



Home	Informazioni generali	Comunità di ricerca	Attività formative	Risorse	Osservatorio OPAL	
----------------------	---------------------------------------	-------------------------------------	------------------------------------	-------------------------	-----------------------------------	--

Sei qui: [Home](#) ▶ [Osservatorio OPAL](#) ▶ [OPAL n. 4 - 5/2014](#) ▶ All'affidamento in house dei servizi di pubblica utilità, possono ricorrere anche piccoli comuni con quota minima di capitale e privi di rappresentante negli organi direttivi. Annotazione alla sentenza del T.A.R. Lombardia, Sezione di Milano, N. 2

All'affidamento in house dei servizi di pubblica utilità, possono ricorrere anche piccoli comuni con quota minima di capitale e privi di rappresentante negli organi direttivi. Annotazione alla sentenza del T.A.R. Lombardia, Sezione di Milano, N. 2

di [Nicola Dessì](#)

[Stampa](#) | [Email](#)

Parole chiave: Servizi pubblici, affidamento in house, gestione dei rifiuti.

Riferimenti normativi: Artt. 3, 11, 41 e 97 Cost. Art. 4 decreto-legge 13 agosto 2011 n. 138 (Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e lo sviluppo) convertito con legge 14 settembre 2011, n. 148. Artt. 2 e 18 direttiva 2004/18/CE del 31 marzo 2004 relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi. Bando di gara del Comune di Ceranova avente ad oggetto "procedura aperta per l'affidamento del servizio di raccolta, trasporto e conferimento dei rifiuti urbani secondo le modalità porta a porta e altri servizi correlati". Deliberazione Consiglio Comunale di Ceranova datata 30 settembre 2011.

Massima: Un Comune può affidare direttamente a una società c.d. in house la gestione di un servizio pubblico di rilevanza economica anche se non è direttamente rappresentato negli organi direttivi della società, nonostante una recente decisione della Corte di Giustizia europea risalente al 2012 – la c.d. sentenza Econord- ritenga possibile l'affidamento diretto solo quando l'amministrazione aggiudicatrice partecipa "sia al capitale sia agli organi direttivi" della società affidataria. A tale proposito, si richiamano le conclusioni dell'Avvocato generale nella sentenza Econord: l'effettiva partecipazione societaria dell'ente pubblico va valutata in base alla sua popolazione e al suo volume di bilancio. Poiché il Comune coinvolto nel caso di specie è di piccole dimensioni, l'assenza dei suoi rappresentanti nel Consiglio di amministrazione è giustificata, tenendo presente che lo statuto della società affidataria assegna ai Comuni coinvolti poteri propulsivi e di indirizzo nei confronti del Consiglio di amministrazione.

[Link al documento](#)

Caso concreto.

Una società a responsabilità limitata, operante nel settore dei rifiuti, presentava ricorso per chiedere al T.A.R. della Lombardia, sezione di Milano, l'annullamento di una deliberazione consiliare di un Comune in Provincia di Pavia. Il Comune resistente aveva affidato direttamente a una società c.d. "in house" - senza una previa procedura concorsuale - la gestione del servizio di raccolta, trasporto e conferimento dei rifiuti. La deliberazione impugnata era datata 30 settembre 2011; il ricorso contro di essa veniva depositato il 2 dicembre 2011. In primo luogo, la società ricorrente invocava la violazione di alcune disposizioni del decreto-legge 138/2011, convertito con modificazioni con legge 148/2011. Infatti, non sarebbe stato osservato l'art. 4 del decreto: il Comune avrebbe dovuto procedere a un'istruttoria, volta a verificare l'eventuale possibilità di gestire il servizio in un regime concorrenziale, e solo in caso di esito negativo avrebbe potuto affidare il servizio a una società "in house". Al di là di questo aspetto - avente sostanzialmente natura procedurale - la ricorrente censurava, nel merito, l'insussistenza delle condizioni oggettive che gli artt. 2 e 18 della direttiva europea 2004/18 richiedono per consentire l'affidamento diretto.

In conseguenza di tutto ciò, il Comune avrebbe agito in contrasto con il principio comunitario della libertà di concorrenza, nonché con gli artt. 3, 11, 41 e 97 Cost.

Decisione.

Il collegio giudicante rigettava il ricorso.

Innanzitutto si menziona la sentenza n. 199, depositata il 20 luglio 2012, con cui la Corte

Newsletter

Osservatorio sulle Autonomie
Locali

Nome

Email

Privacy e Termini di Utilizzo

[Iscriviti](#) [Cancellati](#)



Costituzionale ha dichiarato illegittimo l'art. 4 del decreto-legge 138/2011. Tale disposizione non faceva che riproporre, in materia di servizi pubblici locali, il dettato di quelle norme che erano state abrogate con il referendum popolare del 15 giugno 2011, e che limitavano fortemente il ricorso all' in house providing. Il ricorso in esame, dunque, fondava parte delle sue censure su una disposizione che in seguito, successivamente alla presentazione del ricorso, è stata dichiarata illegittima.

La questione più rilevante, però, consiste nella verifica, nel caso concreto, dei requisiti necessari per l'affidamento diretto, alla luce dell'orientamento giurisprudenziale della Corte di Giustizia europea. Com'è noto, una società può essere diretta affidataria della gestione di un servizio di pubblica utilità solo quando l'ente affidante esercita su di essa un "controllo analogo" a quello che eserciterebbe sui propri servizi, e sempre che la società affidataria svolga la parte più importante della propria attività per conto dell'ente affidante. Questo principio è stato elaborato a partire dalla sentenza Teckal del 1999.

Una recente decisione della Corte di Giustizia, però, apporta alcuni elementi di novità nella definizione di "controllo analogo". Per la sentenza Econord, C 183/2011, il "controllo analogo" rileva "qualora ciascuna delle autorità stesse partecipi sia al capitale sia agli organi direttivi dell'entità suddetta".

Nel caso di specie, il Comune resistente detiene una partecipazione azionaria - ancorché decisamente irrisoria - all'interno della società

affidataria; nessuno dei cinque consiglieri d'amministrazione della società, però, è espressione del Comune.

Nominalmente, quindi, il Comune non partecipa negli "organi direttivi" della società. Resta da stabilire se questa circostanza impedisce, o no, l'esercizio del "controllo analogo".

Nelle conclusioni dell'avvocato generale Villalón nella causa Econord sono contenute alcune indicazioni utili a riguardo. Si afferma che il requisito del "controllo analogo" è soddisfatto quando è effettivo il controllo esercitato congiuntamente con gli altri enti partecipanti; per valutare la partecipazione dell'ente alla gestione della società, occorre tenere conto del suo "peso relativo", in base a indicatori come "il volume di bilancio dell'ente locale, la popolazione di tale ente o le sue necessità in relazione al servizio gestito dalla società".

Dal canto suo, la V Sezione del Consiglio di Stato, nella sentenza n. 8970 del 2009, aveva già affermato che "affinché il controllo sussista anche nel caso di una pluralità di soggetti pubblici partecipanti al capitale della società affidataria non è (...) indispensabile che ad esso corrisponda simmetricamente un 'controllo' della governance societaria".

Il collegio giudicante del T.A.R. di Milano ne deduce che la partecipazione alla gestione della società affidataria non va intesa in senso "formale": va compiuta un'indagine nel caso concreto, in modo da accertare se l'ente pubblico influenzi effettivamente l'operato dell'ente, considerando il suo effettivo potere di influenza in base alle sue risorse finanziarie, e - se è un ente territoriale - alla sua demografia. Evidentemente, è difficile che un piccolo Comune abbia la possibilità di esprimere un consigliere d'amministrazione, all'interno di una società nella quale il "controllo analogo" è esercitato anche da molti altri enti. Tanto più che, in base al d.l. 95/2012 - c.d. spending review, poi convertito con legge 135/2012 - i consigli di amministrazione delle società a totale partecipazione pubblica non possono essere più di cinque. Se si accogliesse la tesi "formale", che richiede la partecipazione dei Comuni agli "organi direttivi" delle società, l'affidamento in house sarebbe praticabile solo per le società cui non partecipano più di cinque Amministrazioni: tale soluzione, secondo il T.A.R. di Milano, "condurrebbe a conseguenze peggiori del problema che intende risolvere".

In sostanza, la presenza formale nei Consigli di amministrazione non è l'unico strumento a disposizione di un ente per gestire la società in house. Infatti, lo statuto della società alla quale, nel caso qui in esame, è stato affidato il servizio, assegna a tutti i Comuni partecipanti il potere di formulare proposte al Consiglio di amministrazione, e di porre un veto sulle deliberazioni che vi si discostino; in più, i Sindaci dei Comuni interessati, riuniti in un'Assemblea, possono formulare indirizzi operativi sulla gestione del servizio.

Risulta dunque effettivamente arduo sostenere che il Comune resistente non eserciti un "controllo analogo" sull'attività societaria, a prescindere dal dato formale. Come afferma il T.A.R. di Milano, l'affidamento in house è legittimo "ove risulti provato il perseguimento di uno scopo di carattere consortile, cioè la risultante, o una degna sintesi, di quello delle singole Amministrazioni che ne fanno parte". D'altronde, nella stessa sentenza Econord - che richiama a sua volta la sentenza Coditel Brabant, C 324/07 - si legge che "nel caso in cui venga fatto ricorso ad un'entità posseduta in comune da più autorità pubbliche, il 'controllo analogo' può essere esercitato congiuntamente da tali autorità, senza che sia indispensabile che detto controllo venga esercitato individualmente da ciascuna di esse". Il rigetto del ricorso è la logica conseguenza del percorso argomentativo qui descritto.

Va ricordato che, secondo una decisione più risalente della V Sezione del Consiglio di Stato, non sussiste il "controllo analogo" quando, in base allo statuto della società affidataria, "i poteri appartengono agli organi sociali, e non è previsto nessun raccordo tra gli enti pubblici territoriali e la costituzione degli anzidetti organi". Si tratta della sentenza n. 5 dell'8 gennaio 2007: la Corte di Giustizia non aveva ancora emesso le sentenze Coditel Brabant ed Econord. Se ne potrebbe dedurre, a contrario, che per ravvisare l'esistenza del "controllo analogo" sia sufficiente che tale raccordo vi sia, al di là della formula concretamente adottata allo scopo di porlo in essere.

Brevi considerazioni conclusive.

È interessante rilevare che il collegio giudicante ha riconosciuto la legittimità di una delibera, con cui

si affida in house un servizio di pubblica utilità e di rilevanza economica direttamente e senza una preventiva istruttoria. Effettivamente, la disposizione che imponeva una valutazione comparativa all'ente aggiudicante, prima di procedere all'affidamento diretto, era l'art. 4 della l. 138/2011, e la Corte Costituzionale l'ha espunta dall'ordinamento giuridico. Rimane l'art. 34, comma 20, del d.l. 179/2012, convertito con la l. 221/2012: l'ente locale, prima di scegliere una forma di affidamento del servizio, deve verificare la sussistenza dei relativi requisiti richiesti dalla disciplina europea, e darne conto in un'apposita relazione; tale disposizione, però, non era in vigore alla data del 30 settembre 2011, quando il Comune coinvolto nel caso qui esaminato aveva adottato la delibera.

Se, dunque, un Comune adottasse, oggi, una simile delibera, senza una previa istruttoria e senza una motivazione, tale delibera sarebbe annullabile in sede di ricorso giurisdizionale, perché adottata in violazione di quanto disposto dal d.l. 179/2012. In effetti, se si qualifica la delibera che affida la gestione di un servizio come un "provvedimento" – e non si capisce perché non lo si dovrebbe considerare tale, vista la sua incidenza nella sfera giuridica degli operatori economici eventualmente interessati alla gestione – allora essa non può sottrarsi all'obbligo di motivazione previsto dalla legge 241/1990.

Resta semmai da chiarire se l'istruttoria e l'obbligo di motivazione siano gli unici adempimenti necessari per l'affidamento in house del servizio, o se la scelta di questa modalità incontra altre limitazioni. Si tratta in sostanza di stabilire se l'affidamento diretto è da considerarsi equiparabile al procedimento di evidenza pubblica, o se quest'ultimo debba ritenersi la modalità principale di scelta, come affermato talora in dottrina (39). Ebbene, né l'art. 113 del Testo unico degli Enti locali né l'art. 106 TFUE stabiliscono un ordine di priorità fra le varie modalità di affidamento. Vero è che, secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato (ad. plen., sentenza n. 1/2008), l'in house providing è "un'eccezione alle regole generali del diritto comunitario, le quali richiedono la previa gara". Si tratta di una *vexata quaestio*, per affrontare la quale occorrerebbe andare ben al di là di questa nota; il nodo tutto principale risiede nell'interpretazione dell'art. 106 TFUE e nella necessità, o meno, di dimostrare che le regole a tutela della libera concorrenza ostacolano la "missione" affidata all'ente pubblico. Un dato è certo: con il referendum abrogativo del 2011, la volontà popolare si è espressa contro la previsione di limitazioni ad hoc all'affidamento diretto.

Quanto alla principale questione affrontata in sentenza, sembra condivisibile la ricostruzione operata dal T.A.R. di Milano, in ordine al riconoscimento del "controllo analogo" anche in mancanza di una presenza formale dell'ente affidante negli organi direttivi della società affidataria. Valgono, in proposito, le argomentazioni avanzate dal collegio giudicante. Si può eventualmente aggiungere alcune considerazioni, anche considerando le novità apportate dalla recente direttiva 2014/24, la quale - a partire dal 2016 - si sostituirà alla storica direttiva del 2004.

L'articolo 18 della direttiva 2004/18 disciplina l'ipotesi in cui la gestione di un servizio viene affidato a un'amministrazione aggiudicatrice; non menziona apertamente, però, la nozione di "controllo analogo", né tantomeno la definisce. Non la definisce con precisione nemmeno l'art. 113 del Testo unico degli Enti locali. In un simile quadro normativo, il "controllo analogo" viene così a configurarsi come una situazione di fatto, i cui confini devono necessariamente essere individuati di volta in volta, nel concreto, dalla giurisprudenza. Dopodiché, nel momento in cui il "controllo analogo" si manifesta come una situazione di fatto, caratterizzata da un effettivo potere d'indirizzo detenuto dall'amministrazione aggiudicatrice nei confronti del soggetto affidatario, non può ritenersi ragionevole applicare una diversa disciplina a seconda che questa influenza avvenga, o non avvenga, per mezzo di rappresentanti nei Consigli di amministrazione, direttamente facenti capo all'ente affidante.

A decorrere dal 18 aprile 2016, la direttiva 2004/18 sarà abrogata ed entrerà in vigore la direttiva 2014/24. Quest'ultima si preoccupa di dare una descrizione dettagliata del rapporto che deve intercorrere fra affidante e affidatario, perché si possa procedere all'affidamento diretto. L'articolo 12 della nuova direttiva prevede, al paragrafo 3, la possibilità che l'Amministrazione aggiudicatrice eserciti sull'ente un controllo analogo assieme ad altre Amministrazioni aggiudicatrici. Il secondo comma del paragrafo, al numero I), richiede a tal fine che negli organi decisionali dell'ente affidatario siano presenti i rappresentanti di tutte le Amministrazioni partecipanti. Non è agevole stabilire come si sarebbe potuto risolvere la vicenda qui analizzata, se fossero già state in vigore le nuove norme comunitarie; ad ogni modo, va notato che la stessa direttiva 2014/24 consente a singoli componenti degli organi decisionali di rappresentare più Amministrazioni, e che non necessariamente gli "organi decisionali" di una persona giuridica devono coincidere con il solo consiglio di amministrazione. Una lettura rigorosa della direttiva potrebbe rendere necessario che i piccoli Comuni si raggruppino, per esprimere, quantomeno, un rappresentante comune, che faccia direttamente e specificamente riferimento ad essi, con riferimento a tutti gli organi decisionali: compreso, dunque, il consiglio di amministrazione.

(39) Cfr. ad esempio C. VOLPE, *La "nuova normativa" sui servizi pubblici locali di rilevanza economica. Dalle ceneri ad un nuovo effetto "Lazzaro". Ma è vera resurrezione?*, in *giustamm.it*, n. 1-2013. La nuova normativa sui servizi pubblici locali "corrobora l'idea che il ricorso all'in house non sia 'liberalizzato' ed equidordinato agli altri modelli di gestione (...) dovendosi, invece, ai fini dell'affidamento, necessariamente valutare, e conseguentemente motivare, sulla convenienza, soprattutto economica e finanziaria, rispetto al modello dell'evidenza pubblica".

Tweet

Like Sign Up to see what your friends like.



Keywords: [Funzioni e Servizi](#)

[Torna in alto](#)

Università degli Studi del Piemonte Orientale "A. Avogadro"
Dottorato di Ricerca in Autonomie Locali, Servizi Pubblici e Diritti di Cittadinanza
Via Mondovì 6 - 15121 Alessandria
Tel. +39.0131.283765 - Fax +39.0131.283777 - E-mail: drasd@unipmn.it