

Spettabile
Soraris Spa
via Galvani 30/32
36066 SANDRIGO (VI)

Alla c.a. del direttore
Damiano Lupato
via email all'indirizzo direttore@soraris.it

data d'invio dell'email

Gentile Direttore,

in merito al quesito sottoposto in materia di proroga dell'affidamento dei servizi in house a Soraris da parte dei Comuni soci, le illustro quanto segue.

Rimango a sua disposizione, cordiali saluti,



Giacinto Tommasini
Avvocato
tommasini@tommasinimartinelli.it

Il quesito

Premesse: le caratteristiche dell'affidamento in house

Requisiti di legittimità della scelta del modello dell'in house providing

La legittimità della proroga dell'affidamento in house

a. il permanere dei presupposti qualificanti l'in house providing nei rapporti tra gli enti soci e Soraris

b. la valutazione della convenienza del modello dell'in house providing

Fonti

Il quesito

Si richiede un parere legale in ordine al seguente tema: attualmente gli affidamenti di servizio in modalità *in-house* da parte dei nostri comuni soci scadono al 31/12/2017.

L'assemblea soci ha formulato un atto di indirizzo per la proroga al 31/12/2030, con richiesta di un parere legale che inquadri il passaggio nella normativa vigente.

Premessa: Le caratteristiche dell'affidamento in house

Si pone, per il miglior inquadramento della questione, l'opportunità di una breve disamina dell'istituto dell'*in house providing* (per brevità *in house*). Capendone infatti i presupposti e lo spirito risulta più agile, nel complesso panorama normativo attuale, individuare risposte e soluzioni.

Esso trova origine nelle pronunce della giurisprudenza comunitaria, che a partire dalla sentenza "Teckal" (Corte di Giustizia, 18 novembre 1999, causa C-107/98) ha individuato le caratteristiche fondamentali di detto istituto.

Affinché possa esservi affidamento in house¹ sono necessari:

- il controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi da parte dell'ente pubblico sulla società affidataria;
- la totale partecipazione pubblica alla società suddetta;
- la destinazione prevalente dell'attività a favore dell'ente affidante.

A tali pronunce sono seguite analoghe decisioni della giurisprudenza interna e l'ingresso dell'istituto nell'ordinamento italiano.

Si ha **controllo analogo** nel caso in cui l'ente pubblico eserciti un controllo gestionale e finanziario penetrante della società affidataria, sulla scorta di un potere di direzione, coordinamento e supervisione della medesima che ne fa una sua *longa manus* anziché un soggetto terzo (TAR Roma, Sezione II - Sentenza 14/03/2011 n. 2241). L'ente pertanto deve avere influenza decisiva e determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni di maggior rilievo della società.

Non sussisterà dunque un vero e proprio rapporto contrattuale, poiché non può sussistere una terzietà sostanziale tra l'ente affidante e la società gestrice².

Il requisito della **totale partecipazione pubblica** ha avuto diverse interpretazioni in giurisprudenza.

¹ Vale a dire affidamento della produzione o gestione di beni, servizi, lavori ad entità diversa dall'ente pubblico ad essi deputato senza svolgimento di procedura ad evidenza pubblica.

² La giurisprudenza ha ribadito più volte l'assunto: il controllo analogo sul soggetto comporta "un controllo che consente all'autorità pubblica concedente di influenzarne le decisioni. Deve trattarsi di una possibilità di influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti" (Corte di Giustizia, 13 ottobre 2005, in causa C-458/03, Parking Brixen).

Se alle origini dell'istituto veniva esclusa totalmente la possibilità della partecipazione alla società del capitale privato (Corte di Giustizia, Grande sezione, 8 aprile 2008, n. 337, "La partecipazione, anche minoritaria, di un'impresa privata al capitale di una società esclude, in ogni caso, che l'Amministrazione aggiudicatrice abbia su detto ente un controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi"), la Corte di Giustizia europea ha poi ammesso la possibilità di ingresso di soci privati, chiarendo che tale presenza è ostativa all'in house providing solamente se essa sussista al momento della stipula della convenzione tra ente e società. La giurisprudenza italiana invece continua a ritenere condizione necessaria la totale partecipazione pubblica della società affidataria, garantita da apposite clausole statutarie della medesima. (Cons. Stato, sez. V, 3 febbraio 2009, n. 591).

La **destinazione prevalente dell'attività a favore dell'ente affidante** prevede che la società svolga la propria attività in via principale ed esclusiva a favore dell'ente medesimo, in modo che attività diverse abbiano solamente carattere marginale.

Nel caso di pluralità di enti pubblici affidanti, il requisito viene rispettato nel caso in cui la società svolga la parte principale della propria attività a favore degli stessi complessivamente considerati. (Corte di Giustizia CE, 11 maggio 2006, C-340/04, società Carbotermo e Consorzio Alisei c. Comune di Busto Arsizio).

Riguardo alla caratteristica della **partecipazione della società da parte di più enti pubblici**, si è favorevolmente espressa la giurisprudenza chiarendo come si coniugano a tale forma societaria i requisiti sopra visti³.

Si segnala infine che l'istituto in esame trova ora disciplina anche nella recente Direttiva 2014/24/UE del 26 febbraio 2014, all'art. 12. La medesima non è ancora stata recepita nell'ordinamento italiano ma preme far rilevare come si tratti della prima disciplina legislativa in materia del legislatore europeo.

L'art. 12 ribadisce i presupposti visti e presenta alcune innovazioni:

- l'Amministrazione deve esercitare sulla persona giuridica un controllo analogo a quello da essa esercitato sui propri servizi. Tale controllo può anche essere esercitato da una persona giuridica diversa, a sua volta controllata allo stesso modo dall'Amministrazione interessata, con le caratteristiche di partecipazione e amministrazione stabilite nel medesimo articolo;

³ Vale a dire: (i) il controllo analogo è riconosciuto sussistente nel caso in cui la società gerente eserciti la propria attività nel territorio degli enti soci e prevalentemente a beneficio di questi ultimi complessivamente intesi, inoltre che gli enti complessivamente intesi esercitino la loro influenza determinante sulla strategia e le decisioni capitali della società. (Corte di Giustizia CE, sez. III, 10 settembre 2009 (procedimento C 573/07) - Sea S.r.l. c. Comune di Ponte Nossa, Servizi Tecnologici Comuni - Se.T.Co. S.p.A. ed altri; Consiglio di Stato, Sezione V - Sentenza 08/03/2011 n. 1447); (ii) il controllo analogo è ritenuto sussistere se svolto dalla totalità dei medesimi, adeguatamente coordinato al fine di esprimere controllo ed indirizzo unitari, pertanto anche nel caso di delibere assunte a maggioranza dei soci pubblici partecipanti (Corte di Giustizia, sez. III, 13 novembre 2008, n. 324, causa C-324/07 Coditel Brabant SA; Cons. Stato, sez. V, 8 marzo 2011, n. 1447 e 9 marzo 2009, n. 1365; sez. V, 26 agosto 2009, n. 5082).

- la società deve svolgere la parte più importante della propria attività a favore dell'ente, considerandosi questo avvenuto quando oltre l'80% delle attività della persona giuridica controllata sono effettuate nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'Amministrazione controllante o da altre persone giuridiche controllate dall'Amministrazione socia;
- è prevista la totale partecipazione pubblica, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto, prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata.

Requisiti di legittimità della scelta del modello dell'in house providing

La disciplina degli affidamenti in house ha subito negli ultimi anni modifiche di rilievo. Con referendum 12 giugno 2011 è stato abrogato l'art. 23 bis del D.L. n. 112/2008, che prevedeva l'eccezionalità del in house providing per la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica.

E' seguita la dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 4 del D.L. 138/2011 convertito in L. 148/2011 con sentenza n. 199 del 20/07/2012 della Corte Costituzionale. La Corte ha rilevato infatti che detto articolo riproduceva la disciplina dell'abrogato art. 23 bis del D.L. n. 112/2008 con conseguente drastica riduzione delle ipotesi di legittimità degli affidamenti in house ben oltre quanto previsto dalla disciplina di matrice comunitaria.

Il venir meno dell'eccezionalità dell'affidamento in house è stato ulteriormente ribadito anche dal Consiglio di Stato con la sentenza 11 febbraio 2013, n. 762 di rigetto delle doglianze di una impresa contro-interessata all'affidamento in house del servizio rifiuti e depurazione acque da parte della Provincia di Bolzano.

Tale successione di eventi ha provocato il venir meno della normativa statale in materia di servizi pubblici, anche alla luce della mancata reviviscenza della norme precedenti (art. 113 e ss. D. Lgs. n. 267/2000). Tuttavia ciò non ha provocato un vuoto normativo bensì l'applicazione diretta della disciplina comunitaria alla materia. (Corte costituzionale, sentenza n. 24 del 26/01/2011).

E' dunque ora necessario richiamarsi alla normativa di matrice europea, vale a dire le norme del Trattato sul funzionamento dell'UE, le pronunce della Corte di Giustizia, i provvedimenti della commissione.

Il diritto comunitario non impone agli enti pubblici di ricorrere a una particolare forma giuridica per assicurare le loro funzioni di servizio pubblico (Corte di Giustizia, CE, Grande Sezione, 9 giugno 2009, causa C-480/06).

Ne consegue che ad oggi l'affidamento dei servizi di interesse economico generale può avvenire tramite:

- procedura ad evidenza pubblica per l'individuazione di un concessionario;

- procedura ad evidenza pubblica per l'individuazione di un partner privato operativo cui affidare la gestione dei servizi nell'ambito di una società mista (PPP istituzionalizzato);
- affidamento in house

Tuttavia allo scopo di evitare che l'affidamento in house comporti una violazione della libera concorrenza e della parità di trattamento tra imprese pubbliche e private, la Corte di Giustizia ha statuito che è possibile non osservare le regole in materia di concorrenza solo in presenza dei requisiti legittimanti l'in house providing (principio ribadito anche da Corte Cost. 28 marzo 2013, n. 50).

Ciò sta a significare che il modello dell'in house non fa venir meno il principio cardine della concorrenza stabilito nel TFUE. E dunque il modello della procedura di evidenza pubblica continua a rimanere la regola, in quanto garantista del principio anzidetto.

Alla luce di ciò l'in house si giustifica quando il perseguimento degli obblighi di servizio pubblico lo rendano necessario.

L'art. 106, comma 2, del TFUE stabilisce "Le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme dei trattati, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata".

Pertanto può derogarsi al principio di concorrenza se la sua applicazione è di ostacolo alla missione attribuita ai gestori dei servizi di interesse economico generale, vale a dire il soddisfacimento del bisogno pubblico a cui il servizio risponde. Di conseguenza, l'in house è esperibile nel momento in cui l'applicazione del principio di concorrenza permetterebbe una soddisfazione del bisogno pubblico in maniera meno soddisfacente rispetto all'affidamento diretto.

Quindi il ricorso all'in house non può ritenersi del tutto libero ma ai fini della sua legittimità è necessario dare motivazione della sua convenienza in termini di economicità, efficienza ed efficacia in confronto alle procedure di evidenza pubblica o dell'inutilità della gara per la soddisfazione del bisogno pubblico sottostante al servizio.

Dovrà dunque la scelta dell'ente locale basarsi sui parametri di esercizio delle scelte discrezionali, e pertanto: valutazione comparativa degli interessi pubblici e privati coinvolti; individuazione del modello più efficiente ed economico; adeguata istruttoria e motivazione.

La scelta, in quanto discrezionale, sarà sindacabile nel caso in cui manchi di istruttoria e motivazione, se sia viziata da travisamento dei fatti, nel caso palesemente illogicità o irrazionalità.

Rimane fermo però che tali valutazioni debbano essere compiute.

A conferma la recente sentenza del Consiglio di Stato n. 257 del 22 gennaio 2015, che ribadisce che l'affidamento in house è una delle tre modalità che la Pubblica

Amministrazione ha per organizzare i servizi pubblici locali: tramite il mercato scegliendo l'affidatario con gara pubblica, attraverso il partenariato pubblico privato, attraverso l'affidamento in house.

Nel caso in cui l'affidamento in house segua le regole elaborate dalla giurisprudenza UE e ora riversate nella direttiva appalti 2014/124/UE, la scelta della Pubblica Amministrazione non è sindacabile dal giudice amministrativo, a meno che non sia manifestamente illogica, irragionevole, irrazionale o arbitraria o sia fondata su di un travisamento dei fatti.

La legittimità della proroga dell'affidamento in house

Non si rinvencono disposizioni ostative alla proroga di un affidamento in house da parte delle pubbliche amministrazioni alla società sua longa manus.

Il supporto tecnico giuridico del ministero delle infrastrutture e dei trasporti e dalla Conferenza delle regioni e delle province autonome ne riconosce altresì la legittimità.

Alla luce della riscontrata mancanza di previsioni ostative alla proroga, si ritiene che la stessa possa essere legittimamente disposta. Tuttavia si ritiene essenziale a tal fine che gli enti affidanti:

- a. verifichino il permanere dei presupposti qualificanti l'in house providing nei rapporti tra loro medesimi e Soraris,
- b. operino le valutazioni discrezionali di convenienza del modello rispetto alle ulteriori opzioni a procedura aperta offerte dall'ordinamento in termini di economicità, efficienza ed efficacia tenuto conto degli interessi pubblici e privati coinvolti, dando di tale percorso adeguata motivazione.

Riprendendo i punti di cui sopra:

a. il permanere dei presupposti qualificanti l'in house providing nei rapporti tra gli enti soci e Soraris

Riguardo a tale aspetto, si esprimono le considerazioni che seguono.

Soraris Spa è attualmente società gerente i servizi di raccolta, trasporto e smaltimento di rifiuti urbani e assimilati a favore dei comuni soci di Altavilla Vicentina, Bressanvido, Caldogno, Camisano Vicentino, Dueville, Grisignano di Zocco, Grumolo delle Abbadesse, Longare, Montecchio Precalcino, Montegalda, Montegaldelta, Monticello Conte Otto, Quinto Vicentino, Sandrigo, Torri di Quartesolo secondo il modello dell'in house providing.

La lettura dello statuto della medesima evidenza quanto segue:

“Articolo 7- Partecipazione totalitaria pubblica

1. Possono essere soci della società esclusivamente enti locali. In ogni caso la quota di capitale pubblico di tali enti non potrà essere inferiore al 100% (cento per cento) per tutta la durata della società.”

L'articolo riportato prevede che il capitale della società sia interamente detenuto da Pubbliche Amministrazioni e statuisce il divieto d'ingresso di soci privati, andando dunque a costituire il requisito della totale partecipazione pubblica sopra esaminato.

“Articolo 5 - Oggetto sociale

(Omissis)

8. La società è tenuta a realizzare e gestire la parte più importante della propria attività con gli enti pubblici soci che la controllano. Con tali limiti la società potrà realizzare e gestire le attività di cui al presente oggetto sociale, direttamente o per conto di terzi, siano essi Enti pubblici anche non soci o privati, in concessione, in appalto o in qualsiasi altra forma.

(Omissis)”

Viene espressamente stabilito che la parte più rilevante dell'attività di Soraris debba svolgersi a favore dei Comuni soci, integrando pertanto il secondo requisito richiesto per il legittimo affidamento in house.

“Articolo 11 - Assemblea dei soci

1. L'assemblea, legalmente convocata e costituita, rappresenta l'universalità dei soci. Gli enti locali, soci, dovranno essere rappresentati dai Sindaci, presidenti pro-tempore, o da loro delegati, che siano assessori o consiglieri dello stesso ente.

(Omissis)

4. L'assemblea dei soci esercita collegialmente un controllo sull'operato societario analogo a quello esercitato sui proprio servizi, in applicazione della normativa vigente inerente gli affidamenti di servizi pubblici a rilevanza economica a società a capitale interamente pubblico.”

“Articolo 15 - Competenze dell'Assemblea dei Soci

1. L'Assemblea ordinaria ha competenza per le materie ad essa riservate dalla Legge, e segnatamente:

- a) approva il bilancio;
- b) nomina e revoca l'Organo Amministrativo;
- c) determina il compenso dell'Organo Amministrativo;
- d) nomina i componenti del Collegio Sindacale ed il Presidente e, quando previsto, il soggetto al quale è demandato il controllo legale dei conti e determina il loro compenso;
- e) delibera sulla responsabilità degli amministratori e dei sindaci;
- f) delibera sugli altri oggetti attribuiti dalla legge o dal presente Statuto, alla competenza dell'assemblea.

(Omissis)”

“Articolo 16 - Strumenti programmatici e diritti di controllo

Le modalità del controllo nei confronti della società da parte degli enti locali soci sono disciplinate in apposita convenzione conclusa tra i predetti enti locali ai sensi dell'art. 30 del Decreto Legislativo n. 267/2000. Gli organi sociali della società sono tenuti a cooperare con il Gruppo ristretto di coordinamento disciplinato dalla convenzione di cui sopra anche mediante l'invio della documentazione richiesta per lo svolgimento dei propri compiti”.

Le norme sopra citate prevedono da un lato espressamente lo svolgimento di un controllo degli enti soci su Soraris analogo a quello esercitato sui propri servizi, dall'altro prevedono concrete attribuzioni ed organi che vi provvedano, non ultimo la previsione di un Gruppo ristretto di coordinamento, nominato dall'Assemblea dei soci e composto da membri della medesima, incaricato “di verificare, anche sotto il profilo dell'efficienza, dell'efficacia ed economicità, lo stato di attuazione degli obiettivi risultanti dagli atti di programmazione approvati da Soraris S.p.A. e dalla Assemblea” al fine di “garantire un costante coordinamento e controllo”.

Si ritiene pertanto che tali previsioni diano corpo al precetto del controllo analogo.

In particolare si ritiene integrato il requisito dalla presenza del già citato Gruppo ristretto di coordinamento, in relazione al quale appare opportuno richiamare quanto segue.

La giurisprudenza comunitaria ha precisato che l'esercizio del potere di direzione, coordinamento e supervisione della società tale che l'ente abbia influenza decisiva e determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni di maggior rilievo della società **deve andare ben oltre quello esercitabile in qualità di semplice socio di maggioranza secondo le regole proprie del diritto societario** (Corte di Giustizia CE, 11 maggio 2006, C-340/04, società Carbotermo c. Comune di Busto Arsizio). L'affermazione è stata ribadita recentemente con la pronuncia della Corte di giustizia, sez. V, 8 maggio 2014, causa C-15/13: il controllo deve essere effettivo, strutturale e funzionale **ed esula da quelli che sono gli ordinari poteri attribuiti ai soci pubblici dagli ordinamenti degli Stati membri**⁴.

⁴ Come ad esempio, l'art. 2449 c.c.:

Società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici.

Se lo Stato o gli enti pubblici hanno partecipazioni in una società per azioni che non fa ricorso al mercato del capitale di rischio, lo statuto può ad essi conferire la facoltà di nominare un numero di amministratori e sindaci, ovvero componenti del consiglio di sorveglianza, proporzionale alla partecipazione del capitale sociale.

Gli amministratori e i sindaci o i componenti del consiglio di sorveglianza nominati a norma del primo comma possono essere revocati soltanto dagli enti che li hanno nominati. Essi hanno i diritti e gli obblighi dei membri nominati dall'assemblea. Gli amministratori non possono essere nominati per un periodo superiore a tre esercizi e scadono alla data dell'assemblea convocata per l'approvazione del bilancio relativo all'ultimo esercizio della loro carica.

I sindaci, ovvero i componenti del consiglio di sorveglianza, restano in carica per tre esercizi e scadono alla data dell'assemblea convocata per l'approvazione del bilancio relativo all'ultimo esercizio della loro carica.

Alle società che fanno ricorso al capitale di rischio si applicano le disposizioni del sesto comma dell'articolo 2346. Il consiglio di amministrazione può altresì proporre all'assemblea, che delibera con le maggioranze previste per l'assemblea ordinaria, che i diritti amministrativi previsti dallo statuto a favore dello Stato o degli enti pubblici siano rappresentati da una particolare categoria di azioni. A tal fine è in ogni caso necessario il consenso dello Stato o dell'ente pubblico a favore del quale i diritti amministrativi sono previsti.

Anche la giurisprudenza interna ha ripreso tale assunto: il Consiglio di Stato in adunanza plenaria, con la decisione n. 1 del 03/03/2008, ha stabilito come la partecipazione pubblica totalitaria è necessaria ma non sufficiente ad integrare il controllo analogo, poiché sono necessari ulteriori strumenti di controllo da parte dell'ente rispetto a quelli previsti dal diritto civile. Tra questi, che **“all'ente pubblico controllante deve essere consentito esercitare poteri maggiori rispetto a quelli che il diritto societario riconosce normalmente alla maggioranza sociale.”** Nello stesso senso la sentenza 629 del 27/12/2014 del Tar Friuli Venezia Giulia.

Tale sentenza si inserisce nel filone dottrinale alla luce del quale non è di certo sufficiente un singolo atto o più sporadici atti perché l'attività di supervisione e direzione possa integrare il controllo analogo, ma **occorre una “azione di direzione”⁵ continuata nel tempo, attraverso una serie continua e concatenata di atti e direttive che abbiano come finalità lo stringente controllo.**

E' inoltre di rilievo, oltre alla giurisprudenza illustrata, quanto previsto dalle recenti direttive appalti, 2014/24/UE nei settori ordinari, 2014/25/UE sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali (settori speciali) e 2014/23/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione.

Ciò non solo perché il nostro Paese è tenuto a recepirle entro il 18 aprile 2016, ma anche perché, secondo il parere del Consiglio di Stato n. 298 del 30 gennaio 2015, la direttiva 2014/24/UE nella materia alla nostra attenzione è a tal punto dettagliata da giustificare un'applicazione diretta. La Corte aggiunge inoltre che, anche se non fosse possibile un'applicazione immediata, non può non tenersi conto di quanto in esse stabilito, dato che trattasi della prima fonte legislativa in materia a livello UE e visto il loro prossimo recepimento.

Le direttive citate prevedono che per l'individuazione dell'in-house providing è necessario primariamente il controllo analogo dell'ente sulla società gerente.

Il requisito risulta soddisfatto se l'amministrazione eserciti un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative dell'affidatario in-house.

Secondo la direttiva, in caso di partecipazioni di più pubbliche amministrazioni alla medesima società in house, esse possono esercitare il controllo analogo in maniera congiunta con le altre, purché si realizzino i seguenti presupposti:

- a) **gli organi decisionali dell'organismo controllato siano composti da rappresentanti di tutti i soci pubblici partecipanti, ovvero, tra soggetti che possono rappresentare più o tutti i soci pubblici partecipanti;**
- b) **i soci pubblici siano in grado di esercitare congiuntamente un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative dell'organismo controllato;**
- c) **l'organismo controllato non persegua interessi contrari a quelli dei soci pubblici partecipanti.**

⁵ Scognamiglio, *Le Società*, 2009.

Alla luce delle previsioni esposte, le società in-house e le amministrazioni partecipanti si sono dotate nel tempo di particolari meccanismi ed organi al fine di dar corso ad un controllo più stringente di quello dato dalla sola partecipazione azionaria.

I metodi più rappresentati riguardano:

- l'istituzione di un organo sociale, ulteriore rispetto agli ordinari Assemblea dei soci ed organo amministrativo, deputato specificamente ad un controllo penetrante degli enti soci sull'attività sociale;
- la creazione di un comitato esterno tramite convenzione ex art 30 del d.lgs. 267/2000 a cui affidare il medesimo compito di penetrante controllo.

Dell'esistenza di tale tipo di meccanismi si trova traccia anche nella sentenza Tar Friuli Venezia Giulia 634 del 15/07/2005, che dà conto della creazione, da parte dei Comuni soci della società Ambiente Servizi Spa, di una assemblea di coordinamento intercomunale tramite convenzione ex art 30 del d.lgs. 267/2000, attraverso il quale gli enti soci esercitano compiti e funzioni preordinati ad indirizzare e controllare la vita della società.

Analoga struttura è stata adottata da CAFC Spa, società di gestione delle acque nel territorio friulano, tramite una convenzione che istituisce e disciplina l'organo denominato "Coordinamento dei soci", comune a tutti gli enti soci, sede di informazione, consultazione e discussione tra i soci e tra la società ed i soci, e di controllo dei soci sulla società, circa l'andamento dell'amministrazione della società stessa.

Ancora, ConSerVCO SpA ha istituito un Comitato di Controllo e Coordinamento eletto dall'assemblea del Consorzio Obbligatorio Unico di Bacino del Verbano Cusio Ossola (COUB VCO), soggetto affidante il servizio di gestione del ciclo integrato dei rifiuti urbani alla detta società.

ASM Pavia, società gerente il servizio di raccolta rifiuti, ha provveduto a costituire tramite convenzione ex art. 30 d.lgs. 267/2000 un organismo denominato "Assemblea di coordinamento e controllo intercomunale", formato dai sindaci dei comuni affidanti e loro delegati.

Ulteriormente, Alto Adige Riscossioni Spa ha costituito un'assemblea di coordinamento cui partecipano tutti i rappresentanti degli enti soci, deputata a nominare un comitato di indirizzo e a dare al comitato delle linee guida. Il comitato è composto da sei membri: da tre rappresentanti della Provincia, dal Presidente del Consorzio dei Comuni o un suo delegato e da due rappresentanti degli enti locali rappresentati in assemblea di coordinamento.

La Società Intercomunale Lecchese per l'Ecologia e l'Ambiente SILEA Spa, ha costituito l'Assemblea di coordinamento intercomunale, formata dai rappresentanti legali dei soci o loro delegati.

Il metodo della previsione di un organo interno alla società medesima è stato invece adottato dalla società UNIACQUE Spa, affidataria del servizio idrico integrato da parte dell'Autorità d'ambito di Bergamo.

Tale società ha previsto l'organismo societario denominato "Comitato di indirizzo strategico e di controllo" composto da 10 sindaci e dal Presidente della Provincia di Bergamo e rappresentanti da loro delegati.

BIM, società gerente il servizio idrico integrato (acquedotto - fognatura e depurazione), il servizio Gpl ed il teleriscaldamento nella provincia di Belluno, ha costituito un comitato di coordinamento al fine dell'esercizio in maiora coordinata da parte di tutti gli enti soci dei poteri di indirizzo e controllo analogo nei confronti della società.

Alla luce di quanto esposto, si ritiene che l'organo Soraris denominato "Gruppo di coordinamento" risulti affine per composizione ed attribuzioni a quelli sin qui citati e sia da ritenersi adeguato a contribuire all'esercizio del controllo analogo della società medesima da parte degli enti soci nel senso del controllo ulteriore rispetto a quello esercitabile in qualità di socio di maggioranza secondo le regole proprie del diritto societario di matrice civilistica.

In virtù di quanto rinvenuto nello statuto di Soraris Spa, si ritiene che ove la prevalenza dell'attività a favore dei Comuni soci prevista in statuto sia supportata dalle risultanze economiche degli esercizi, i criteri dell'istituto dell'in house providing siano rispettati.

b. la valutazione della convenienza del modello dell'in house providing

Si ritiene necessaria una valutazione discrezionale da parte degli enti soci rispetto al permanere della convenienza dell'affidamento in house a Soraris Spa per gli anni a venire, sulla base della comparazione degli interessi pubblici e privati in gioco e dei modelli alternativi che l'ordinamento prevede, dandone adeguata motivazione.

La discrezionalità amministrativa prevede che l'Amministrazione sia chiamata a scegliere fra più comportamenti giuridicamente leciti al fine della soddisfazione dell'interesse pubblico, alla luce della comparazione tra i diversi interessi coinvolti. La scelta dell'Amministrazione pertanto, dovrà tenere conto del soddisfacimento dell'interesse pubblico primario che deve essere perseguito ma dovrà altresì valutare gli interessi ulteriori coinvolti in modo da operarne adeguato contemperamento, al fine di conseguire l'obiettivo prefissato con il minor sacrificio degli ulteriori interessi coinvolti.

Il percorso richiede pertanto una fase di individuazione ed analisi dei fatti e degli interessi coinvolti, tramite adeguata istruttoria, ed una fase di espressione della volontà rispetto all'individuazione degli interessi prioritari ed alla modalità di loro soddisfazione. I principi che guidano tale percorso dovranno essere quelli dell'imparzialità, della logicità, dell'efficienza e della buona amministrazione.

Della scelta effettuata l'Amministrazione è tenuta a dare adeguata motivazione⁶.

⁶ La motivazione, a titolo esemplificativo, potrà prendere in considerazione tali ipotesi: (i) il particolare rapporto giuridico intercorrente tra l'Amministrazione ed il soggetto affidatario consente all'Amministrazione un controllo ed un'ingerenza sul servizio più penetrante di quello praticabile su di un soggetto terzo, in quanto esteso agli atti sociali e non rigidamente vincolato al rispetto del contratto di concessione; (ii) i costi del servizio sono contenuti a livelli equiparabili con il mercato esistente, realizzando il soggetto affidatario una sorta di gestione in economia parificabile a quella che l'Amministrazione realizzerrebbe con una gestione interna; (iii) la qualità e l'efficienza del servizio assicurato dal soggetto affidatario sono conosciuti e attestati; (iv) il soggetto affidatario ha acquisito negli anni l'esperienza e la versatilità necessarie per gestire le particolarità legate al territorio.

Fonti più rilevanti

Oltre alla giurisprudenza citata in nota, si richiamano in particolare:

Parere del Consiglio di Stato n. 298 del 2015.

Sentenza del TAR del Friuli Venezia Giulia, n. 629 del 2014.

Consiglio di Stato, adunanza plenaria, decisione n. 1 del 2008.

In dottrina invece:

Il Piemonte delle Autonomie, Rivista quadrimestrale di scienze dell'Amministrazione promossa dal Consiglio regionale del Piemonte, Anno I, Numero III, 2014 e Anno II, Numero I - 2015.

L'affidamento in house. Questioni aperte sulla disciplina applicabile. Carmine Volpe, 2014

Affidamento in house, Riccardo Bianchini, 2014

L'affidamento in house di servizi pubblici locali e strumentali: origine ed evoluzione più recente dell'istituto alla luce della normativa e della giurisprudenza europea e nazionale, Volpe, in www.giustamm.it, n. 3/2014.

Le società in-house. Contributo allo studio dei principi di auto-organizzazione e auto-produzione degli enti locali, Christian Iaione, 2012.

Le regole dell'organizzazione e della gestione, Cavallo Perin, in *L'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica*, a cura di H. Bonura e M. Cassano, Torino, 2011

La riforma dei servizi pubblici locali, Villata (a cura di), Torino, 2011

Le società, Scognamiglio, 2009

Disciplina e gestione dei servizi pubblici economici: il quadro comunitario e nazionale nella più recente giurisprudenza, Gallo, in *Diritto amministrativo*, 2005.