio comunale la competenza in materia di organizzazione e concessione dei pubblici servizi, di partecipazione degli enti locali a società di capitali nonché di affidamento di attività e servizi mediante convenzione, non è necessaria un'ulteriore deliberazione della Giunta per l'approvazione

della convenzione tra i Comuni soci in una società a capitale interamente pubblico e per l'affidamento ad essa del servizio pubblico di raccolta, trasporto ed avvio allo smaltimento dei rifiuti solidi urbani.

È legittima la delibera del Consiglio comunale di affidamento del servizio pubblico di raccolta, trasporto ed avvio allo smaltimento dei rifiuti solidi urbani in favore di una società il cui capitale appartiene ad una pluralità di enti pubblici e che svolge la parte più importante dell'attività con gli enti locali soci, purché questi ultimi esercitino in comune sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi.

SENTENZA TAR MOLISE, 17.11.2005, n. 991

L'affidamento di un servizio pubblico in via diretta può disporsi solo nei confronti di soggetti *in house*.

L'affidamento di un servizio in via diretta, senza il rispetto di una procedura ad evidenza pubblica, può disporsi, ai sensi della direttiva 92/50/Cee, solo nei confronti di soggetti *in house* ossia di soggetti sottoposti ad un penetrante controllo da parte dell'Amministrazione.

Pertanto, un Comune può affidare direttamente il servizio della gestione dei parcheggi a pagamento, senza il rispetto di una procedura ad evidenza pubblica, ad una società a capitale pubblico, partecipata (per il 62%) dal Comune medesimo e da Italia Lavoro S.p.A., società quest'ultima controllata interamente dal Ministero del Tesoro, che possiede la quota residua del 38%.

Tale società risponde, infatti, ai requisiti stabiliti dalla Corte di giustizia (v. sent. 11 gennaio 2005, causa C-26/03, *Stadt Halle*) per gli affidamenti diretti *in house*, in quanto svolge la propria attività in via esclusiva per il Comune e i soci della stessa, entrambi soggetti pubblici, esercitano per statuto sulla società controlli analoghi a quelli che eserciterebbero se tale attività fosse da essi svolta direttamente.

D'altra parte la costituzione da parte del Comune di società a capitale pubblico per la gestione dei servizi locali non avrebbe alcuna pratica utilità ove, poi, non potesse affidare direttamente a detta società i servizi pubblici di propria competenza.

SENTENZA TAR FRIULI VENEZIA GIULIA, 12.12.2005, n. 986

Sui presupposti necessari perché l'ente territoriale affidante eserciti sul soggetto gestore un controllo analogo a quello che esercita sui propri servizi.

E' da escludersi che una società sia sottoposta ad un penetrante controllo economico e gestionale da parte degli enti locali proprietari, analogamente a quanto avrebbero potuto fare con un servizio gestito direttamente, nel caso in cui è previsto da parte degli enti associati un controllo su alcuni aspetti importanti dell'attività svolta dalla società ma solo attraverso l'assemblea degli azionisti ed il consiglio di amministrazione, mancando però un "assoluto potere di direzione, coordinamento e supervisione dell'attività del soggetto partecipato" da parte degli enti nel loro complesso, riguardante "l'insieme dei più importanti atti di gestione". Ciò è tanto più vero se il consiglio di amministrazione detiene amplissimi poteri di gestione, che possono essere gestiti autonomamente.

SENTENZA CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V, 22.12.2005, n. 7345

Il servizio di riscaldamento degli edifici comunali rientra nella nozione di servizio pubblico. Sui presupposti necessari perché l'ente locale eserciti sulla società affidataria un "controllo analogo" a quello esercitato sui propri servizi.

Sono indifferentemente servizi pubblici locali, ai sensi dell'art. 112, T.U.E.L. n. 267/2000, quelli di cui i cittadini usufruiscano *uti singuli* e come componenti la collettività, purché rivolti alla produzione di beni e utilità per obiettive esigenze sociali. E' evidente, infatti, che l'utenza del servizio di riscaldamento agli edifici comunali non va individuata, restrittivamente, nei dipendenti comunali, ma si estende al pubblico che si reca negli uffici, e, soprattutto, ai frequentatori delle biblioteche, delle palestre, dei centri anziani e altri servizi ospitati in immobili comunali. Appare decisivo, d'altra parte, che secondo la Direttiva 92/50, recepita in Italia con il d.lgs. n. 157 del 1995,

tra i servizi pubblici cui si applica la specifica normativa, elencati nell'Allegato "A", sono indicati i "servizi di pulizia e di gestione delle proprietà immobiliari", risultando quindi testualmente stabilito che il riscaldamento delle proprietà comunali, in quanto evidente attività di gestione, al pari dal servizio di pulizia, è un servizio pubblico.

La legittimità dell'affidamento di un servizio pubblico locale anche senza l'osservanza della procedura ad evidenza pubblica è riconosciuta nel caso in cui l'ente locale eserciti sulla società un controllo analogo a quello che esso esercita sui propri servizi e la società realizzi la parte più importante delle propria attività con l'ente o gli enti che la controllano.

Il problema della sussistenza del "controllo analogo", sulla base della giurisprudenza comunitaria, si risolve in senso affermativo se la mano pubblica possiede la totalità del pacchetto azionario della società affidataria. E tale presupposto va riconosciuto nel caso in cui il capitale della aggiudicataria è pubblico in percentuale superiore al 99%, mentre la quota in possesso del soggetto privato, di entità simbolica, non realizzerebbe comunque un illecito vantaggio ad una società concorrente operante nel settore energetico.

SENTENZA CORTE COSTITUZIONALE, 1.2.2006, n. 29

Sull'illegittimità costituzionale dell'art. 4, c. 4, lettere b) e g) della l.R. Abruzzo n. 23/2004 sui servizi pubblici a rilevanza economica.

La Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 7, c. 4, lett. b), della l. R. Abruzzo 5 agosto 2004, n. 23 (Norme sui servizi pubblici locali a rilevanza economica), nella parte in cui non prevede che il divieto previsto per le società a capitale interamente pubblico, in quanto già affidatarie della gestione di un servizio pubblico locale a rilevanza economica, di partecipare alle gare ad evidenza pubblica indette per la scelta del soggetto cui conferire la gestione del servizio, si applica a decorrere dal 1° gennaio 2007, salvo nei casi in cui si tratti dell'espletamento delle prime gare aventi ad oggetto i servizi forniti dalle società partecipanti alla gara stessa, in quanto contrasta con le disposizioni contenute nell'art. 113 (segnatamente nel c. 15-quater) del d.lgs. n. 267 del 2000 e, dunque, con il parametro costituzionale dell'art. 117, c. 2, lett. e), della Costituzione (competenza esclusiva statale nella materia "tutela della concorrenza").

Occorre ricordare, in proposito, che la Corte Costituzionale (sentenza n. 272 del 2004) ha ritenuto che, allo scopo di salvaguardare le esigenze della concorrenza, operano non solo le disposizioni previste a regime sulle modalità di affidamento della gestione dei servizi pubblici locali, ma anche le relative disposizioni aventi carattere soltanto transitorio.

La previsione contenuta nel c. 6 dell'art. 113, cui si riconnette l'impugnata norma regionale, nel disporre il divieto di partecipare alle gare di cui al precedente c. 5, tende a garantire la più ampia libertà di concorrenza nell'ambito di rapporti - come quelli relativi al regime delle gare o delle modalità di gestione e conferimento dei servizi - di rilevante incidenza sul mercato (cfr. la citata sentenza n. 272 del 2004), ma proprio una corretta attuazione del nuovo regime di divieti ha richiesto, ragionevolmente, come disposto dal legislatore statale con il c. 15-*quater* del medesimo art. 113, una disciplina transitoria per consentire un complessivo riequilibrio e un progressivo adeguamento del "mercato". Ciò comporta che la mancata previsione, nella legge regionale, di un analogo regime transitorio, che definisca le modalità temporali di efficacia del divieto in esame, è idonea ad arrecare un *vulnus* all'indicato parametro costituzionale.

E' costituzionalmente illegittimo anche l'art. 7, c. 4, lett. g), della l. R. Abruzzo, che prevede l'ineleggibilità a sindaco, presidente della Provincia, consigliere comunale, provinciale e circoscrizionale dei Comuni e delle Province titolari del capitale sociale delle società affidatarie della gestione del servizio pubblico, per i legali rappresentanti ed i componenti degli organi esecutivi delle società medesime, in quanto invade la competenza legislativa esclusiva dello Stato nella materia "organi di governo" di Comuni, Province e Città metropolitane, prevista dall'art. 117, c. 2, lett. p), della Costituzione, dal momento che, vertendosi in materia riservata in modo esclusivo allo Stato, la Regione non è legittimata ad adottare nella materia stessa alcuna disciplina, ancorché in parte coincidente con quella statale.

SENTENZA CORTE COSTITUZIONALE, 3.3.2006, n. 80

Sull'illegittimità costituzionale di alcune disposizioni regionali in materia di trasporti pubblici locali della Liguria, Calabria e del Veneto, per contrasto con la competenza esclusiva dello Stato in tema di "tutela della concorrenza".

Sono costituzionalmente illegittime le disposizioni legislative regionali in materia di trasporti pubblici locali delle Regioni Liguria, Calabria e Veneto, per contrasto con la competenza esclusiva dello Stato in tema di "tutela della concorrenza", di cui all'art. 117, c. 2, lett. e), della Costituzione.

Nel quadro del nuovo assetto di competenze di cui al riformato Titolo V della Costituzione, le disposizioni in materia di durata dei rapporti relativi al trasporto pubblico locale previste dall'art. 18, comma 3-bis, del D.Lgs. 422/1997 (introdotto dall'art. 1, comma 6, del D.Lgs. 20 settembre 1999, n. 400) sono riconducibili all'ambito della competenza legislativa esclusiva statale in tema di "tutela della concorrenza", di cui alla lettera e) del secondo comma dell'art. 117 Cost.: infatti, la configurazione della tutela della concorrenza ha una portata così ampia da legittimare interventi dello Stato volti sia a promuovere, sia a proteggere l'assetto concorrenziale del mercato. Tali disposizioni regionali, introducendo proroghe degli affidamenti preesistenti (o di alcuni di essi) rispetto al termine ultimo, previsto dal legislatore statale, per l'entrata in vigore del nuovo regime di affidamento di tutti i servizi di trasporto pubblico locale mediante procedure ad evidenza pubblica, derogano l'art. 18 c. 3-bis del D.Lgs. 422/1997, introdotto dall'art. 1, c. 6, del D.Lgs. 20 settembre 1999, n. 400 (Modifiche ed integrazioni al decreto legislativo 19 novembre 1997, n. 422 recante conferimento alle regioni ed agli enti locali di funzioni e compiti in materia di trasporto pubblico locale), che determina il termine ultimo entro cui le Regioni possono mantenere gli affidamenti agli attuali concessionari di servizi di trasporto pubblico locale, ponendo tuttavia "l'obbligo", per tale periodo transitorio, "di affidamento di quote di servizio o di servizi speciali mediante procedure concorsuali". Al termine di tale periodo, è previsto che tutti i servizi siano affidati esclusivamente tramite procedure concorsuali. Il citato art. 18 c. 3-bis è formulato in forma chiaramente inderogabile e, per di più, prevede al suo interno un ruolo delimitato per lo stesso legislatore regionale ed espressivo dell'esclusivo potere del legislatore statale a tutela della concorrenza.

DOTTRINA

(selezione di articoli, note e saggi pubblicati tra gennaio 2005 e febbraio 2006)

AA.VV., Affidamento diretto e *in house contracts* negli appalti pubblici di servizi delle amministrazioni centrali (ottobre 2005 - Quaderno della Fondazione Rosselli)

Il lavoro di ricerca analizza la disciplina degli appalti pubblici e le deroghe ammesse, il sistema degli affidamenti *in house*, con una particolare attenzione al quadro normativo internazionale e comunitario nonché soffermandosi sulla legittimità dell'affidamento diretto rispetto al principio generale dell'evidenza pubblica. Essa contiene, inoltre, un'interessante rassegna delle esperienze straniere più significative e di alcune prassi di affidamento diretto nelle amministrazioni centrali. Si tratta di un lavoro articolato e complesso che fornisce anche utili appendici normative e giurisprudenziali.

R. ANTONELLI, Società Pubbliche Locali: il sistema dualistico di *governance*, (in www.segretarientilocali.it)

L'articolo analizza i diversi sistemi di amministrazione societaria introdotti nel Codice Civile con il D.Lgs. 6/2003: sistema tradizionale, sistema dualistico e sistema monastico, individuando nel sistema dualistico il miglior sistema di *governance* per le società pubbliche locali.

M. ATELLI, Società a partecipazione pubblica: miti e paradossi dell'affidamento *in house* dopo la sentenza n. 29 del 2006 della Corte Costituzionale (in "ASTRID - Rassegna" n. 4/2006)

L'articolo formula alcune interessanti riflessioni su quelli che sembrano essere i paradossi creati intorno alla figura delle società *in house providing*. L'autore esamina, in particolare, la parte della sentenza della Corte Costituzionale n. 29/2006 in cui si dichiara sussistente l'obbligo, per le società a capitale interamente pubblico, affidatarie del servizio pubblico, di rispettare le stesse procedure imposte agli enti locali per l'assunzione di personale dipendente, quindi il pubblico concorso: la Consulta motiva tale disposizione con la necessità di "dare applicazione al principio di cui all'art. 97 della Costituzione, rispetto ad una società che, per essere a capitale interamente pubblico, ancorché formalmente privata, può essere assimilata, in relazione al regime giuridico, ad enti pubblici". Tale dichiarazione merita senz'altro, a parere dell'autore, una più approfondita riflessione sulle ragioni e le condizioni di sussistenza del complesso e controverso modulo organizzatorio delle società *in house providing* affidatarie dirette di servizi pubblici locali.

A. BOITANI, Riforma e controriforma dei servizi pubblici locali (in "ASTRID - Rassegna" n. 12/2005)

L'articolo ripercorre argutamente "la curiosa storia della normativa in materia di servizi pubblici locali" degli ultimi sei anni, a partire dal tentativo di riforma partito con il disegno di legge Vigneri nel 1999 ed approdato alla fine del 2003 con la riformulazione dell'art. 113 e 113 *bis* del D.Lgs. 267/2000, passando per il tentativo di controriforma della finanziaria 2002 (art. 35 L. 448/2001).

M. CALCAGNILE - C. BONORA, Le caratteristiche delle società *in house providing* per la gestione dei servizi pubblici locali (ottobre 2005).

L'articolo analizza le caratteristiche della società cosiddette *in house providing* per la gestione dei servizi pubblici locali, soffermandosi, in particolare, sulla competenza degli organi dell'ente nell'organizzazione dei servizi pubblici e sui presupposti e sulle condizioni per l'esercizio del controllo analogo, anche congiunto. Esso affronta, inoltre, la questione delle caratteristiche differenziali tra le società contemplate dall'art. 113, comma 1, lettera c) del D.lgs. 267/2000 e le precedenti figure di partecipazione di Comuni e Province a società quali indicate dal legislatore come possibili forme di gestione dei servizi pubblici locali.

G. CHIANTERA, *In house providing*: il requisito del controllo analogo, (in www.filodiritto.com, febbraio 2006)

L'articolo esamina l'evoluzione del requisito del controllo analogo nelle società *in house* a livello sia comunitario che nazionale. Il controllo analogo è uno dei requisiti che sono richiesti per poter parlare di società *in house*. A tale requisito le istituzioni comunitarie - la Corte di Giustizia ma anche la Commissione - hanno assegnato un significato pregnante e la giurisprudenza amministrativa nazionale ne ha esplicitato le condizioni, soprattutto dopo la "positivizzazione" del controllo analogo nell'art. 113, comma 5, lettera c) del D.L.gs. 267/2000.

A. CLARIZIA, La Corte suona il *de profundis* per l'*in house* (in www.giustamm.it - n. 10/2005)

La nota, partendo dal commento della sentenza *Parking Brixen*, analizza le criticità delle norme nazionali che consentono affidamenti diretti ed individua nella giurisprudenza della Corte di Giustizia della Comunità europea una involuzione sul tema dell'*in house* al presumibile scopo di ricondurre nell'alveo dei principi comunitari un modulo organizzatorio, sostanzialmente ideato dalla stessa Corte, ma poi ad essa sfuggito di mano con effetti pregiudizievoli per il mercato.

A. COLAVECCHIO, Gli affidamenti in house a future società miste (in www.giustamm.it - n. 3/2005).

L'articolo esamina le Conclusioni dell'Avvocato generale Juliane Kokotte presentate il 1 marzo 2005 nella causa C-458/03 *Parking Brixen*. L'autore si sofferma dettagliatamente sugli aspetti esaminati nelle Conclusioni, con particolare attenzione all'interpretazione dei due "criteri Teckal" nei cosiddetti affidamenti *in house* in senso lato.

M. ELEFANTI, Proprietà e *corporate governance* nelle *public utilities*: riflessione alla luce di un'indagine empirica (in "Management delle utilities" - Maggioli Editore, n. 4/2005)

L'articolo illustra i risultati cui è pervenuta una ricerca condotta dall'Area Amministrazioni Pubbliche della SDA Bocconi sul tema della *governance* nelle *local utilities*. Il tema è stato sviluppato essenzialmente operando una distinzione tra le misure che attengono alla definizione dei meccanismi in grado di condizionare *a priori* il modello di esercizio del potere di direzione e controllo e le misure che consentono un intervento successivo, con riguardo alla verifica e alla valutazione del rispetto di prerogative, ruoli e poteri.

A. GRAZIANO, Servizi pubblici locali: modalità di gestione dopo le riforme di cui alla l. 24.11.2003 n. 326 e alla l. 24.12.2003, n. 350 e compatibilità con il modello dell'*in house providing* alla luce delle ultime pronunce della Corte di Giustizia (Sentenze *Stadt Halle* del 11.1.2005; *Parking Brixen* del 25.10.2005 e *Mödling* del 10.11.2005), (in www.dirittodeiservizipubblici.it, dicembre 2005).

Il lungo saggio analizza le modalità di gestione dei servizi pubblici locali, con particolare riferimento all'affidamento *in house providing*, alla luce delle ultime pronunce della Corte di Giustizia (*Stadt Halle* e *Mödling*).

S. ILARI, Affidamento *in house* di pubblici servizi, (in www.diritto.it, dicembre 2005)

La nota commenta la sentenza del TAR Abruzzo n. 608/2005 e si concentra particolarmente sulle modalità di esercizio congiunto del controllo analogo da parte di più enti locali. A tal proposito l'autore evidenzia l'importanza del profilo della collaborazione intercomunale, da realizzare mediante stipula di convenzione ai sensi dell'art. 30 T.U.E.L..

A. LOLLI, Servizi pubblici locali e società *in house*: ovvero la collaborazione degli enti locali per la realizzazione di interessi omogenei, (in www.dirittodeiservizipubblici.it, agosto 2005).

L'articolo tratta delle forme di collaborazione degli enti locali per la realizzazione di interessi omogenei e di come tale collaborazione incide sulla *governance* delle aziende partecipate. In particolare, esso si sofferma sulle modalità del controllo congiunto e sull'organizzazione del

servizio pubblico e sulle relazioni tra gli strumenti di diritto privato utilizzati (le società, appunto) ed i tradizionali principi dell'azione amministrativa.

G. MARCHEGANI, Gli affidamenti *in house* e la sindrome del cavallo a dondolo. Sentenze a confronto, (in www.giustamm.it, n. 5/2005, maggio 2005).

La nota, partendo dal commento analitico della sentenza del Consiglio di Stato n. 272/2005 e della sentenza della Corte di Giustizia Europea, sez. I, 11.1.2005 n. C-26/03 (Stadt-Halle), ripercorre i tratti salienti di un conflitto di opinioni sorto in merito al quadro normativo concernente il fenomeno degli affidamenti *in house*.

G. NICOLETTI, Società (quasi) "in house": i requisiti necessari (in *Azienditalia*, n. 11/2005)

L'articolo illustra due delle condizioni previste dall'art. 113, comma 5, lettera c) del D.Lgs. 267/2000 per le società c.d. *in house*: la composizione del capitale sociale che deve essere totalmente pubblico e le caratteristiche dell'attività che la società può svolgere.

F. PATRONI GRIFFI, Le nozioni comunitarie di amministrazione: organismo di diritto pubblico, impresa pubblica, società *in house* (Relazione tenuta all'incontro per la presentazione dell'opera "Il nuovo diritto degli appalti pubblici" a cura di R. Garofoli e M.A. Sandulli, Giuffrè 2005 - Roma 24 novembre 2005)

La relazione affronta la tematica relativa alle nozioni desumibili dalla giurisprudenza comunitaria di organismo di diritto pubblico, di impresa pubblica e di società *in house*. In particolare, su quest'ultima l'autore ritiene che vi sia da dubitare della stessa compatibilità comunitaria della disciplina nazionale in tema sia di società miste sia di società interamente partecipate, sotto il profilo dell'affidamento diretto del servizio; dubbio - ad avviso dell'autore - da ritenersi confermato dalla recente giurisprudenza che, pur affermando a parole la legittimità dell'*in house*, pone in realtà condizioni impossibili da realizzare.

D. PETTINATO, Affidamenti *in house*: ulteriori sviluppi (in www.filodiritto.com, luglio 2005)

L'articolo riassume sinteticamente il dibattito sugli affidamenti *in house* alla luce di alcune sentenze nazionali del 2005 e delle Conclusioni dell'Avvocato Generale Juliane Kokott del 1.3.2005.

E. PIGA, Privatizzazione formale, privatizzazione sostanziale e liberalizzazione; antichi e nuovi schemi organizzativi nella evoluzione della normativa, anche alla luce degli orientamenti giurisprudenziali, afferente i servizi pubblici locali a rilevanza economica (art. 113 comma 5 del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, di cui al d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267) (in *Rassegna giuridica dell'energia elettrica*, n. 3/2005)

Il saggio, partendo dalla ricognizione della dottrina in materia di privatizzazioni e liberalizzazioni, esamina, alla luce della giurisprudenza nazionale e comunitaria, i nuovi schemi organizzativi proposti dall'art. 113, comma 5 del D.lgs. 267/2000, concentrandosi anche sull'analisi dell'applicabilità delle disposizioni di cui agli art. 2497 e ss. del codice civile agli enti locali ed alle società c.d. *in house providing*. L'autore, infine, fa un importante anche se breve cenno alle problematiche connesse alla posizione di favore, conferita dagli artt. 2449 e 2450 del codice civile all'ente pubblico, in ordine alle nomine negli organi sociali.

G. PIPERATA, Il commento (alla sentenza CGCE *Parking Brixen*) (in *Giornale di Diritto Amministrativo*, n. 2/2006)

La nota, di commento alla sentenza della Corte di Giustizia europea nota come *Parking Brixen*, prima di addentrarsi nell'analisi delle motivazioni della pronuncia offre una panoramica sull'istituto della gestione *in house*. Partendo dall'origine comunitaria dell'affidamento *in house*, l'autore tratta del recepimento di tale istituto da parte del diritto nazionale sui servizi pubblici locali e si sofferma sui requisiti dell'affidamento *in house*, dando conto, in particolare, delle difficoltà di fornire un'interpretazione del concetto di controllo analogo.

S.POZZOLI, Riforma dei servizi: nuovi assetti per l'ente locale (in Azienditalia, n. 5/2005)

L'articolo analizza la riforma dell'art. 113 del D.Lgs. 267/2000 introdotta con la L. 326/2003, arrivando a ritenere tale riforma un passo avanti rispetto all'approccio che si era delineato con l'art. 35 della Finanziaria 2002 che aveva procurato al Governo italiano una procedura di infrazione da parte della Commissione europea. L'articolo prosegue analizzando anche le possibili distorsioni che gli enti locali possono fare del modello societario. Infine, pur non negando le difficoltà pratiche di attuazione della riforma dell'art. 113, l'autore ritiene che essa sia maggiormente rispettosa dell'autonomia gestionale dell'ente locale come riconosciuta anche dalla Costituzione.

S.POZZOLI, Società di spl: a chi spetta la "governance" (in Azienditalia, n. 6/2005)

L'articolo riflette sulla tendenza delle normative di settore a configurare un mondo dei servizi pubblici locali sempre più distante dagli enti locali e sulle difficoltà di questi ultimi, tranne esempi particolarmente virtuosi, di governare il gruppo aziendale di cui sono al vertice.

S.POZZOLI, Società in-house e controllo analogo (in Azienditalia, n. 7/2005)

L'articolo affronta il tema delle società *in house*. Partendo dalla constatazione che non tutte le società a capitale integralmente pubblico siano di fatto *in house*, l'autore affronta il problema di come possano essere soddisfatti i requisiti richiesti dal diritto positivo e dalla giurisprudenza per poter parlare di società *in house*.

A. SCARASCIA, I limiti degli affidamenti *in house* dei servizi pubblici locali, (in www.lexitalia.it, n. 10/2005, ottobre 2005).

L'articolo affronta i limiti degli affidamenti *in house* dei servizi pubblici locali ed in particolare, oltre a trattare dei requisiti richiesti dal D.Lgs. 267/2000 per tali affidamenti (società a capitale totalmente pubblico, controllo analogo, prevalenza dell'attività), esso si sofferma ad analizzare la questione della compatibilità dell'esercizio da parte della società partecipata di attività imprenditoriale a beneficio di terzi sul territorio di competenza dell'ente pubblico che la possiede nonché la questione della possibilità o meno di affidare *in house* i servizi rivolti ad esclusivo interesse dell'amministrazione aggiudicatrice e non della collettività.

C. TESSAROLO, La gestione *in house* di pubblici servizi, (in www.dirittodeiservizipubblici.it, febbraio 2005).

L'articolo contiene un'analisi sintetica della nozione di gestione *in house* e delle principali problematiche ad essa sottese, quali i requisiti della totale partecipazione pubblica, del controllo analogo e della prevalenza dell'attività, sottolineando, comunque, il carattere di eccezionalità del disposto dell'art. 113, comma 5 lettera c) del D.lgs. 267/2000, almeno sotto il profilo dell'ampia discrezionalità lasciata alle amministrazioni in ordine alla scelta del modello gestionale da adottare per la gestione dei pubblici servizi locali.

E. VARANI, L'"in house providing": la Corte di Giustizia torna a parlare di "controllo analogo", (in www.filodiritto.com, gennaio 2005).

La nota commenta la sentenza della CGCE *Stadt-Halle* sottolineando, in particolare, come quest'ultima abbia fornito una "interpretazione autentica" del concetto di controllo analogo elaborato nella sentenza *Teckal* e come la lettura che di tale controllo viene fornita sia legata all'elemento teleologico degli obiettivi di interesse pubblico che il soggetto conferente e l'affidatario devono comunque perseguire, da cui ne discende l'incompatibilità di tale concetto con qualunque forma di negoziazione sugli obiettivi strategici dell'organismo controparte, come pure sulle singole decisioni relative alla conduzione dell'impresa.

A. VIGNERI, Questioni di attualità nelle modalità di gestione dei servizi pubblici locali (in "ASTRID - Rassegna" n. 20/2005 - ottobre 2005).

L'articolo riepiloga in sintesi i principali aspetti della disciplina generale sulle modalità di gestione dei servizi pubblici locali. Pur soffermandosi sul ciclo dei rifiuti (trattando di questo il Convegno), essa affronta le questioni di legittimità ed interpretative dell'art. 113, comma 5 del D.lgs. 267/2000 tra giurisprudenza comunitaria e giurisprudenza nazionale ed il modello *in house providing* nelle recenti sentenze della Corte di Giustizia europea e le caratteristiche del "controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi", offrendo interessanti spunti di riflessione su esperienze concretamente realizzatesi.

A. VIGNERI, Nota a prima lettura della sentenza C.C. n. 29/2006 (in "ASTRID - Rassegna" n. 23 del 2006)

Nella breve nota di commento della sentenza della Corte Costituzionale n. 29/2006, recentissima pronuncia della Consulta sui servizi pubblici locali, l'autrice passa rapidamente in rassegna le motivazioni del ricorso e della conseguente decisione. Sottolinea, infine, il fatto che la pronuncia in commento si inserisce sulla linea già avviata dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 272/2004, completando le considerazioni di carattere generale in quella pronuncia rinvenibili ed individuando i principali ricavabili dall'art. 113 D.Lgs. 267/2000 e vincolanti per le Regioni.

UNA GOVERNANCE PER LE SOCIETA' A CONTROLLO COMUNALE (Rapporto della Fondazione CIVICUM di Milano, dicembre 2005).

Il rapporto fornisce indirizzi di *governance* per le società a controllo comunale ed affronta, con un saggio di Giulio Sapelli, l'aspetto della trasformazione delle società di proprietà comunale ed i rimedi di *governance* esperibili.