

AFFIDAMENTI IN HOUSE/ Il Consiglio di stato sul caso di una società partecipata da più enti

Controllo analogo anche frazionato

Il requisito sussiste pure se esercitato in forma congiunta

DI DARIO CAPOBIANCO

Nell'affidamento in house ad una società partecipata da più enti pubblici sussiste il requisito del controllo analogo anche quando esercitato in forma congiunta. È l'orientamento del Consiglio di stato, sezione V, che con la sentenza n. 8970 del 29/12/2009 ritorna sul tema della configurabilità del «controllo analogo» nel caso di «in house frazionato».

La fattispecie posta all'attenzione del Consiglio di stato concerne l'adesione di un comune alla gestione in forma associata del servizio di raccolta, trasporto e smaltimento dei rifiuti solidi urbani demandata a una Comunità montana con l'incarico di scegliere il modello più appropriato per la migliore gestione economica e organizzativa del servizio; a tale scopo la Comunità montana aveva proceduto all'affidamento in house del servizio alla società interamente pubblica partecipata anche dal comune in misura minoritaria (0,484%). Contro le determinazioni dell'amministrazione comunale aveva proposto ricorso davanti al Tribunale amministrativo per la Lombardia, sezione di Brescia, la società, lamentando, tra i diversi motivi, anche la violazione dell'articolo 113 del Tuel (dlgs 267/2000), comma 5, lettera c), relativamente alla mancanza in concreto del requisito del controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi da parte del comune in questione data l'irrilevanza della relativa partecipazione al capitale e l'assenza di poteri tali da incidere sull'attività della società.

Con la sentenza n. 1440 del 27/10/2008, accogliendo parzialmente il ricorso, il Tar di Brescia riscontrava l'insussistenza del requisito del controllo analogo ritenendo come questo «debba sussistere, autonomamente, in capo a ciascun ente socio, quan-

tomeno nella forma di diritto individuale di veto all'adozione di qualsivoglia rilevante decisione di amministrazione ordinaria o straordinaria». Contro la decisione del tribunale amministrativo la comunità montana e la società in house affidataria del servizio di gestione dei rifiuti si appellavano al Consiglio di stato per richiederne l'annullamento.

Per prima cosa, nell'esaminare il merito della questione relativa alla sussistenza o meno del requisito del controllo analogo, il Consiglio di stato rileva come l'impostazione adottata nel giudizio di primo grado risulti non in linea con la sentenza Coditel della Corte di giustizia europea (sentenza 13/11/2008 - causa C-324/07) con la quale i giudici comunitari avevano sviluppato il tema dell'ipotesi del controllo analogo congiunto «chiarendo che gli Enti partecipi di una società in house possono esercitare il controllo collettivamente, deliberando a maggioranza all'interno degli organi sociali nei quali siedono i loro rappresentanti».

Sempre con riferimento alla giurisprudenza comunitaria, dopo aver ricordato la decisione del 9/6/2009, causa C-480/06, riporta, in particolare, la sentenza 10/9/2009, causa C-573/07 in cui la corte europea era stata chiamata a pronunciarsi proprio su un rinvio pregiudiziale del Tar di Brescia che aveva espresso perplessità in caso di affidamenti in house circa la conciliabilità del modello legale della società per azioni con l'esercizio del controllo analogo da parte di ogni comune socio in considerazione dell'art. 2380-bis cod. civ. che riserva la gestione dell'impresa esclusivamente agli amministratori. Nell'affrontare tale questione la corte europea reputava possibile l'esercizio da parte dei comuni soci del controllo analogo in considerazione di previsioni statutarie quali il potere

interdittivo dell'assemblea dei soci e l'obbligo di richiesta di un parere preventivo ad un comitato formato dagli stessi comuni per le decisioni più importanti.

Anche, nel caso in questione, il Consiglio di stato rileva la presenza di analoghe modalità di controllo laddove, come da norme statutarie e convenzionali, è riservata all'assemblea dei soci la formulazione di indirizzi vincolanti sulla gestione ordinaria e straordinaria o è prevista l'istituzione di una commissione formata dai sindaci dei comuni convenzionati e dal presidente della Comunità montana chiamata a esprimere un parere obbligatorio sul bilancio preventivo e consuntivo della società e su eventuali spese non preventive per la gestione del servizio. Ricollegandosi al concetto di controllo analogo congiunto della sentenza Coditel così come ripreso in proprie recenti decisioni (sentenze n. 1365/2009, n. 2765/2009, n. 5082/2009, n. 5808/2009), il giudice amministrativo ribadisce come «il controllo analogo non postula necessariamente anche il controllo, da parte del socio pubblico, sulla società e, in via consequenziale, su tutta l'attività, sia straordinaria sia ordinaria, essendo, invece, sufficiente che il controllo della mano pubblica sull'ente affidatario sia effettivo, ancorché esercitato congiuntamente e, deliberando a maggioranza, dai singoli enti pubblici associati».

Perché possa essere riscontrata la sussistenza del controllo analogo e, di conseguenza, la legittimità dell'affidamento in house non è richiesta, come, invece, sostenuto dal Tar in primo grado, «la configurabilità di un controllo totale ed assoluto di ciascun ente pubblico sull'intera società in house, bensì l'esistenza di strumenti giuridici (di diritto pubblico o di diritto privato) idonei a garantire che ciascun ente, insieme a tutti gli

altri azionisti della società in house, sia effettivamente in grado di controllare ed orientare l'attività della società controllata».

Nel caso in esame, accogliendo, quindi, gli appelli della comunità montana e della società affidata-

ria, l'affidamento in house può dirsi legittimo in quanto, considerata anche la sussistenza delle ulteriori condizioni della totale partecipazione pubblica al capitale e dello svolgimento della

parte più importante dell'attività con gli enti pubblici che la controllano, la società «è sorretta da un regime tale da escluderne autonomia decisionale e terzietà rispetto ai comuni che ne partecipano».

