

**Alcuni importanti chiarimenti da parte del Consiglio di Stato.
Breve nota alla sentenza 15 gennaio 2018 n. 182**

Appalto di servizi pubblici locali e affidamento *in house* del servizio di raccolta rifiuti a Società partecipata da parte di Comune detentore di quota minoritaria. Controllo analogo e potere di vigilanza.

A cura dell'Avv. Valentina Stefutti

Nella sentenza in rassegna, il Consiglio di Stato ha reso un'interessante pronuncia in materia di servizi pubblici locali (nella specie il servizio di raccolta rifiuti di competenza comunale) ad una Società *in house* partecipata da più Enti locali, e di cui il Comune deteneva soltanto una quota minoritaria.

Come noto, e come chiarito dalla famosa sentenza della Corte di Giustizia sentenza del 18 novembre 1999, C-107/98 (cd. sentenza Teckal), affinché le Pubbliche Amministrazioni possano legittimamente fare ricorso all'affidamento *in house* - senza quindi ricorrere al mercato per procurarsi, mediante procedure di appalto, i lavori, i servizi e le forniture occorrenti ovvero per erogare alla collettività, mediante affidamenti a terzi, prestazioni di pubblico servizio - debbano ricorrere due condizioni, vale a dire, da un lato, che l'Amministrazione interessata eserciti sull'ente affidatario da essa giuridicamente distinto un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e dall'altro, dall'altro che tale Ente svolga l'attività prevalente con l'amministrazione o con le amministrazioni aggiudicatrici che lo controllano.

I principi sulla base dei quali la Corte UE si è espressa nel caso di specie sono successivamente confluiti nella Direttiva 2014/24/UE nonché, per quanto concerne l'ordinamento nazionale, nell'art. 5 del D.lgs. 18 aprile 2016 n.50.

In particolare, la predetta disposizione prevede, al comma 1, che il Codice dei Contratti Pubblici non si applichino a concessioni o appalti pubblici aggiudicati a una persona giuridica di diritto pubblico o di diritto privato a condizione che:

- a) l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore esercita sulla persona giuridica di cui trattasi un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi;*
- b) oltre l'80 per cento delle attività della persona giuridica controllata è effettuata nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'amministrazione aggiudicatrice controllante o da*

altre persone giuridiche controllate dall'amministrazione aggiudicatrice o da un ente aggiudicatore di cui trattasi;

c) nella persona giuridica controllata non vi è alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati le quali non comportano controllo o potere di veto previste dalla legislazione nazionale, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata”.

Inoltre, il citato art.5 prevede, al successivo comma 7, che, per determinare la percentuale delle attività, si debba prendere in considerazione il fatturato totale medio, o una idonea misura alternativa, per i tre anni precedenti l'aggiudicazione dell'appalto o della concessione.

Delineato il quadro normativo di riferimento, il Consiglio di Stato, nella sentenza che si annota, dopo aver precisato come nella specie si fosse cospetto di una fattispecie di controllo analogo pluripartecipato, ha stabilito la legittimità dell'affidamento del servizio ad una Società partecipata non solo dal Comune ma anche da altri Enti pubblici territoriali, pur in un contesto in cui la partecipazione del Comune alla Società affidataria era minima, affermando il principio per cui il requisito del controllo analogo deve ritenersi sussistente ove sia dimostrata l'effettività di tale controllo da parte del Comune stesso.

In particolare, ha chiarito il Consiglio di Stato, nel caso di affidamento *in house* conseguente alla istituzione da parte di più Enti locali di una società di capitali da essi interamente partecipata per la gestione di un servizio pubblico, il controllo, analogo a quello che ciascuno di essi esercita sui propri servizi, deve intendersi assicurato anche se svolto non individualmente ma congiuntamente dagli enti associati, deliberando se del caso anche a maggioranza, ma a condizione, come detto, che tale controllo sia effettivo.

In tali ipotesi, si legge in sentenza, *“il requisito del controllo analogo essere verificato secondo un criterio sintetico e non atomistico, sicché è sufficiente che il controllo della mano pubblica sull'ente affidatario, purché effettivo e reale, sia esercitato dagli enti partecipanti nella loro totalità, senza che necessiti una verifica della posizione di ogni singolo Ente”*

Non va dimenticato, hanno aggiunto i Giudici di Palazzo Spada, che la sussistenza dei richiamati 'requisiti Teckal' è strumentale rispetto alla verifica di legittimità dell'affidamento diretto da parte di un singolo Ente e in relazione a uno specifico servizio.

Ne consegue che è del tutto coerente (e compatibile con il generale principio di proporzionalità) che la verifica in ordine all'effettività dei poteri di vigilanza e di controllo sia svolta *in primis* avendo riguardo alle modalità di esercizio di interesse specifico del singolo Ente. Nella specie, il servizio di raccolta dei rifiuti urbani, di competenza comunale.

Di contro, risulterebbe eccessivo ed irragionevole, oltre che incompatibile con il richiamato canone di proporzionalità imporre che ciascun Ente partecipante possa esercitare poteri di vigilanza, di controllo e di veto anche con riferimento all'espletamento da parte dell'Organismo *in house* di servizi che in alcun modo interessano il singolo Ente.

Valentina Stefutti

Pubblicato il 26 gennaio 2018

In calce la sentenza in commento

N. 00182/2018REG.PROV.COLL.

N. 02294/2017 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2294 del 2017, proposto dalla Asm Pavia S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco Adavastro e Paolo Re, con domicilio eletto presso lo studio A Placidi Srl in Roma, via Barnaba Tortolini, 30

contro

Società Pizzamiglio Andrea S.r.l. non costituita in giudizio
nei confronti di

Comune di Roncaro, non costituito in giudizio
per la riforma

della sentenza del T.A.R. della Lombardia, Sezione IV, n. 02474/2016

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 dicembre 2017 il Cons. Claudio Contessa e udito l'avvocato Adavastro per l'appellante;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue

FATTO

La Pizzamiglio Andrea S.r.l. (d'ora innanzi Pizzamiglio), azienda operante nel settore dell'igiene urbana, svolgeva il servizio di raccolta, trasporto e smaltimento dei rifiuti nel Comune di Roncaro (PV), in forza di contratto, stipulato all'esito di un'apposita procedura ad evidenza pubblica, scaduto in data 31 marzo 2014 e prorogato sino al 28 febbraio 2015.

Con deliberazione consiliare n. 3 del 12 febbraio 2015, il Comune di Roncaro stabiliva che alla scadenza del termine suindicato avrebbe affidato la gestione dei servizi in questione alla ASM Pavia S.p.A. (ASM), odierna appellante, secondo il modulo di affidamento c.d. in house, in quanto titolare di una quota minore del relativo capitale sociale.

Con determinazione del responsabile del servizio tecnico manutentivo n. 37 del 27 febbraio 2015, il Comune di Roncaro affidava quindi in via diretta la gestione triennale del servizio di igiene urbana direttamente alla ASM.

Con ricorso proposto dinanzi al T.A.R. della Lombardia e recante il n. 723/2015 la Pizzamiglio impugnava quindi i predetti atti chiedendone l'annullamento, nonché la declaratoria di inefficacia del contratto stipulato dall'Amministrazione Comunale con la ASM e quindi il subentro nella gestione del servizio.

La ricorrente in primo grado lamentava, in sostanza, che nel caso di specie non sussistessero i presupposti legittimanti l'affidamento diretto in house.

Si costituivano in giudizio il Comune di Roncaro e la ASM, eccependo l'irricevibilità e improcedibilità e, comunque, l'infondatezza dell'impugnazione avversa.

Con la sentenza in oggetto (num. 2474/2016) il Tribunale amministrativo ha accolto la domanda di annullamento della Pizzamiglio e ha annullato gli atti impugnati in primo grado.

In particolare, il primo Giudice ha riconosciuto la fondatezza del primo motivo di gravame con cui la ricorrente aveva contestato la sussistenza in capo al Comune resistente del requisito del "controllo analogo" nei confronti della ASM e ha dichiarato quindi assorbiti gli altri motivi articolati nel ricorso, respingendolo per il resto.

La sentenza in questione è stata impugnata in appello dalla ASM la quale ne ha chiesto la riforma articolando i motivi come di seguito rubricati:

- ha errato il giudice di primo grado ritenendo infondata l'eccezione di rito inerente l'irricevibilità e l'improcedibilità del gravame per omessa impugnazione della deliberazione c.c. 29.11.2000 n°. 40 con cui il comune di Roncaro da individuato nel modello in house la soluzione organizzativa per la gestione dei servizi pubblici locali

- ha errato il Giudice di primo grado ritenendo infondata l'eccezione di rito inerente l'irricevibilità del gravame per aver la ricorrente in prime cure tardivamente impugnato la delibera assunta lesiva c.c. n°. 3 del 12.'02.2015 in violazione dell'art. 119, comma 1, lett. A) e 2, D.lgs. n°. 140/2010

- ha errato il Giudice di primo grado ritenendo fondato il primo motivo del ricorso introduttivo del giudizio di prime cure in violazione dei principi interni ed europei in materia di affidamento secondo il modello c.d. "in house providing", dell'art. 34, comma 20, D.L. n°. 179/2012, come sostituito con L. n°. 221 /2012, dell'art. 12 dir. 2014/24/UE e dell'art. 17 dir. 2014/23/UE; erroneità della sentenza impugnata per errato apprezzamento e travisamento dei presupposti di fatto e di diritto; contraddittorietà manifesta.

Con successiva memoria la ASM ha introdotto il seguente motivo aggiunto:

- sopravvenuta improcedibilità del ricorso di primo grado per omessa impugnativa degli atti di approvazione delle modifiche statutarie di ASM pavia e di contestuale conferma del modulo gestionale in house.

Alla pubblica udienza del 14 dicembre 2017 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Giunge alle decisione del Collegio il ricorso in appello proposto dalla ASM Pavia s.p.a. (alla quale era stata affidata in via diretta dal Comune di Roncaro (PV) la gestione pluriennale del servizio di igiene urbana) avverso la sentenza del T.A.R. della Lombardia Milano con cui è stato accolto il ricorso proposto dalla Pizzamiglio Andrea s.r.l. (gestore uscente) e, per l'effetto, è stata annullata l'aggiudicazione diretta del servizio in favore della stessa ASM Pavia.

2. Con il primo motivo di appello la ASM Pavia lamenta il mancato accoglimento da parte del primo Giudice dell'eccezione in rito con cui si era rilevata l'inammissibilità (o irricevibilità) del ricorso di primo grado della Pizzamiglio Andrea per avere tale società omesso di impugnare tempestivamente la delibera consiliare 29 novembre 2000, n. 40 (pubblicata nelle forme di legge) con la quale si era stabilito che il Comune avrebbe acquisito una partecipazione nel capitale sociale della ASM al fine di affidare alla stessa la gestione dei

servizi pubblici locali di cui all'articolo 22, comma 3, lettera e) della l. 8 giugno 1990, n. 142, ivi compreso quello (che qui rileva) inerente la gestione del ciclo di igiene urbana.

2.1. Il motivo è infondato dovendo essere puntualmente confermata in parte qua la statuizione del primo Giudice il quale ha ritenuto che la richiamata delibera consiliare assumesse una portata meramente programmatica e che non producesse in via immediata e diretta un documento per la posizione giuridica della ricorrente in primo grado (la quale, al momento di adozione della richiamata delibera, gestiva il servizio per cui è causa e lo avrebbe gestito ancora per un lungo periodo - pari a circa quindici anni -).

Al riguardo ci si limita ad osservare:

- che la richiamata delibera consiliare aveva espresso la generica opzione per un determinato modello gestionale (quello della società a prevalente capitale pubblico - peraltro, diverso dal modello dell'affidamento in house -), ma che la stessa non avesse prodotto direttamente l'effetto, pregiudizievole per la Pizzamiglio Andrea, di estrometterla dal servizio di igiene urbana;

- che la richiamata delibera autorizzava - per il futuro - il Sindaco a partecipare a un incremento di capitale di ASM Pavia (di là da venire al momento dell'adozione di tale delibera), confermando il carattere programmatico e - per così dire - 'di mero intento' connesso alla sua adozione;

- che, non a caso, il Comune ha consentito per un lungo lasso temporale (pari a circa tre lustri dopo l'adozione della delibera n. 40 del 2000) al gestore uscente di proseguire nella gestione del servizio;

- che la delibera n. 40 del 2000 esponeva - e in modo piuttosto generico - l'intenzione di ricorrere al modulo societario per la gestione di servizi pubblici locali riconducibili all'elencazione di cui all'articolo 22, comma 3, lettera e) della l. 142 del 1990, senza tuttavia indicare in modo diretto e prescrittivo che si sarebbe avvalsa della stessa ASM per la gestione dello specifico servizio all'origine dei fatti di causa.

Il motivo deve quindi essere respinto.

3. Con il secondo motivo di appello la ASM Pavia lamenta il mancato accoglimento da parte del primo Giudice dell'eccezione in rito con cui si era rilevata la tardività del ricorso di primo grado della Pizzamiglio Andrea per avere quest'ultima notificato il ricorso di primo grado oltre il termine di trenta giorni dalla delibera consiliare n. 3 del 12 febbraio 2015 con cui era stato in concreto disposto il passaggio del servizio in favore dell'appellante.

Sottolinea al riguardo la ASM Pavia che è pacifico in atti che la Pizzamiglio fosse a conoscenza della delibera in questione almeno dal 19 febbraio 2016 (data in cui aveva richiamato il contenuto di tale delibera), mentre il ricorso di primo grado era stato spedito per la notifica soltanto il successivo 25 marzo.

Di qui l'evidente superamento del termine legale di trenta giorni decorrente dal momento della piena conoscenza dell'atto impugnato.

3.1. Il motivo è infondato dovendo essere puntualmente confermata in parte qua la statuizione resa dal primo Giudice secondo cui non sussiste in atti la prova circa il fatto che la ricorrente in primo grado conoscesse nel dettaglio i contenuti della delibera consiliare del 12 febbraio 2015 prima della sua pubblicazione.

In particolare, dalla comunicazione inviata dalla Pizzamiglio in data 19 febbraio 2015 emerge soltanto la consapevolezza del fatto che in data 12 febbraio il Consiglio comunale avesse deciso di affidare il servizio di igiene urbana alla ASM Pavia e che, conseguentemente, un dipendente già in servizio presso il gestore uscente sarebbe stato assunto dal nuovo gestore.

Al contrario, non emerge in atti alcun elemento da cui si desuma che la ricorrente in primo grado conoscesse gli aspetti puntuali della richiamata delibera (la quale, oltretutto, è stata pubblicata nelle forme di legge solo a decorrere dal successivo 20 febbraio 2015).

La sentenza in epigrafe è inoltre meritevole di puntuale conferma per la parte in cui il primo Giudice ha richiamato la previsione di cui all'articolo 41 del cod. proc. amm. secondo cui il termine per impugnare atti per i quali siano richieste forme di pubblicazione legale (come le delibere consiliari) decorre dal giorno in cui è scaduto il termine legale di quindici giorni dalla pubblicazione presso l'Albo dell'Ente ai sensi del comma 1 dell'articolo 124 del Testo Unico degli Enti Locali (decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267).

4. Una volta accertata l'infondatezza delle eccezioni in rito articolate in primo grado, respinte dal T.A.R. e qui riproposte come motivi di appello, la questione deve quindi essere definita nel merito, esaminando puntualmente gli argomenti offerti dall'appellante a sostegno dell'effettiva sussistenza di un rapporto di delegazione interorganica fra il Comune di Roncaro e la stessa appellante.

Il primo Giudice ha infatti negato che, sulla base delle pertinenti disposizioni statutarie, il Comune di Roncaro possa esercitare nei confronti di ASM Pavia un controllo analogo (sia pure nella forma del 'controllo analogo congiunto'), anche in considerazione della quota in assoluto minima di capitale sociale detenuto (inferiore all'1 per cento) e all'assenza di effettivi poteri idonei a consentire al Comune l'esercizio di "un'influenza determinante sugli obiettivi

strategici e sulle decisioni significative di detta persona giuridica” (Dir. 2014/24/UE, articolo 12, paragrafo 3, secondo comma, lett. ii)).

4.1. Il motivo di appello è fondato, dovendosi invece ritenere che, sulla base delle risultanze in atti, sussistano nel caso di specie le condizioni perché possa dirsi sussistente un'ipotesi di in house pluripartecipato o a 'controllo analogo congiunto'.

4.1.1. Va in primo luogo osservato che, nonostante l'affidamento per cui è causa sia stato disposto prima dell'entrata in vigore del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (nuovo 'Codice dei contratti pubblici'), nondimeno la res controversa può essere esaminata alla luce delle prescrizioni in tema di 'in house providing' recate dall'articolo 12 della direttiva 2014/24/UE (al tempo dei fatti già efficace, nonostante non fosse ancora scaduto il termine per il relativo recepimento).

Va al riguardo rilevato che la direttiva in parola ha in buona parte trasfuso orientamenti giurisprudenziali piuttosto consolidati, anche per quanto riguarda la questione dell'individuazione del 'controllo analogo' nel caso di organismi in house di carattere pluripartecipato.

Pertanto, i presupposti e le condizioni per procedere a un affidamento diretto in regime di controllo analogo congiunti possono essere certamente desunti dalle previsioni di cui all'articolo 12 della richiamata direttiva.

4.1.2. Si osserva in secondo luogo che non emergono in atti dubbi di sorta circa il fatto che sussistano in capo ad ASM almeno due dei tre requisiti legali perché si possa legittimamente procedere a un affidamento diretto in regime di delegazione interorganica (ci si riferisce, in particolare: i) al fatto che la società in parola sia interamente in mano pubblica e ii) al fatto che la società in parola realizza oltre l'ottanta per cento del proprio fatturato in favore degli enti che partecipano al suo capitale).

Pertanto, qui di seguito ci si soffermerà soltanto sulla (controversa) sussistenza in capo ad ASM Pavia del requisito rappresentato dall'esistenza di un rapporto di controllo analogo pluripartecipato, per come definito dall'articolo 12, paragrafo 3 della richiamata direttiva.

Come è noto, la disposizione appena richiamata stabilisce che “un'amministrazione aggiudicatrice che non eserciti su una persona giuridica di diritto privato o pubblico un controllo ai sensi del paragrafo 1 può nondimeno aggiudicare un appalto pubblico a tale persona giuridica senza applicare la presente direttiva quando sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni:

a) l'amministrazione aggiudicatrice esercita congiuntamente con altre amministrazioni aggiudicatrici un controllo sulla persona giuridica di cui trattasi analogo a quello da esse esercitato sui propri servizi.

(...)

Ai fini del primo comma, lettera a), le amministrazioni aggiudicatrici esercitano su una persona giuridica un controllo congiunto quando sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni:

i) gli organi decisionali della persona giuridica controllata sono composti da rappresentanti di tutte le amministrazioni aggiudicatrici partecipanti. Singoli rappresentanti possono rappresentare varie o tutte le amministrazioni aggiudicatrici partecipanti;

ii) tali amministrazioni aggiudicatrici sono in grado di esercitare congiuntamente un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative di detta persona giuridica; e

iii) la persona giuridica controllata non persegue interessi contrari a quelli delle amministrazioni aggiudicatrici controllanti".

Occorre a questo punto soffermarsi sulla questione se nel caso in esame possa affermarsi la sussistenza del richiamato requisito del controllo analogo, per come chiarito dalla pertinente giurisprudenza.

4.1.3. Si osserva in terzo luogo che la sussistenza del requisito del controllo analogo nei confronti della società appellante da parte di un Comune che detiene una quota minore di capitale (nel caso di specie, inferiore all'1 per cento) è stata già affrontata e risolta in senso positivo dalla Sezione con la sentenza n. 7092/2010.

Vero è che la decisione in questione è stata resa in epoca anteriore rispetto all'approvazione del c.d. 'pacchetto normativo' adottato dell'UE nel corso del 2014, ma è anche vero che gli indici ritenuti da questo Consiglio nel 2010 rilevanti ai fini dell'individuazione del requisito del controllo analogo c.d. pluripartecipato risultano altresì indicativi della sussistenza di tale requisito anche allo stato attuale dell'evoluzione normativa e giurisprudenziale.

Con il richiamato precedente questo Consiglio ha stabilito che, nel caso di affidamento in house conseguente alla istituzione da parte di più enti locali di una società di capitali da essi interamente partecipata per la gestione di un servizio pubblico, il controllo, analogo a quello che ciascuno di essi esercita sui propri servizi, deve intendersi assicurato anche se svolto non

individualmente ma congiuntamente dagli enti associati, deliberando se del caso anche a maggioranza, ma a condizione che il controllo sia effettivo.

In tali ipotesi il requisito del controllo analogo essere verificato secondo un criterio sintetico e non atomistico, sicché è sufficiente che il controllo della mano pubblica sull'ente affidatario, purché effettivo e reale, sia esercitato dagli enti partecipanti nella loro totalità, senza che necessiti una verifica della posizione di ogni singolo ente (v. C.d.S., Sez. V, 26 agosto 2009, n. 5082; Cd.S. 9 marzo 2009, n. 1365).

Occorre, in particolare, verificare che l'ente pubblico affidante (rispettivamente la totalità dei soci pubblici) eserciti(no), pur se con moduli societari su base statutaria, poteri di ingerenza e di condizionamento superiori a quelli tipici del diritto societario, caratterizzati da un margine di rilevante autonomia della governance rispetto alla maggioranza azionaria, sicché risulta indispensabile, che le decisioni più importanti siano sottoposte al vaglio preventivo dell'ente affidante o, in caso di in house frazionato – come nella fattispecie in esame –, della totalità degli enti pubblici soci (in tal senso: Cons. Stato, VI, 3 aprile 2007, n. 1514).

Nell'occasione la Sezione ebbe a sottolineare che, nel caso di società riferibili a compagini multicomunali, la circostanza che l'autorità pubblica concedente/affidante detenga, da sola o insieme ad altre autorità pubbliche, l'intero capitale di una società concessionaria/affidataria, costituisce indice significativo (ma non dirimente) in ordine all'esercizio, da parte di tale autorità pubblica, di un controllo su detta società, analogo a quello esercitato sui propri servizi.

Ha altresì osservato che, ai fini di un legittimo affidamento in house, occorre altresì:

- (i) che l'attività della società affidataria sia limitata allo svolgimento dei servizi pubblici nel territorio degli enti soci (e si tratta di un requisito sussistente nel caso in esame),
- (ii) che venga esercitata fondamentalmente a beneficio di questi ultimi (e si tratta anche in questo caso di un requisito sussistente nel caso dell'appellante),
- (iii) che si svolga tramite organi statutari composti da rappresentanti di detti enti (si tratta anche in questo caso di un requisito che, secondo quanto di seguito si dirà, sussiste nel caso in esame),
- (iv) che gli enti soci esercitino un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti di detta società (in tal senso: CGCE, Sez. II, 17 luglio 2008, C-371/05, caso Comune di Mantova; CGCE, Sez. III, 13 novembre 2008, C-324/07, caso Coditel Brabant; CGCE, Sez. III, 10 settembre 2009, causa C-573/07, caso SEA).

Ebbene, riconducendo le coordinate appena richiamate alle peculiarità che caratterizzano l'appellante se ne deduce la legittimità della delibera consiliare di affidamento del servizio in esame all'A.S.M. Pavia s.p.a., interamente partecipata da enti pubblici locali (Comune di Pavia e Comuni minori limitrofi, sul piano socio-economico facenti parte di un'area urbana in gran parte integrata, riflettentesi tra l'altro sull'integrazione dei servizi pubblici locali), e precisamente al 99,49% dal Comune di Pavia, allo 0,50% da altri Comuni minori ivi compreso il Comune di Roncaro, ente affidante, tenuto conto dei seguenti indici significativi connotanti l'assetto organizzativo della società affidataria in rapporto agli enti locali affidanti:

- secondo le previsioni statutarie dell'A.S.M. Pavia s.p.a., quali risultanti dalle modifiche apportate nel dicembre 2007, si tratta di società "a totale capitale pubblico locale", con divieto di cessione di partecipazioni societarie a privati, finalizzata alla gestione di servizi degli enti locali soci nell'interesse delle comunità locali (art. 1 dello statuto);

- è espressamente escluso il perseguimento in via principale di scopi di lucro (art. 28 dello Statuto), ed è previsto che la parte più rilevante dell'attività sociale deve restare "rivolta alla collettività degli enti locali soci e che l'espletamento di tali servizi risulti funzionale al perseguimento dei propri fini istituzionali" (art. 4, comma 4, dello Statuto);

- tra gli enti locali soci affidanti servizi all'A.S.M. Pavia s.p.a. è costituito un organismo comune – sulla base di convenzione stipulata ai sensi dell'articolo 30 del decreto legislativo n. 267 del 2000 – denominato "Assemblea di coordinamento e controllo intercomunale", formato dai Sindaci dei Comuni affiliati con paritario diritto di voto indipendentemente dall'entità della partecipazione societaria, che definisce gli indirizzi operativi sui servizi affidati, vincolanti per il consiglio di amministrazione della società affidataria, tenuto ad adattarvi l'operato delle strutture gestionali societarie, ed esercita il controllo di efficacia complessiva dei servizi affidati all'organismo societario (articoli 1, comma 6 lett. b), e 20, commi 1 e 2, dello Statuto; art. 3 della convenzione intercomunale);

- a ciascun Comune affidante sono attribuiti poteri propulsivi nei confronti del consiglio di amministrazione della società affidataria, consistenti in proposte di specifiche iniziative inerenti all'esecuzione dei singoli contratti di servizio, nonché poteri di veto sulle deliberazioni del c.d.a. riguardanti l'attuazione del contratto di servizio (articolo 1, comma 6 lett. c), dello Statuto; art. 16 del contratto di servizio stipulato tra il Comune appellato e l'A.S.M. Pavia s.p.a. in relazione al servizio di cui è causa);

- l'assetto societario è caratterizzato da un aumento dei poteri decisori dell'assemblea sociale rispetto al consiglio di amministrazione, divergente dal modello ordinario, con attribuzione alla prima del potere di formulare indirizzi vincolanti in ordine al piano

industriale – con la previsione di una maggioranza qualificata formata non solo in relazione all'entità delle quote sociali, ma anche al numero dei Comuni soci – e agli atti più significativi relativi all'erogazione dei servizi, quale la predisposizione della carta dei servizi e degli schemi generali dei contratti di servizio (art. 1, comma 6 lett. a), dello statuto).

Sulla base di una valutazione unitaria e globale dei riferiti indici ricostruttivi dell'assetto organizzativo connotante struttura e funzione della società affidataria A.S.M. Pavia s.p.a. ed i rapporti tra la società predetta e i Comuni soci affidanti, deve pervenirsi alla conclusione che ricorre un modulo organizzativo istituzionalizzato –fondato sullo statuto sociale, sull'organismo intercomunale costituito in forza di convenzione ai sensi dell'articolo 30 del decreto legislativo n. 267 del 2000 e sui singoli contratti di servizio, e dunque su strumenti organizzativi espressamente riconosciuti dall'ordinamento –, il quale assoggetta l'attività della società affidataria, anche sul piano dell'effettività, a poteri di indirizzo, vigilanza e controllo dei Comuni soci affidanti, sganciati dall'entità della partecipazione societaria e divergenti dal comune modello societario codicistico, che appaiono indubbiamente idonei ad integrare il requisito del controllo analogo da ultimo richiamato dall'articolo 12 della Direttiva 2014/24/UE (e, in seguito, dall'articolo 5 del nuovo 'Codice dei contratti')

4.1.4. Osserva poi il Collegio (e fermo restando quanto appena rappresentato) che non può essere condivisa la tesi del primo Giudice, secondo cui il complesso dei poteri statutariamente riconosciuti ai singoli Comuni (diversi dal Comune di Pavia) non consentirebbe di affermare l'esistenza in capo al Comune appellato di poteri idonei ad interferire – sia pure congiuntamente con altri Enti – sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative della società affidataria, esercitando poteri diversi da quelli esercitabili ai sensi del diritto comune.

Al riguardo il Collegio ritiene che il primo Giudice non abbia adeguatamente valorizzato alcuni indici che deponevano invece nel senso della sussistenza di siffatti poteri.

Ci si riferisce in particolare:

- al fatto che lo Statuto sociale (articolo 1, comma 6) riconosce a ciascun Comune che affida servizi alla ASM Pavia la titolarità di poteri propulsivi nei confronti del CdA, da esercitare attraverso la formulazione di specifiche proposte relative alle modalità di gestione del servizio. Si tratta di un potere che evidentemente esorbita da quanto ordinariamente esigibile dal socio di minoranza di una società di capitali in relazione all'operatività dell'Organo di amministrazione;
- al fatto che lo stesso Statuto riconosce a ciascun Ente socio (anche di minoranza, come nel caso di specie) poteri di veto sulle deliberazioni sociali idonee a riverberarsi

sull'esecuzione del contratto di servizio, laddove tale deliberazioni si discostino dalle proposte formulate dall'Ente;

- al fatto che lo Statuto riconosce alla maggioranza dei Comuni che abbiano affidato servizi all'appellante (maggioranza da intendersi in senso 'capitario' e non riferita alla percentuale di capitale sociale detenuta) il potere di approvare il Piano industriale, se ciò sia stato richiesto dai due terzi dei componenti dell'Organismo di coordinamento.

Il primo Giudice ha ritenuto ostativa al riconoscimento del requisito del 'controllo analogo congiunto' il fatto che i principali poteri propulsivi spettanti al singolo Ente fossero limitati all'esercizio del servizio nell'ambito del territorio comunale.

Al riguardo il Collegio osserva che (in base a quanto esposto) tale tesi non sembra tenere conto in modo adeguato del complesso dei poteri di indirizzo e vigilanza congiuntamente esercitabili dai Comuni attraverso lo strumento dell'Assemblea intercomunale.

Ma anche volendo limitare l'esame agli aspetti specificamente tenuti in considerazione dal primo Giudice, il Collegio che del tutto correttamente la verifica in ordine alla sussistenza del controllo analogo (sotto la specie dell'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative) possa avere primario riguardo ai servizi svolti nel territorio del singolo comune affidante.

Non va dimenticato al riguardo che la sussistenza dei richiamati 'requisiti Teckal' è strumentale rispetto alla verifica di legittimità dell'affidamento diretto da parte di un singolo Ente e in relazione a uno specifico servizio. Ne consegue che è del tutto coerente (e compatibile con il generale principio di proporzionalità) che la verifica in ordine all'effettività dei poteri di vigilanza e di controllo sia svolta in primis avendo riguardo alle modalità di esercizio di interesse del singolo Ente.

Al contrario, risulterebbe eccedentario (e incompatibile con il richiamato canone di proporzionalità) imporre che ciascun Ente partecipante possa esercitare poteri di vigilanza, di controllo e di veto anche con riferimento all'espletamento da parte dell'Organismo in house di servizi che in alcun modo interessano il singolo Ente.

4.1.5. Per le ragioni esposte deve ritenersi che sussistano nel caso in esame i presupposti individuati anche dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'UE per configurare un'ipotesi di in house pluripartecipato (ci si riferisce, in particolare, ai requisiti individuati dalla sentenza del 29 novembre 2012 inc cause riunite C-182/11 e C-183/11 - Econord).

In particolare risulta nel caso in esame:

- che gli Enti detentori del capitale sociale (anche di minoranza) siano in grado di esercitare in forma congiunta un 'controllo analogo' riferito agli obiettivi strategici e decisioni significative (anche se gli Enti che detengono porzioni minori del capitale sociale non sono individualmente in grado di esercitare tali poteri);
- che è da escludere che, nel caso del Comune di Roncaro, sussista la "inidoneità a garantirle la benché minima possibilità di partecipare al controllo" della ASM Pavia e che la presenza di tale comune sia da qualificare come "puramente formale".

5. Per le ragioni dinanzi esposte l'appello in epigrafe deve essere accolto e conseguentemente, in riforma della sentenza appellata, deve essere respinto il ricorso di primo grado.

Il Collegio ritiene che sussistano giusti ed eccezionali motivi per disporre l'integrale compensazione delle spese fra le parti, anche in considerazione della peculiarità e parziale novità della res controversa.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, respinge il ricorso di primo grado.

Spese del doppio grado compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 14 dicembre 2017 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Roberto Giovagnoli, Consigliere

Claudio Contessa, Consigliere, Estensore

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Raffaele Prosperi, Consigliere

L'ESTENSORE	IL PRESIDENTE
Claudio Contessa	Francesco Caringella