



UNIVERSITÀ
CATTOLICA
del Sacro Cuore

ASPETTI GIURIDICI E OPERATIVI DELLE SOCIETÀ PARTECIPATE DAGLI ENTI LOCALI

Ordine Commercialisti Brescia

11 luglio 2025



TAR Lombardia, Milano, Sez. I, 30/6/2025, n. 2474

l'interpretazione letterale della nozione di “servizio di interesse generale” contenuta negli artt. 2, comma 1, lett. h) e lett. i), nonché 4, comma 2, lett. a), d.lgs. n. 175/2016, non chiarisce in modo univoco se in tale nozione debbano rientrare anche le attività concernenti la vendita di gas naturale ed energia elettrica nel libero mercato. È vero che l'art. 2, comma 1, lett. h) e lett. i), cit., precisa che sono tali i servizi che consistono in “attività di produzione e fornitura di beni o servizi che non sarebbero svolte dal mercato senza un intervento pubblico o sarebbero svolte a condizioni differenti in termini di accessibilità fisica ed economica, continuità, non discriminazione, qualità e sicurezza ...”, nonché i “servizi di interesse economico generale erogati o suscettibili di essere erogati dietro corrispettivo economico su un mercato”.

A tal fine viene in rilievo, oltre l'Intesa in sede di Conferenza unificata, la stessa Relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo recante disposizioni integrative e correttive al d.lgs. n. 175/2016 che manifesta la volontà autentica del legislatore dell'epoca su come debba intendersi e quindi interpretarsi la nozione di “servizi di interesse generale” di cui all'art. 4, comma 2, lett. a), d.lgs. n. 175/2016.

Nella Relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo recante disposizioni integrative e correttive al d.lgs. n. 175/2016 il legislatore ha, come detto, ritenuto di chiarire in via espressa che (anche) i “servizi oggetto di regolazione da parte delle Autorità indipendenti” rientrano nella categoria dei servizi d'interesse generale. E nel caso di specie non è oggetto di contestazione che le attività di vendita/fornitura di energia elettrica e gas naturale rientrano tra i servizi oggetto di regolazione da parte di ARERA.



Tuttavia autovincolo

TAR Lombardia, Milano, Sez. I, 20/5/2025, n. 1730

L'obbligo di provvedere può nascere dalla legge o in base ai principi generali dell'ordinamento laddove la realizzazione della pretesa sostanziale vantata dal privato dipenda comunque dalla c.d. dall'intermediazione del potere pubblico. L'obbligo di provvedere può anche sorgere a seguito di un autovincolo assunto dall'amministrazione in ordine al futuro esercizio della propria azione amministrativa (Consiglio di Stato, Sez. V, 17 gennaio 2023, n. 563). In questo caso, l'obbligo di concludere il procedimento trova la propria copertura normativa nel rispetto del principio della buona fede che vigila sull'esercizio del potere discrezionale ai sensi dell'art. 1, comma 2-bis, legge n. 241/1990. Nei casi in cui l'amministrazione ha discrezionalità in ordine all'an e al quid

dell'esercizio del potere, una volta che la discrezionalità viene esercitata. Nel caso di specie, le due amministrazioni comunali hanno valutato di dismettere le partecipazioni societarie nella NEV in base alla disciplina prevista nel d.lgs. n. 175/2016. Tale scelta non è contestata. Le due amministrazioni hanno poi deciso di alienare le partecipazioni mediante una procedura ad evidenza pubblica, anziché tramite trattativa negoziata. Anche tale scelta non è contestata.



Relazione Corte Conti 2024

La *ratio legis* dell'inapplicabilità alle società quotate del Tusp e del relativo regime vincolistico è da ricercare nell'esigenza, da un lato, di evitare distorsioni del mercato di negoziazione dei titoli già quotati e penalizzazioni per le società a partecipazione pubblica che decidono di operare nei mercati regolamentati e, dall'altro, di garantire agli investitori l'applicazione di un regime univoco per ciascun investimento finanziario. Ciò in considerazione dell'esistenza di un efficace sistema di controlli esterni, rappresentato dalle istituzioni e dai soggetti operanti nei mercati regolamentati, che comunque non esclude che esse debbano essere ricomprese nel Piano di razionalizzazione contemplato dall'art. 20 del Tusp, come questa Sezione ha avuto modo di sottolineare ripetutamente nei precedenti referti, e siano soggetti in generale (anche) ai controlli della Corte dei conti. Analoghe considerazioni sul doveroso inserimento nei piani di razionalizzazione valgono anche per le società con emissione di strumenti finanziari diversi dalle azioni.

Corte conti, Sezione delle autonomie, deliberazione n. 15/2021/FRG, pag. 56: *«Al riguardo, si rammenta che il controllo da parte del mercato (derivante dall'essere società quotata) indicativo della solidità patrimoniale/finanziaria, non necessariamente è anche espressione della tutela degli altri interessi pubblici di competenza dell'ente medesimo, pertanto le società quotate sono comunque oggetto di ricognizione. L'appartenenza di una società al genus delle "quote" non esclude la sussistenza dei requisiti del controllo pubblico in capo alle stesse»*



UNIVERSITÀ
CATTOLICA
del Sacro Cuore

Controllo pubblico e partecipazioni indirette

TAR Lazio, sez. II, 11/4/2024 n. 6983

L'art. 2359 c.c., nel definire la situazione di controllo, non richiede affatto che lo stesso faccia capo ad un unico soggetto pubblico, in ossequio ad una nozione sostanziale di controllo, tesa a valorizzare, al di là della forma giuridica prescelta, il dato effettuale della riconducibilità delle quote a soggetti pubblici, ivi peraltro espressamente specificandosi che la nozione di controllo così definita include, finanche, anche il controllo indiretto, esercitato a mezzo di società possedute o controllate dall'ente pubblico. Nel caso di specie, l'elemento del controllo pubblico sulla società medesima è, peraltro, desumibile, oltre che dalla partecipazione pubblica totalitaria, anche dall'esame dei quorum deliberativi delle delibere assembleari relative a decisioni strategiche dell'attività sociale, adottate pressoché sempre all'unanimità, a conferma di come le pubbliche amministrazioni (enti locali) che detengono partecipazioni azionarie abbiano in concreto influito sulle decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all'attività sociale anche ai sensi dell'art. 2, lett. b), del d.lgs. n. 175 del 2016. Tale conclusione, si pone, inoltre, in linea con i principi espressi dal Consiglio di Stato, secondo cui l'art. 4 del T.U.S.P.P. impone alle società pubbliche un vincolo di scopo in forza del quale "possono essere costituite società ovvero acquisite o mantenute partecipazioni solo se l'oggetto dell'attività sociale - la produzione di beni e servizi - è strettamente necessaria al perseguimento delle finalità istituzionali del soggetto pubblico"



TAR Emilia Romagna, sez. I, 28/12/2020 n. 858

nelle società partecipate da più amministrazioni pubbliche il controllo pubblico non sussiste in forza della mera sommatoria dei voti spettanti alle amministrazioni socie; dette società sono a controllo pubblico solo allorquando le amministrazioni socie ne condividano il dominio, perché sono vincolate - in forza di previsioni di legge, statuto o patto parasociale - ad esprimersi all'unanimità, anche attraverso gli amministratori da loro nominati, per l'assunzione delle “decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all'attività sociale”

Tanto doverosamente premesso, occorre dunque stabilire se nel caso di specie sussistano elementi per affermare che la società Rimini Congressi (e poi indirettamente la IEG s.p.a.) sia sottoposta a controllo da parte dei soci pubblici ovvero del Comune di Rimini, Provincia di Rimini e Camera di Commercio della Romagna. Posto che nessuno dei tre soci pubblici esercita il controllo in forma individuale, questione dirimente è stabilire se nella fattispecie sussista un controllo in forma congiunta frutto di specifiche alleanze tra i soci.

Ritiene il Collegio incontestabile il dato fattuale della assoluta mancanza di disposizioni statutarie o pattizie che impongano ai soci pubblici l'assunzione di decisioni unanimi per le scelte strategiche della società, con ciò dovendosi gioco forza negare la sussistenza del controllo pubblico nel senso delineato dall'art. 2359 c.c..



TAR Milano, 25/6/2024 n. 1973

- Ad avviso del Collegio la pubblicazione all'albo pretorio e sul sito web del Comune, senza indicazione di un termine per le osservazioni, non costituisce una "forma" idonea di "consultazione pubblica" ai sensi dell'art. 5, comma 2, d.lgs. 175/2016.
- La forma di comunicazione dello schema di deliberazione che è stato prescelto (pubblicazione all'albo pretorio e sul sito web) non assicura infatti che gli operatori del settore possano venire a conoscenza della volontà del Comune di procedere all'affidamento di un proprio servizio tramite il modulo dell'in house. Tale forma di comunicazione è infatti generica in quanto è riservata, per legge, alla pubblicazione degli atti deliberativi del Comune, mentre il legislatore ha imposto, per il procedimento di affidamento in house, una forma di comunicazione specifica sia in relazione al contenuto sia in relazione ai suoi destinatari.
- Inoltre, agli operatori non viene offerta la possibilità di presentare osservazioni, né vien indicata la forma e il termine entro cui le osservazioni possono essere presentate.



Consiglio di Stato, Sez. IV, 21/1/2025 n. 416

- L'art. 124, comma 1, d.lgs. 18 agosto 2000 n. 267 recita:

“1. Tutte le deliberazioni del comune e della provincia sono pubblicate mediante pubblicazione all'albo pretorio, nella sede dell'ente, per quindici giorni consecutivi, salvo specifiche disposizioni di legge”.

- L'art. 14, comma 1, dello Statuto del comune di Castellanza dispone:

“1. Il Comune ha un albo pretorio informatico sul sito internet comunale. Gli obblighi di pubblicazione di atti e provvedimenti amministrativi, aventi effetto di pubblicità legale, si intendono assolti con la pubblicazione sul sito comunale nell'apposita sezione denominata “albo pretorio on line” secondo le modalità previste dalle leggi vigenti”.

- Il ricorso in appello del comune di Castellanza deve essere accolto, in quanto le forme di pubblicità in concreto poste in essere dal comune debbono ritenersi coerenti con le previsioni legislative e statutarie vigenti in materia di pubblicità degli atti del comune.



UNIVERSITÀ
CATTOLICA
del Sacro Cuore

Il parere della Corte dei Conti

Corte Conti Lombardia 167/2023

La Sezione, anche dopo i chiarimenti forniti dal comune, non può ritenere sufficiente un simile organico per l'autoproduzione del servizio secondo il modello *in house providing*, anche alla luce di quanto più avanti precisato dalla motivazione della deliberazione consiliare:

Il fatto che la dotazione organica, composta da due dipendenti, sia ridotta non impedisce alla società di svolgere il servizio di illuminazione pubblica in modo efficiente. Infatti, si tratta di un servizio la cui gestione richiede un limitato numero di personale, dato che gli interventi iniziali di riqualificazione degli impianti di illuminazione e di sostituzione dei punti luminosi con luci a LED saranno eseguiti da appaltatori esterni scelti tramite gara.

Il personale di XXX elaborerà il progetto per la riqualificazione degli impianti e verificherà la corretta esecuzione degli interventi. In seguito, il personale dovrà verificare solo il corretto funzionamento degli impianti ed effettuare gli interventi necessari per riparare guasti e sostituire i componenti deteriorati (es., sostituzione bracci o lampadine a LED non funzionanti).

La Sezione, pertanto, ritiene non idoneo, e perciò non rispondente al criterio dell'efficacia, il modello organizzativo proposto, che appalesa invece una carenza di capacità tecnica della società resa esplicita dalla dichiarata necessità di esternalizzare una parte essenziale del servizio in contraddizione con la scelta del modello dell'autoproduzione



Razionalizzazione – Fusione

Un Comune partecipante alla operazione di fusione inversa ha presentato istanza alla Corte dei conti per la richiesta di parere ai sensi dell'art. 5 del Tuspp – come novellato a fine agosto 2022 – presentando la delibera di consiglio comunale avente ad oggetto *“Approvazione dell'operazione di fusione per incorporazione inversa della Società (...) Holding s.r.l. nella controllata (...) – Approvazione dello Statuto della società incorporante e dei rapporti di concambio ai fini dell'acquisizione della nuova partecipazione”* ricevendo come risposta dalla Corte dei conti una deliberazione *“di non luogo a provvedere”*. La Corte ha verificato la natura della operazione di fusione inversa, del tutto simile dal punto di vista giuridico e per gli effetti economici a quella della fusione ordinaria:

- in quanto i *“beni, persone e capitali vengono diversamente destinati. Solo i soci mantengono tale veste (salvo il diritto di recesso): dal momento che essi divengono titolari di una quota del capitale della incorporante o della società risultante dalla fusione, secondo quel rapporto matematico e proporzionale che è il “rapporto di cambio” richiamato dall' art. 2501 -ter c.c.”*;
- in quanto *“non vi è alcuna modifica sostanziale della partecipazione che possa essere assimilabile all'acquisizione di nuove azioni; ciò in quanto la società incorporante permane come soggetto giuridico immutato, in esito alla fusione”*;

e quindi va dato atto che *“appare da escludere l'operazione di fusione per incorporazione, sia per gli enti soci dell'incorporante che per quelli dell'incorporata, dal campo di applicazione della rinnovata funzione assegnata alla Corte dei conti dall'art. 5, commi 3 e 4, TUSP, in quanto tale vicenda non risulta equiparabile né alla costituzione di una società né all'acquisto di una nuova partecipazione in società già esistente.”*



Operazioni straordinarie

La trasformazione è un'operazione che comporta il cambiamento di "tipo" di società (omogenea) o il passaggio da una società di capitali ad ente di natura giuridica differente e viceversa (eterogenea), assolvendo ad una funzione di riorganizzazione della struttura dell'ente interessato in seguito a nuove esigenze sopravvenute (31). L'elemento caratterizzante dell'operazione va rinvenuto, infatti, nella continuità dei rapporti giuridici, non producendosi, all'esito, alcun effetto novativo o estintivo (32). Pertanto, il giudice contabile, visto gli effetti che discendono in seguito alla trasformazione per il socio pubblico ha escluso l'assimilabilità di tale operazione a quella di estinzione con contestuale costituzione di un nuovo soggetto.

il presupposto che rende necessaria la richiesta di parere alla Corte dei conti, ex art. 5 Tusp, sia l'acquisizione di una nuova partecipazione societaria, presupposto integrato nel caso della trasformazione di un'associazione, di cui una o più amministrazioni siano partecipanti, in una società (ex art. 3 Tusp). Si tratta di operazione (di trasformazione c.d. eterogenea) che comporti l'acquisto della qualità di socio e, come tale, va comunicata alla Corte dei conti (oltre che all'Autorità garante della concorrenza e del mercato) ex art. 5 Tusp

la giurisprudenza (40) è concorde nel ritenere che gli elementi di integrazione e continuità, che, comunque, caratterizzano la fusione della società incorporante e delle incorporate, non possono condurre, nei riguardi dei soci delle incorporate, a soluzioni diverse da quelle esposte con riferimento ai soci della incorporante. La fusione, infatti, comporta, quale esito finale, una *reductio ad unitatem* dei patrimoni delle singole società.

In ragione di tali considerazioni, le Sezioni riunite hanno puntualmente precisato che *"è da escludere l'operazione di fusione per incorporazione, sia per gli enti soci dell'incorporante che per quelli dell'incorporata, dal campo di applicazione della rinnovata funzione assegnata alla Corte dei conti dall'art. 5, cc. 3 e 4, Tusp, in quanto tale vicenda non risulta equiparabile né alla costituzione di una società né all'acquisto di una nuova partecipazione in società già esistente (idem per scissioni)*



Corte Costituzionale, 4/6/2024 n. 98

- Deve pertanto concludersi che, nell'individuare gli incarichi di provenienza ostativi, la legge delega si è limitata ad indicare solo quelli di natura «politica» (comma 50, lettera c), con esclusione di quelli di natura amministrativo-gestionale (salvo il caso, già ricordato, di cui al comma 50, lettera b).
- Al contempo, «gli incarichi di amministratore [...] di enti di diritto privato sottoposti a controllo pubblico», di cui alla lettera d), numero 3), dello stesso comma 50, assumono rilievo, nella logica della legge delega, solo in quanto incarichi di destinazione, che il comma 49 rende oggetto della disciplina delegata.

D.L. 27 DICEMBRE 2024, N. 202, CONVERTITO CON MODIFICAZIONI DALLA L. 21 FEBBRAIO 2025, N. 15) ha abrogato il comma 2 dell'art. 7 (c.d. «raffreddamento di 2 o di 1 anno per membri di giunta o consiglio a livello comunale



UNIVERSITÀ
CATTOLICA
del Sacro Cuore

Responsabilità erariale Amministratori di in house

Presupposto fondamentale per l'azione di responsabilità in esame è la sussistenza di una condotta, attiva od omis-siva, caratterizzata dall'elemento soggettivo del dolo o della colpa grave, collegata ad un rapporto di servizio con la pubblica amministrazione, costitutiva di un danno pubblico valutabile economicamente e, quindi, risarcibile

Nel giudizio sulla responsabilità civile degli amministratori di società, è consolidata l'interpretazione per la quale le scelte gestionali da essi compiute sono in se stesse insindacabili, salvo che vi sia stata omissione di quelle cautele, verifiche e informazioni preventive, normalmente richieste per una scelta di quel tipo, operata in quelle circostanze e con quelle modalità (c.d. *business judgement rule*)

Ad oggi, può affermarsi che la giurisdizione della Corte dei conti sussista, non solo nelle ipotesi di danno prodotto al patrimonio di società *in house*, ma anche qualora si verifichi un danno conseguente alla condotta di amministratori di società quotate a partecipazione pubblica maggioritaria o non quotate.

Per altro verso, nel caso delle *in house*, la necessità di tutelare il patrimonio pubblico, laddove il danno vada ad incidere su un patrimonio che, sebbene separato, sia da considerarsi pur sempre riconducibile all'amministrazione con-trollante, deve necessariamente convivere con l'esigenza di salvaguardare gli interessi dei terzi, imposta dalla legge, che solo con la reintegrazione del patrimonio sociale può essere garantita



UNIVERSITÀ
CATTOLICA
del Sacro Cuore

Responsabilità erariale Amministratori di in house

Corte dei conti, sez. giurisd. per la Regione Umbria, 28/11/2024 n. 51

La fattispecie riguarda un caso di cattiva gestione da parte dell'amministratore Omissis della S.r.l. Gubbio Cultura Multiservizi- G.C.M., società interamente partecipata dal Comune di Gubbio, esercente la gestione di una serie di servizi di interesse economico generale come la gestione di musei, di aree di sosta a pagamento, di una farmacia, di una scuola di musica e di liuteria, nonché prestazioni di assistenza scolastica nelle scuole materne,

il Collegio ritiene che il revisore legale non abbia mancato di evidenziare nelle proprie relazioni le difformità delle poste di bilancio che si discostavano dalle norme del codice civile e dai principi contabili, ha soltanto utilizzato formule letterali non abbastanza nette e precise relativamente ai bilanci del 2013 e del 2014, così come invece ha fatto per il bilancio del 2015. Pertanto, va condiviso il convincimento del Pubblico ministero secondo cui non si possono ravvisare sostanziali inadempimenti dei doveri di revisione legale da cui far discendere una responsabilità solidale di Sebastiani con l'amministratore Omissis per i danni da quest'ultimo cagionati al patrimonio della S.r.l. G.C.M., ai sensi degli artt. 14 e 15 del D.lgs. 27 gennaio 2010, n. 39.



Crisi aziendale

L'emersione, sulla base dei criteri e dei parametri contemplati nell'ambito dei programmi di valutazione previsti dall'art. 6, c. 2, t.u.s.p.p., di situazioni, potenziali o già in atto, di crisi aziendale comporta, come si è osservato, l'obbligo per l'organo amministrativo delle società a controllo pubblico di attivarsi per far fronte alle stesse, ponendo in essere, nell'ambito di *"un idoneo piano di risanamento"*, gli interventi ritenuti necessari a prevenirne l'aggravamento, a correggerne gli effetti e a rimuoverne le cause (art. 14, c. 2, t.u.s.p.p.).

deve ritenersi che l'art. 14, c. 2, t.u.s.p.p., individui in via generale nel piano di risanamento il documento programmatico che definisce le politiche aziendali finalizzate al recupero delle fisiologiche condizioni di operatività dell'impresa. Allorquando, poi, il superamento della crisi implica operazioni di ripianamento delle perdite in società a partecipazione pubblica che ne abbiano registrate per tre esercizi consecutivi o che abbiano utilizzato riserve disponibili per il ripianamento di perdite anche infrannuali, fatta salva l'ipotesi della riduzione del capitale sociale sotto il minimo legale (artt. 2447 e 2482-bis c.c.), l'intervento delle amministrazioni socie, in qualsiasi forma sia esso previsto (anche mediante aumenti di capitale, trasferimenti straordinari di partecipazioni o il rilascio di garanzie), è consentito soltanto ove si inquadri in un piano specificamente improntato alla logica della ristrutturazione aziendale e volto, quindi, a conseguire lo stabile ripristino dell'equilibrio economico dell'attività d'impresa entro un orizzonte temporale triennale



Disfavore in house

TAR Brescia 22 maggio 2023, n. 454

L'art. 192, comma 2, del Codice degli appalti pubblici (d.lgs. n. 50 del 2016) impone che l'affidamento *in house* di servizi disponibili sul mercato sia assoggettato a una duplice condizione, che non è richiesta per le altre forme di affidamento dei medesimi servizi (con particolare riguardo alla messa a gara con appalti pubblici e alle forme di cooperazione orizzontale fra amministrazioni):

- a) la prima condizione consiste nell'obbligo di motivare le condizioni che hanno comportato l'esclusione del ricorso al mercato; tale condizione muove dal ritenuto carattere secondario e residuale dell'affidamento *in house*, che appare poter essere legittimamente disposto soltanto in caso di, sostanzialmente, dimostrato 'fallimento del mercato' rilevante a causa di prevedibili mancanze in ordine a «gli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche », cui la società *in house* invece supplirebbe;
- b) la seconda condizione consiste nell'obbligo di indicare, a quegli stessi propositi, gli specifici benefici per la collettività connessi all'opzione per l'affidamento *in house* (dimostrazione che non è invece necessario fornire in caso di altre forme di affidamento, con particolare riguardo all'affidamento tramite gare di appalto); anche qui la previsione dell'ordinamento italiano di forme di motivazione aggravata per supportare gli affidamenti *in house* muove da un orientamento di sfavore verso gli affidamenti diretti in regime di delegazione interorganica, relegandoli ad un ambito subordinato ed eccezionale rispetto alla previa ipotesi di competizione mediante gara tra imprese.

3.2. In tale quadro normativo e giurisprudenziale di sostanziale disfavore nei confronti degli affidamenti diretti, l'amministrazione che intenda internalizzare un servizio pubblico locale a rilevanza economica attraverso il modello dell'*in house*, ha un "onere motivazionale rafforzato", che consenta di esercitare un "penetrante controllo della scelta effettuata, anzitutto sul piano dell'efficienza amministrativa e del razionale impiego delle risorse pubbliche".



Controllo analogo

Consiglio di Stato, Sez. IV, 21/1/2025 n. 416

Affinché il requisito del controllo analogo in caso di società in house pluripartecipata sia soddisfatto, occorre che le Amministrazioni pubbliche in possesso di partecipazioni di minoranza possano comunque esercitare il controllo analogo in modo congiunto e che: a) gli organi decisionali dell'organismo controllato siano composti da rappresentanti di tutti i soci pubblici partecipanti, ovvero, siano formati 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, secondo le regole generali elaborate con riguardo all'in house providing tradizionale sin dalla sentenza della Corte di Giustizia Teckal; c) l'organismo controllato non persegua interessi contrari a quelli di tutti i soci pubblici partecipanti. Dal complesso di tali previsioni emerge l'esistenza di rilevanti deroghe ai meccanismi tipici di funzionamento delle società di capitali, tali da assicurare ai soci pubblici, collettivamente considerati, un'influenza determinante e un controllo effettivo sulla gestione dell'ente partecipato, attraverso poteri di condizionamento sull'operato del management in grado di conformare l'azione di quest'ultimo agli interessi pubblici di cui il singolo ente pubblico partecipante è portatore.



Successione nei contratti di una in house

Cons. Stato, IV, 20 novembre 2023, n. 9933

“La direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE deve essere interpretata nel senso che essa osta a una normativa o a una prassi nazionale in forza della quale l’esecuzione di un appalto pubblico, aggiudicato inizialmente, senza gara, ad un ente «in house», sul quale l’amministrazione aggiudicatrice esercitava, congiuntamente, un controllo analogo a quello che esercita sui propri servizi, sia proseguita automaticamente dall’operatore economico che ha acquisito detto ente, al termine di una procedura di gara, qualora detta amministrazione aggiudicatrice non disponga di un simile controllo su tale operatore e non detenga alcuna partecipazione nel suo capitale”.

che il passaggio della gestione da XXX a XXX non è avvenuto “automaticamente”, ma è avvenuto sulla base di una gara pubblica, sulla base di quanto previsto dall’art. 3 - bis, comma 2 - bis, del d.l. 13 agosto 2011 n. 138, introdotto dall’art. 1, comma 609, lett. b), l. 23 dicembre 2014, n. 190, a norma del quale: “L’operatore economico succeduto al concessionario iniziale, in via universale o parziale, a seguito di operazioni societarie effettuate con procedure trasparenti, comprese fusioni o acquisizioni, fermo restando il rispetto dei criteri qualitativi stabiliti inizialmente, prosegue nella gestione dei servizi fino alle scadenze previste. In tale ipotesi, anche su istanza motivata del gestore, il soggetto competente accerta la persistenza dei criteri qualitativi e la permanenza delle condizioni di equilibrio economico-finanziario al fine di procedere, ove necessario, alla loro rideterminazione, anche tramite l’aggiornamento del termine di scadenza di tutte o di alcune delle concessioni in essere, previa verifica ai sensi dell’articolo 143, comma 8, del codice di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e successive modificazioni, effettuata dall’Autorità di regolazione competente, ove istituita, da effettuare anche con riferimento al programma degli interventi definito a livello di ambito territoriale ottimale sulla base della normativa e della regolazione di settore”.



UNIVERSITÀ
CATTOLICA
del Sacro Cuore

Società mista e attività “extraterritoriale”

Questo Consiglio di Stato ritiene che l'art. 17 TUSP non consente alle società miste, a differenza delle società *in house*, di concorrere a gare indette da Enti terzi e comunque di svolgere attività diverse da quelle rientranti nella “gara a doppio oggetto”.

La disciplina del modello della società mista appare chiaramente definito dagli artt. 17 e 26 TUSP, nonché dell'art. 16 del d.lgs. n. 201/2022 (che individua la società mista disciplinata dal TUSP quale possibile forma di gestione dei servizi di interesse economico generale di livello locale).

Come correttamente rilevato anche dal T.a.r., da tali disposizioni è possibile evincere *“una stretta funzionalizzazione tra società e servizio oggetto di affidamento”, “il nesso di esclusività esistente tra costituzione della società mista e svolgimento del servizio affidato dagli enti pubblici soci”, la “strumentalità della società mista rispetto al servizio per il quale l'ente è stato costituito”* da intendere *“in termini di esclusività dell'oggetto della società stessa”*,

Una volta costituita, la società mista non vive di vita propria ma resta funzionalmente collegata in via esclusiva allo scopo della sua costituzione, indicato nel bando, che ne delimita la capacità giuridica e di agire, precludendole la possibilità di partecipare a gare che esulano dalla finalità istitutiva della stessa in quanto estranee allo scopo dei soci pubblici che ne hanno promosso l'istituzione, delimitandone il campo di azione.

Nel caso di specie, la società nasce per la gestione di un servizio pubblico locale nella titolarità degli enti locali partecipanti al capitale sociale: per tale ragione non può concorrere alla gestione di altri analoghi servizi facenti capo ad enti locali che non hanno condiviso il modello della società mista optando per l'affidamento mediante gara.



UNIVERSITÀ
CATTOLICA
del Sacro Cuore

Controlli

Un aspetto di debolezza più volte emerso dall'esame dei questionari attiene ai rapporti fra enti locali e propri organismi partecipati, e particolarmente al mancato monitoraggio di profili quali la redditività, l'efficacia, l'efficienza ed economicità dell'azione dei soggetti partecipati; in generale, il flusso informativo fra partecipante e partecipato non sempre è circolare e tempestivo, anche in Comuni di grandi dimensioni. Tuttavia, il soggetto socio può ottemperare con efficienza al proprio ruolo solo se viene messo in condizione di disporre delle informazioni; pertanto, gli amministratori delle partecipate dovrebbero fornire rapporti periodici con i principali indicatori di bilancio e il relativo commento al proprio ente partecipante. In questo rapporto andrebbero inclusi almeno il ROE, il ROI, il *leverage*, l'indice di rotazione del capitale investito, il ROS, il quoziente di liquidità; tenuto conto della natura pubblicistica dei soggetti partecipati, andrebbero trasmessi anche indicatori in grado di evidenziare la qualità del servizio, gli effetti perequativi ottenuti dall'attività di gestione e l'influenza che questa ha avuto sull'ambiente che circonda l'azienda, le c.d. esternalità (ad esempio, i posti di lavoro creati per gli abitanti della zona o l'impatto ambientale dei processi produttivi). In generale, gli organismi dovrebbero periodicamente fornire ai soggetti partecipanti le informazioni necessarie (Stato patrimoniale, Conto economico con ricavi e costi del venduto) per calcolare in autonomia gli indici citati; sarebbe opportuno anche fornire tutte le statistiche tipiche relative al processo produttivo (gli indicatori di efficienza ed efficacia aziendale, con i loro valori preventivati in fase di programmazione dell'esercizio), nonché indicazioni sul valore di mercato della società/azienda.

Per quanto attiene ai controlli strategici e di *performance*, un aspetto particolarmente delicato e certamente migliorabile, considerate le risultanze dei questionari, riguarda l'elaborazione di un