

Qualora nello statuto di una Società per Azioni con partecipazione di capitale pubblico, venga sancito che i poteri appartengono agli organi sociali, e nel contempo non venga però previsto alcun raccordo tra gli enti pubblici territoriali e la costituzione degli anzidetti organi, non esistono le condizioni per il cd “controllo analogo” per legittimare l’affidamento in house del relativo servizio pubblico

Il Consiglio di Stato con la decisione numero 5 dell’8 gennaio 2007, in tema di affidamento senza gara di un servizio pubblico locale ad una Società per Azioni, con capitale pubblico, ci insegna che:

< Sull’unica questione dedotta in giudizio, che è la mancanza di controllo analogo, la sentenza merita conferma, alla stregua dei principi stabiliti, sul punto, dalla Corte di giustizia CE.

Lo statuto, in atti, è quello di una normale società per azioni, nella quale i poteri appartengono agli organi sociali, e non è previsto nessun raccordo tra gli enti pubblici territoriali e la costituzione degli anzidetti organi: il presidente del Consiglio d’amministrazione e il direttore sono eletti dal Consiglio d’amministrazione, il quale a sua volta è nominato dall’assemblea senza vincoli di provenienza o di proposta, e la stessa assemblea è composta “dai soci” senza ulteriori specificazioni; del collegio sindacale è previsto solo che si compone di tre sindaci elettivi e due supplenti, che durano in carica tre anni e sono rieleggibili.

Gli enti pubblici soci, a parte l’articolo 5 sulla possibilità di alienare le azioni, non sono neppur menzionati, e anzi l’articolo 21 stabilisce che «Il Consiglio di Amministrazione è investito dei più ampi poteri per la gestione ordinaria e straordinaria della società ed ha facoltà di compiere tutti gli atti che ritenga opportuni per l’attuazione ed il raggiungimento degli scopi sociali, fatta eccezione soltanto per gli atti che a norma di legge e del presente statuto sono di competenza dell’Assemblea».<

Nel dare questa risposta il Supremo giudice amministrativo ci ha fornito un’importante riassunto della norma in esame:

< Nel merito, l’articolo 113 del testo unico sull’ordinamento degli enti locali emanato con decreto legislativo 18 agosto 2000 n. 267, intitolato “Gestione delle reti ed erogazione dei servizi locali di rilevanza economica” al comma 5 prevede che l’erogazione del servizio possa avvenire «con conferimento della titolarità del servizio:

a) a società di capitali individuate attraverso l’espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica; b) a società a capitale misto pubblico privato nelle quali il socio privato venga scelto attraverso l’espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica che abbiano dato garanzia di rispetto delle norme interne e comunitarie in materia di concorrenza secondo le linee di indirizzo emanate dalle autorità competenti attraverso provvedimenti o circolari specifiche;

c) 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».

La disciplina è attuativa di quella europea, e segnatamente della direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CE che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici.

Per aver presente il quadro generale della disciplina della materia, è opportuno chiarire che gli enti titolari del servizio possono, senza necessità di gare o altre procedure di evidenza pubblica, affidare

il servizio a propri enti strumentali **sfornti** di personalità giuridica, perché in tal caso si tratta di semplice organizzazione interna e il servizio viene fornito pur sempre dall'ente;

come pure a enti con personalità giuridica, quando si tratti di **concessione del servizio**, ossia quando l'affidatario venga compensato con i corrispettivi del servizio e assuma su di sé i costi e il rischio della gestione, perché si è ritenuto che tale forma di gestione dei servizi non risponde alle aspettative delle imprese sul mercato.

Nel caso di appalto, quale è certamente quello in esame, l'articolo 113, comma 5, consente l'affidamento senza gara nella situazione descritta nell' alinea "c", sostanzialmente equivalente a una gestione per mezzo di ente strumentale; e tale situazione si verifica quando sussistono le due distinte condizioni,

quella del "controllo analogo" a quello che l'ente esercita (o gli enti esercitano) sui propri servizi e che la società affidataria realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano.>

a cura di Sonia Lazzini

REPUBBLICA ITALIANA

N. 5/07 REG.DEC.

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N. 9611 REG:RIC.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Quinta Sezione ANNO 2005
ha pronunciato la seguente
decisione

sul ricorso in appello proposto dalla società per azioni S.I.E.M. - SOCIETÀ INTERCOMUNALE ECOLOGICA MANTOVANA con sede in Mantova, in persona del signor Paolo Caleffi, presidente del Consiglio d'amministrazione, difesa dagli avvocati Paolo Colombo e Alessandro Sperati e domiciliata presso il secondo in Roma, piazza Giuseppe Mazzini 27;
contro

la società per azioni **, con sede in Brescia, costituitasi in giudizio in persona del dottor Fulvio Roncari, amministratore delegato, difesa dagli avvocati Vito Salvadori e Gabriele Pafundi e domiciliata presso il secondo in Roma, viale Giulio Cesare 14, scala A interno 4;
e nei confronti

del comune di GOITO, non costituito in giudizio;
per la riforma

della sentenza 7 novembre 2005 n. 1123, con la quale il tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, sezione staccata di Brescia, ha annullato la deliberazione 6 dicembre 2004 n. 48 del Consiglio comunale, con la quale il comune di Goito ha affidato alla società SIEM il servizio di raccolta, trasporto e smaltimento dei rifiuti solidi urbani.

Visto il ricorso in appello, depositato il 2 dicembre 2005;

visti il controricorso della società **, depositato il 21 dicembre 2005, e la successiva memoria difensiva depositata il 28 giugno 2006;

visti gli atti tutti della causa;

relatore, all'udienza dell'11 luglio 2006, il consigliere Raffaele Carboni, e uditi altresì gli avvocati Colombo e Pafundi;

ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

Il Consorzio Intercomunale Mantovano per l'Ecologia, - C.I.M.E., costituito da sessantanove comuni della provincia di Mantova e dalla Provincia medesima, con deliberazione assembleare del 23 dicembre 1995, rogata dal notaio Mario Nicolini di Mantova con atto n. 49354/20620, si era

trasformato nella società S.I.E.M. - Società Intercomunale Ecologica Mantovana (d'ora in poi: Siem), avente per oggetto, secondo lo statuto, tutto il ciclo della nettezza urbana, dalla raccolta dei rifiuti solidi alla gestione delle discariche, per conto dei comuni, di loro consorzi, enti in genere e loro consorzi e imprese private. Era previsto che avrebbero potuto entrare a far parte della società privati ed enti pubblici, riservando in ogni caso agli enti pubblici territoriali il cinquantun per cento delle azioni. Il comune di Goito, partecipante al Consorzio, aveva aderito alla trasformazione in società per azioni con deliberazione del Consiglio comunale 28 novembre 1994 n. 105. Con contratto di servizio 20 settembre 2004 rogato dal segretario comunale ha poi affidato a Siem l'intero servizio di nettezza urbana ("gestione dei rifiuti solidi urbani"), e il contratto è stato approvato dal Consiglio comunale con deliberazione 6 dicembre 2004 n. 48.

La società **, impresa operante nel settore, con ricorso al tribunale amministrativo regionale per la Lombardia notificato il 2 e 3 marzo 2005 ha impugnato la predetta deliberazione, deducendo i motivi seguenti.

1) Violazione dell'articolo 113, comma 5, alinea "c" del testo unico delle disposizioni sull'ordinamento degli enti locali emanato con decreto legislativo 18 agosto 2000 n. 267, perché la Siem non era una società sulla quale il comune di Goito esercita il "controllo analogo", previsto dalla disposizione di legge come condizione per poterle affidare, senza gara, il servizio pubblico.

2) Difetto di motivazione e d'istruttoria.

3) Violazione dei principi di libera concorrenza e di parità di trattamento sanciti dal trattato istitutivo della Comunità Europea.

Il comune e Siem si sono costituiti in giudizio eccependo l'inammissibilità del ricorso, sul rilievo che l'affidamento del servizio conseguiva alla decisione di trasformare il Consorzio nella società Siem, assunta dal comune con la deliberazione n. 105 del 1994, non impugnata.

Il tribunale amministrativo regionale con la sentenza indicata in epigrafe ha respinto, giudicandola infondata, l'eccezione d'inammissibilità del ricorso, e ha accolto il ricorso stesso giudicando insussistente il "controllo analogo" richiesto dal citato articolo 113, perché l'ente pubblico non esercita nessun potere sugli organi societari e il Consiglio d'amministrazione ha poteri limitati soltanto da quelli dell'assemblea dei soci, perché la partecipazione azionaria del comune di Goito è esigua e perché l'oggetto sociale è ampio e può essere esercitato in ambito nazionale e internazionale, estraneo a quello del comune che ha affidato il servizio.

Appella Siem riproponendo l'eccezione preliminare d'inammissibilità del ricorso e censurando la motivazione della sentenza.

DIRITTO

L'eccezione d'inammissibilità del ricorso di primo grado per mancata impugnazione della deliberazione n. 105 del 1994 del Consiglio comunale di Goito, respinta e riproposta come motivo d'appello, è infondata per le ragioni già enunciate dal giudice di primo grado: con quella deliberazione il comune di Goito aveva aderito alla trasformazione del consorzio intercomunale C.I.M.E. in società per azioni; ma non c'è nessun nesso tra la costituzione di una società a totale capitale pubblico e il successivo affidamento diretto di un servizio pubblico a quest'ultima, né l'eventuale illegittimità dell'affidamento senza gara di un appalto alla nuova società implica l'illegittimità della costituzione della società medesima; sicché non c'era ragione che **, nel 1994, dovesse impugnare gli atti di costituzione della nuova società per azioni.

Nel merito, l'articolo 113 del testo unico sull'ordinamento degli enti locali emanato con decreto legislativo 18 agosto 2000 n. 267, intitolato "Gestione delle reti ed erogazione dei servizi locali di rilevanza economica" al comma 5 prevede che l'erogazione del servizio possa avvenire «con conferimento della titolarità del servizio: a) a società di capitali individuate attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica; b) a società a capitale misto pubblico privato nelle quali il socio privato venga scelto attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica che abbiano dato garanzia di rispetto delle norme interne e comunitarie in materia di concorrenza secondo le linee di indirizzo emanate dalle autorità competenti attraverso provvedimenti o circolari specifiche; c) 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». La disciplina è attuativa di quella europea, e segnatamente della direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CE che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici. Per aver presente il quadro generale della disciplina della materia, è opportuno chiarire che gli enti titolari del servizio possono, senza necessità di gare o altre procedure di evidenza pubblica, affidare il servizio a propri enti strumentali sforniti di personalità giuridica, perché in tal caso si tratta di semplice organizzazione interna e il servizio viene fornito pur sempre dall'ente; come pure a enti con personalità giuridica, quando si tratti di concessione del servizio, ossia quando l'affidatario venga compensato con i corrispettivi del servizio e assuma su di sé i costi e il rischio della gestione, perché si è ritenuto che tale forma di gestione dei servizi non risponde alle aspettative delle imprese sul mercato. Nel caso di appalto, quale è certamente quello in esame, l'articolo 113, comma 5, consente l'affidamento senza gara nella situazione descritta nell'alinea "c", sostanzialmente equivalente a una gestione per mezzo di ente strumentale; e tale situazione si verifica quando sussistono le due distinte condizioni, quella del "controllo analogo" a quello che l'ente esercita (o gli enti esercitano) sui propri servizi e che la società affidataria realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano.

Nel caso in esame la ricorrente ** ha dedotto soltanto la mancanza di 'controllo analogo', cioè della seconda delle tre condizioni previste dalla disposizione; la questione dell'estensione dell'attività di Siem (terza condizione), sulla quale pure la sentenza di primo grado si è pronunciata, è estranea al giudizio. La ricorrente ha dedotto, più precisamente, la mancanza, da parte del comune o dell'insieme degli enti territoriali soci, di poteri di direzione e supervisione di intensità tale da eliminare il potere decisionale della Siem in modo tale che essa sia solo formalmente distinta dall'Amministrazione. In particolare, esula dal giudizio un sindacato sull'entità della partecipazione del comune di Goito (sulla quale pure la sentenza si è invece espressa), perché anzi la ricorrente implicitamente ammette, nel primo motivo del ricorso di primo grado, che in un caso del genere, di società tra comuni e la provincia, debba venire in considerazione il controllo esercitato collettivamente dagli enti azionisti. E neppure viene in discussione il fatto che la quota minoritaria della società possa essere, secondo lo statuto sociale, ceduta a privati (situazione che, quando si verificasse, farebbe venir meno la prima delle tre condizioni poste dell'alinea "c" del comma 5). Tutte questioni che, se si ponessero, obbligherebbero questo Collegio a rimetterne la soluzione alla Corte di giustizia CE, a norma dell'articolo 234, terzo comma, del trattato CE.

Sull'unica questione dedotta in giudizio, che è la mancanza di controllo analogo, la sentenza merita conferma, alla stregua dei principi stabiliti, sul punto, dalla Corte di giustizia CE. Lo statuto, in atti, è quello di una normale società per azioni, nella quale i poteri appartengono agli organi sociali, e non è previsto nessun raccordo tra gli enti pubblici territoriali e la costituzione degli anzidetti organi: il presidente del Consiglio d'amministrazione e il direttore sono eletti dal Consiglio d'amministrazione, il quale a sua volta è nominato dall'assemblea senza vincoli di provenienza o di proposta, e la stessa assemblea è composta "dai soci" senza ulteriori specificazioni; del collegio sindacale è previsto solo che si compone di tre sindaci elettivi e due supplenti, che durano in carica tre anni e sono rieleggibili. Gli enti pubblici soci, a parte l'articolo 5 sulla possibilità di alienare le azioni, non sono neppure menzionati, e anzi l'articolo 21 stabilisce che «Il Consiglio di Amministrazione è investito dei più ampi poteri per la gestione ordinaria e straordinaria della società ed ha facoltà di compiere tutti gli atti che ritenga opportuni per l'attuazione ed il raggiungimento degli scopi sociali, fatta eccezione soltanto per gli atti che a norma di legge e del presente statuto sono di competenza dell'Assemblea».

L'appello pertanto è infondato e, con le precisazioni suddette, va accolto. Il Collegio stima equo compensare integralmente le spese di giudizio, stante la relativa novità della materia.

Per questi motivi

respinge l'appello indicato in epigrafe e compensa le spese di giudizio.

Così deciso in Roma l'11 luglio 2006 dal collegio costituito dai signori:

Emidio Frascione presidente
Raffaele Carboni componente, estensore
Chiarenza Millemaggi Cogliani componente
Nicola Russo componente
Michele Corradino componente

L'ESTENSORE
F.to Raffaele Carboni

IL PRESIDENTE
F.to Emidio Frascione

IL SEGRETARIO
F.to Agatina Maria Vilardo

DEPOSITATA IN SEGRETERIA
L' 8 gennaio 2007
(Art. 55 L. 27/4/1982, n. 186)
p. IL DIRIGENTE
f.to Luciana Franchini