

SOCIETÀ PARTECIPATE DA UNA PLURALITÀ DI ENTI PUBBLICI E AFFIDAMENTO IN HOUSE: BREVI NOTE IN TEMA DI EFFETTIVITÀ DEL CONTROLLO ALLA LUCE DI UNA RECENTE SENTENZA DEL CONSIGLIO DI STATO

di Maria Francesca Monterossi

1. L'elaborazione giurisprudenziale intorno alle caratteristiche e ai criteri di legittimità dell'istituto dell'*in house providing* è continua e probabilmente ancora non è pervenuta a risultati definitivi.

L'ennesima occasione di riflessione è offerta dalla sentenza n. 1365 del 9 marzo 2009, emessa dalla V sezione del Consiglio di Stato che si è pronunciato, ancora una volta, in materia di affidamento diretto di servizi pubblici.

In particolare, con la decisione citata, il Consiglio di Stato si è espresso in merito alla configurabilità del requisito del controllo analogo in caso di gestione di un servizio *in house* da parte di una società partecipata da più enti pubblici.

Prima di soffermarci su questo aspetto, pare tuttavia opportuno ricapitolare con rapida sintesi le condizioni sostanziali di legittimità dell'istituto dell'*in house providing* che ricorre tutte le volte in cui un ente pubblico decide di affidare la gestione di un servizio, anche esso pubblico, al di fuori del sistema della gara, avvalendosi di una società esterna ma che presenta caratteristiche tali da poterla qualificare come una *longa manus* dell'ente medesimo¹.

Secondo la giurisprudenza comunitaria e nazionale, tali caratteristiche si rinvergono innanzitutto nella partecipazione pubblica totalitaria e nel c.d. "*controllo analogo a quello svolto sui propri servizi*" che l'ente affidante deve necessariamente esercitare nei confronti dell'impresa affidataria perché questa possa essere considerata come un suo organo delegato².

In particolare, il requisito della totale partecipazione pubblica, presuppone che l'ente affidante detenga la totalità delle azioni della società affidataria del servizio e che lo statuto di quest'ultima non consenta che una quota (neppure minima) del capitale sociale possa essere alienata a soggetti privati³.

Tale requisito risponde essenzialmente alle esigenze di libera concorrenza e parità di trattamento degli interessi privati che vengono coinvolti nell'azione amministrativa legata alla organizzazione e gestione di un servizio pubblico. Ed invero, qualora si consentisse l'affidamento diretto di un servizio o di un contratto ad una società mista pubblico-privata, si offrirebbe al socio privato interessato un vantaggio rispetto agli altri⁴.

2. Il possesso dell'intero capitale azionario rappresenta tuttavia un presupposto necessario ma non sufficiente a ritenere legittimo l'affidamento *in house*, servendo in questa direzione maggiori

¹ Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, parere 3 marzo 2008, n. 1.

² G. Stancanelli, I. Moscardi, R. De Nictolis, *Gli affidamenti in house*, in *Trattato sui contratti pubblici*, diretto da M. A. Sandulli, Rosanna De Nictolis, Roberto Garofoli, Milano, Giuffrè Editore, 2008, 308-309.

³ Su questo profilo, vds. Corte di Giustizia Europea, sez. I, 13 ottobre 2005, n. c-458/03; Corte di Giustizia Europea, sez. I, 6 aprile 2006, n. C-410/04; Consiglio di Stato, sez. VI, 3 aprile 2007, n. 1514; Consiglio di Stato, Adunanza sez. II, parere 18 aprile 2007, n. 456; TAR Puglia, Lecce, sez. II, 8 novembre 2006, n. 5197; Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, parere 3 marzo 2008, n. 1. A proposito, vds. anche G. Marchegiani, *Gli affidamenti in house e la sindrome del cavallo a dondolo. Sentenze a confronto*, www.giustamm.it.

⁴ A. Clarizia, *Il privato inquina: gli affidamenti in house solo a società a totale partecipazione pubblica*, www.giustamm.it. In merito vds. anche C. Acocella e F. Liguori, *Questioni (vere e false) in tema di società miste e in house dopo la pronuncia della Plenaria*, in *Foro amm.* CDS 2008, 3, 756.

strumenti di controllo dell'ente sulla società rispetto a quelli previsti, in materia societaria, dal codice civile⁵.

Ad esempio, il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Sicilia ha ritenuto altrettanto essenziali: “.....b) il controllo del bilancio; c) il controllo sulla qualità dell'amministrazione; d) la spettanza di poteri ispettivi diretti e concreti (sino a giungere al potere del controllante di visitare i luoghi di produzione); e) la totale dipendenza dell'affidatario diretto in tema di strategie e politiche aziendali”⁶.

Infatti, perché la partecipazione totalitaria sia garanzia anche di un controllo diretto e dominante, l'ente pubblico affidante non può limitarsi a provvedere alla nomina degli organi societari (di amministrazione e di controllo) ed al possesso dell'intero capitale azionario, ma deve poter esercitare sull'affidataria uno stringente controllo gestionale e finanziario, “in modo tale che i compiti affidati alla società saranno trattati come se fossero stati ad essa delegati dall'amministrazione”⁷.

Dunque, affinché l'affidamento diretto sia legittimo occorre, tra l'altro, che:

- le decisioni più importanti siano sottoposte al vaglio preventivo dell'ente affidante e che il Consiglio di Amministrazione della società non abbia rilevanti poteri gestionali;
- l'impresa non abbia acquisito una vocazione commerciale che renda precario il controllo dell'ente pubblico e che risulterebbe, tra l'altro, dall'ampliamento dell'oggetto sociale⁸, dall'apertura obbligatoria della società ad altri capitali⁹, dall'espansione territoriale dell'attività della società a tutta l'Italia e all'estero¹⁰.

3. Su un altro profilo caratterizzante l'istituto, si è pronunciata di recente la Corte Costituzionale secondo la quale perché l'affidamento diretto sia legittimo occorre anche che “il soggetto affidatario realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti che la controllano”¹¹.

Il giudice delle leggi, chiamato a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale dell'art. 3, comma 3, della Legge della Provincia di Bolzano n. 12 del 16.11.2007 recante norme sui “Servizi pubblici locali” e dell'art. 8, comma 1, dello Statuto Speciale per il Trentino Alto - Adige, tra gli altri, si sofferma sull'aspetto relativo al piano della verificabilità e dell'accertamento del requisito in esame, affermando che “...il giudice competente deve prendere in considerazione tutte le circostanze del caso di specie, sia quantitative sia qualitative (e dunque non considerare semplicemente il fatturato e le risorse economiche impiegate come dispone la legge provinciale in violazione delle regole

⁵ A proposito, vds. *ex multis* Corte di Giustizia Europea, sez. I, 13 ottobre 2005, n. c-458/03; TAR Friuli-Venezia Giulia, 12 dicembre 2005, n. 986; Corte di Giustizia Europea, sez. I, 11 maggio 2006, n. C-340/04; TAR Friuli-Venezia Giulia, 10 gennaio 2007, n. 13; TAR Campania, Napoli, sez. VII, 4 luglio 2007, n. 6479; Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Sicilia, sez. giur., 4 settembre 2007, n. 719; TAR Lazio, sez. II ter, 16 ottobre, n. 9988; Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, parere 3 marzo 2008, n. 1.

⁶ Consiglio Giustizia Amministrativa per la Regione Sicilia, sez. giur., 4 settembre 2007, n. 719.

⁷ Vds. a tal proposito anche TAR Lombardia, Milano, sez. III, 17 luglio 2006, n. 1837.

⁸ Vds. *ex multis* Corte di Giustizia Europea, sez. I, 13 ottobre 2005, n. c-458/03; Consiglio di Stato, sez. VI, 3 aprile 2007, n. 1514; TAR Campania, Napoli, sez. VII, 4 luglio 2007, n. 6479; Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, parere 3 marzo 2008, n. 1; Corte Costituzionale, 23 dicembre 2008, n. 439.

⁹ Questo aspetto, in particolare, comporta – lo si ricorda – il divieto tassativo di partecipazione di soci privati al capitale della società *in house* per tutta la durata della società medesima, sia direttamente che indirettamente, nel senso che non deve essere possibile nemmeno che i privati entrino (pur in misura minima) nel capitale di soggetti pubblici che fanno parte della struttura sociale;

¹⁰ A tal proposito, vds. Corte di Giustizia Europea, sez. I, 13 ottobre 2005, n. C-458/03; TAR Campania, Napoli, sez. VII, 4 luglio 2007, n. 6479; Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Sicilia, sez. giur., 4 settembre 2007, n. 719; Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, parere 3 marzo 2008, n. 1; Corte Costituzionale, 23 dicembre 2008, n. 439.

¹¹ In merito si veda anche F. Cintioli, *Norma interposta, società in house e identità dell'ordinamento nazionale. Riflessioni alla prima lettura di Corte Cost. n. 439 del 2008*, www.giustamm.it

comunitarie sulla concorrenza poste dalle norme del Trattato). Sul piano quantitativo....occorre considerare che il fatturato determinante è rappresentato da quello che l'impresa in questione realizza in virtù di decisioni di affidamento adottate dall'ente.. controllante...non sono ammesse (però) rigide predeterminazioni connesse all'indicazione della misura percentuale di fatturato rilevante. Sul piano qualitativo.....è necessario assegnare rilievo anche ad....aspetti (quali) ad esempio, la propensione dell'impresa ad effettuare determinati investimenti di risorse economiche in mercati - anche non contigui - in vista di una eventuale espansione in settori diversi da quelli rilevanti per l'ente pubblico conferente”¹².

Solo la contestuale presenza di tutti i fattori sopra elencati prova dunque che l'Ente affidante esercita sulla società affidataria funzioni di indirizzo e di controllo, strategico ed operativo, tali da poter ritenere l'affidamento legittimo anche in assenza di gara¹³.

4. Venendo ora alla decisione che ha costituito lo spunto per scrivere questa nota, si osserva che il Consiglio di Stato si è di recente pronunciato in materia di *in house* e *governance* societaria statuendo che, nel caso di pluralità di soggetti pubblici partecipanti al capitale della società affidataria, “*il controllo che le autorità esercitano su quest'ultima....per poter essere qualificato come analogo al controllo che esse esercitano sui propri servizi, può essere esercitato congiuntamente dalle stesse, deliberando, eventualmente a maggioranza*”¹⁴.

In particolare, nella sentenza n. 1365 del 9 marzo 2009 (avente ad oggetto la riforma della sentenza del TAR Campania, Napoli, sez. I, n. 8055 del 13 settembre 2006 secondo la quale la scelta del Comune di Meta di servirsi dell'istituto dell'*in house* era illegittima in quanto l'ente non disponeva, all'interno della società a capitale interamente pubblico partecipata anche dai Comuni di Sorrento e di Piano di Sorrento, dell'autonomia e dei poteri necessari ad esercitare nei confronti della medesima “*un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi*” a causa della netta supremazia del socio di maggioranza, rappresentato dal Comune di Sorrento, ed in ragione della composizione e del funzionamento degli organi sociali), il Supremo Consesso ha ritenuto che quando non sia possibile discostarsi dalle determinazioni preventivamente assunte (in merito agli aspetti più rilevanti della gestione societaria) dagli enti pubblici soci si deve ritenere che il controllo esercitato sia concreto e reale e che quindi sussiste il requisito del c.d. “*controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi*”.

Di conseguenza, il TAR Campania ha errato nel ritenere che poiché la gestione dei profili di ordinaria amministrazione era affidata al Comune di Sorrento (che in virtù di una partecipazione maggioritaria nella società “*versava in posizione dominante e di pressoché totale autonomia*”) non era configurabile in capo agli altri enti partecipati, ed in particolare, in capo al Comune di Meta, alcun reale potere di controllo sulla gestione.

Secondo i giudici dell'appello, perché il controllo sia “*analogo*” è, infatti, sufficiente che sia effettivo, “*non risultando indispensabile che sia individuale*”, e così era nel caso di specie, caratterizzato dal fatto che i Comuni soci, attraverso l'istituzione di una Assemblea dei Sindaci, si erano riservati il potere, ad esercizio congiunto e attraverso il metodo del voto all'unanimità, di approvare, in via preventiva, tutte le determinazioni concernenti gli aspetti più rilevanti della vita sociale (quali, ad esempio, le deliberazioni da sottoporre alla assemblea straordinaria, le proposte di nomina degli organi societari, le scelte relative al piano industriale).

¹² Corte Costituzionale, 23 dicembre 2008, n. 439.

¹³ In questo senso Corte di Giustizia Europea, sez. I, 13 ottobre 2005, n. C-458/03; TAR Friuli Venezia Giulia, 12 dicembre 2005, n. 986; Corte di Giustizia Europea, sez. I, 11 maggio 2006, n. C-340/04; Consiglio di Stato, sez. V, 30 agosto 2006, n. 5072; TAR Friuli Venezia Giulia, 10 gennaio 2007, n. 13; Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, parere 3 marzo 2008, n. 1.

¹⁴ Su questo profilo, vds. anche F. Liguori, *Sulla sopravvivenza degli affidamenti in house*, www.giustamm.it.

In sede comunitaria, la Corte di Giustizia ha anche stabilito che in tali casi il controllo è da ritenersi analogo a quello esercitato sui propri servizi anche se esercitato deliberando a maggioranza (e non all'unanimità)¹⁵.

Secondo il Giudice europeo, infatti, *“le regole sui quorum, strutturali e funzionali, rivestono una rilevanza secondaria purché non risulti esclusa in maniera radicale la possibilità per ciascun ente associato di prendere parte attiva alla formazione delle decisioni della società”*.

È evidente dunque che, come nel caso del Comune di Meta, la mancata considerazione della sola gestione ordinaria non esclude affatto la sussistenza del requisito del c.d. *“controllo analogo”* in quanto gli atti di ordinaria amministrazione non potranno discostarsi dalle determinazioni adottate in precedenza dall'Assemblea dei Sindaci alla quale partecipa ciascun socio¹⁶.

5. Da quanto sopra esposto, risulta chiaro che l'evoluzione giurisprudenziale alla quale assistiamo, e che è andata delineando, nel tempo, un quadro sempre più preciso e stringente di quelli che sono i requisiti legittimanti l'utilizzo dell'*in house providing*, ha contestualmente ridotto, sempre di più, i margini di azione delle PP.AA. nell'avvalimento di questa tecnica organizzativa¹⁷.

Tali confini, tuttavia, non implicano, come rileva anche l'ultima sentenza citata, un mero rispetto formalistico dei criteri indicati, ma, al contrario, richiedono una applicazione sostanziale dell'istituto, nel rispetto della sua dimensione funzionale.

Ciò che importa al fine dell'accertamento della legittimità dell'affidamento diretto di un servizio ad una società partecipata da una pluralità di soggetti pubblici è, infatti, l'effettività del modulo organizzativo prescelto dalle autorità pubbliche che partecipano in modo *“complessivamente”* totalitario al capitale della società.

Di conseguenza, nei casi di affidamento diretto di servizi ad una società partecipata da una pluralità di enti pubblici, il giudice amministrativo sarà di volta in volta chiamato a verificare l'effettività del controllo esercitato da ciascun ente sulla società concessionaria del servizio in virtù del modulo organizzativo prescelto.

In particolare, il controllo risulterà concreto e puntuale se sarà accertato che le amministrazioni possono:

- a. designare i membri degli organi direttivi della società partecipata;
- b. stabilire, per mezzo di delibere, le spese di funzionamento della società;
- c. verificare l'attività della società - sia attraverso la nomina di un funzionario comunale, sia attraverso il controllo sulla contabilità aziendale -.

Come è anche per il caso esaminato dal Supremo Collegio Amministrativo, la circostanza che gli organi decisionali (assemblea generale; consiglio di amministrazione; collegio dei commissari; collegio dei sindaci; etc. etc.) siano composti da rappresentanti nominati da ciascuna amministrazione indica che queste controllano i medesimi organi e che sono, di conseguenza, in

¹⁵ Vds., a tal proposito, Corte di Giustizia 13 novembre 2008, causa C-324/07; Corte di Giustizia 17 luglio 2008, causa C-371/05.

¹⁶ *“...un'autorità pubblica ha la possibilità di adempiere ai compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti amministrativi, tecnici e di altro tipo, senza essere obbligata a far ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi. Detta possibilità ...può essere utilizzata in collaborazione con altre autorità pubbliche. Occorre quindi riconoscere che, nel caso in cui varie autorità pubbliche detengano un ente concessionario cui affidano l'adempimento di una delle loro missioni di servizio pubblico, il controllo che dette autorità pubbliche esercitano sull'ente in parola può venire da loro esercitato congiuntamente. Trattandosi di un organo collegiale, la procedura utilizzata per adottare la decisione, segnatamente il ricorso alla maggioranza, non incide”*. Vds. anche Corte di Giustizia, 11 gennaio 2005, causa C-26/03; Corte di Giustizia, 19 aprile 2007, causa C-295/05.

¹⁷ In questo senso, A. Clarizia, *La Corte suona il de profundis per l'in house*, www.giustamm.it.

grado di esercitare una influenza determinante sia sugli obiettivi strategico - operativi sia sulle decisioni più importanti della società.