

*Secondo il Tar Veneto, l'art. 23-bis del Dl n. 112/2008 disciplina la facoltà per gli enti locali di ricorrere all'istituto dell'in house providing, in presenza di determinate condizioni, in deroga alle procedure a evidenza pubblica*

# Torna l'in house se l'affidatario ha risorse sufficienti

**TAR VENETO, SEZ. I, SENT. N. 236 DEL 2 FEBBRAIO 2009**

**Comune - Servizio pubblico locale - Affidamento diretto - Società in house - Art. 23-bis del Dl n. 112/2008 - Legittimità - Sussiste**

*È ancora legittimo l'affidamento diretto di un servizio pubblico locale da parte di un comune a una società in house. L'art. 23-bis del Dl n. 112/2008 infatti prevede, con disciplina che espressamente si applica a tutti i servizi pubblici locali e prevale sulle norme degli ordinamenti di settore con esse incompatibili, che sia ancora possibile l'affidamento diretto, richiedendo il parere alle Autorità indipendenti a ciò preposte.*

**Servizi pubblici locali - Affidamento diretto - Società in house - Possibilità di appaltare parte dei servizi a soggetti terzi - Illegittimità - Sussiste**

*L'affidamento diretto a una società in house è legittimo soltanto nel caso in cui la partecipata abbia l'effettiva possibilità, all'interno del proprio contesto organizzativo, di svolgere con le proprie risorse il servizio oggetto dell'affidamento medesimo.*

*Rivolgersi a soggetti esterni, sia pure nelle necessarie forme dell'evidenza pubblica quale "organismo di diritto pubblico", per reperire risorse non marginali al fine dell'espletamento del servizio oggetto di affidamento, determinerebbe una vera e propria diseconomia per l'amministrazione affidante, in quanto il costo dello svolgimento del servizio stesso sarebbe intuitivamente aggravato dall'intermediazione dell'affidatario "in house".*

**di Federica Caponi**

*Consulente di enti pubblici e società partecipate*

**L'**art. 23-bis del Dl n. 112/2008 prevede, con disciplina che espressamente si applica a tutti i servizi pubblici locali e prevale sulle norme degli ordinamenti di settore con esse incompatibili, che sia ancora possibile l'affidamento diretto, richiedendo il parere alle Autorità indipendenti a ciò preposte.

L'in house, però, è legittimo soltanto nel caso in cui la par-

tecipata abbia l'effettiva possibilità, all'interno del proprio contesto organizzativo, di svolgere con le proprie risorse il servizio oggetto dell'affidamento medesimo.

Questi gli importanti principi sanciti dal Tar Veneto nella sentenza in commento, con la quale ha accolto il ricorso presentato da una società avverso l'atto di un consor-

**@ Il testo della sentenza sul sito  
[www.dpa.ilssole24ore.com](http://www.dpa.ilssole24ore.com)**

zio di comuni con cui era stata disposta la partecipazione a una società interamente pubblica e l'affidamento diretto a questa per 10 anni del servizio di raccolta e di smaltimento dei rifiuti.

Nel caso di specie, il consorzio, a fronte della rinuncia dell'affidatario del servizio ad avvalersi della proroga del contratto, nelle more della costituzione dell'Ato, cui spetta l'individuazione con gara del gestore unico, aveva costituito una società di capitali, interamente pubblica, e affidato alla stessa la gestione diretta del servizio, secondo il sistema dell'in house providing.

Tali atti erano stati impugnati da una società che li riteneva illegittimi per due ordini di motivi.

Uno perché contrastante con il regime transitorio relativo alla gestione dei servizi in materia di rifiuti, contenuto negli artt. 201 e ss. del Dlgs n. 152/2006. Secondo la tesi della ricorrente, infatti, le amministrazioni comunali (e non i loro consorzi), sarebbero obbligate a conservare le gestioni esistenti, essendo comunque a esse inibito il mutamento della forma di gestione (nella specie, da affidamento della relativa concessione a soggetto imprenditoriale terzo a affidamento in house) e non potendo comunque le amministrazioni medesime provvedere in tal senso al posto dell'Aato, già costituita e operante nell'intero territorio provinciale di riferimento.

L'altro motivo del ricorso era fondato sul presunto mancato rispetto da parte delle amministrazioni pubbliche del controllo analogo sulla partecipata affidataria diretta del servizio.

La ricorrente infatti aveva sostenuto, richiamando la giurisprudenza formatasi in materia di affidamento "in house" dei pubblici servizi, sia comunitaria, che nazionale, che lo statuto della società partecipata conteneva soltanto un fugace accenno alla predetta necessità del "controllo analogo", mentre sarebbe mancato qualsivoglia esplicitazione dei poteri dei soci, idonei a determinare l'assoluta "dipendenza" della società concessionaria dalle amministrazioni partecipanti, condizione che legittima il ricorso all'istituto dell'in house providing.

### La questione di fondo

Il collegio si è fatto carico, preliminarmente, di esaminare l'eccezione di inammissibilità del ricorso per presunto difetto di interesse della ricorrente, non avendo la stessa, secondo i controinteressati, in relazione alle proprie ridotte dimensioni aziendali, i requisiti minimi di idoneità tecnica per disimpegnare il servizio oggetto dell'affidamento.

Il Tar ha chiarito che la legittimazione ad agire non può essere legata all'idoneità tecnica ed economica del soggetto agente.

È sufficiente infatti che lo stesso sia un soggetto imprenditoriale operante nel settore della gestione

dei rifiuti, risultando così titolare di un interesse differenziato alla legittimità dell'azione amministrativa avente per oggetto la puntuale applicazione delle disposizioni comunitarie, statali e regionali che impongono l'evidenza pubblica nella scelta dei soggetti preposti ai relativi pubblici servizi da parte delle amministrazioni pubbliche a ciò competenti.

Tale interesse differenziato non può venir meno per effetto della pretesa inidoneità tecnica a svolgere il servizio, in quanto l'ordinamento giuridico consentirebbe comunque alla medesima ricorrente di utilizzare a proprio favore gli istituti del raggruppamento temporaneo di imprese, ovvero dell'avvalimento.

Le questioni più importanti sottoposte al vaglio dei giudici hanno riguardato la verifica se la disciplina contenuta nel Dlgs n. 152/2006 possa dirsi prevalente rispetto a quanto stabilito dall'art. 23-bis del Dl n. 112/2008 e se quindi le gestioni esistenti del servizio di smaltimento rifiuti possano essere automaticamente prorogate, fino all'istituzione e organizzazione del servizio di gestione integrata dei rifiuti da parte delle Autorità d'ambito.

Se cioè anche nell'ipotesi di scadenza naturale delle attuali gestioni sia legittimo non procedere a nuovi affidamenti, ma alla "continuazione" delle gestioni in essere fino alla scelta di un nuovo gestore, con la conseguenza che i gestori esistenti alla data di entrata in vigore del Testo Unico ambientale sarebbero legittimati a continuare l'attività.

Inoltre, al Tar è stata sottoposta la problematica relativa alla verifica se il ricorso al cosiddetto in house providing, quale alternativa all'affidamento esterno del servizio mediante gara pubblica, non contrasti con quanto previsto dal citato decreto ambientale e, pertanto, l'affidamento del servizio di smaltimento rifiuti sia legittimo soltanto attraverso l'espletamento di procedure a evidenza pubblica.

Infine, i giudici hanno chiarito quali siano le condizioni legittimanti l'in house providing, in presenza delle quali è lasciata la facoltà agli enti di non ricorrere alle procedure a evidenza pubblica per l'individuazione dell'affidatario di servizi pubblici.

### L'approfondimento

L'art. 23-bis del Dl n. 112/2008 costituisce norma di riferimento per la gestione dei servizi pubblici locali e prevale sulle norme degli ordinamenti di settore con esse incompatibili (quindi, anche sull'ordinamento relativo ai rifiuti di cui allo stesso Dlgs n. 152/2006). Tale disposizione prevede che "in deroga alle modalità di affidamento ordinario [...] a favore di imprenditori o di società in qualunque forma costituite individuati mediante procedure competitive a evidenza pubblica", i servizi pubblici locali possono anche essere affidati direttamente, "per situazioni che, a

*causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace e utile ricorso al mercato*”, previa adeguata pubblicità a tale scelta, motivandola in base a un’analisi del mercato con contestuale trasmissione “*di una relazione contenente gli esiti della predetta verifica all’Autorità garante della concorrenza e del mercato e alle autorità di regolazione del settore, ove costituite, per l’espressione di un parere sui profili di competenza da rendere entro sessanta giorni dalla ricezione della predetta relazione*”.

Pertanto, secondo il Tar dall’eventuale annullamento dell’affidamento del servizio pubblico discende non già l’obbligo per il comune di bandire in ogni caso una gara al fine di reperire il nuovo soggetto gestore del servizio, ma la possibilità di sottoporre al parere delle Autorità indipendenti a ciò preposte l’ipotesi dello svolgimento in house del servizio stesso.

Il Tar ha precisato che non sussiste alcuna differenza concettuale, in linea di principio, tra l’operato di una singola amministrazione comunale e quella del consorzio al quale questa partecipi, ai sensi di quanto disposto dall’art. 31 del Tuel, al fine “*della gestione associata di uno o più servizi*” con altre amministrazioni comunali.

Per quanto riguarda il regime transitorio disciplinato dal Dlgs n. 152/2006, è necessario ricordare quanto stabilito dall’art. 198, comma 1, dello stesso decreto, il quale prevede che “*sino all’inizio delle attività del soggetto aggiudicatario della gara a evidenza pubblica indetta dall’Autorità d’ambito ai sensi dell’art. 202, i comuni continuano la gestione dei rifiuti urbani e dei rifiuti assimilati avviati allo smaltimento in regime di privativa nelle forme di cui all’art. 113, comma 5, del Dlgs n. 267/2000*”.

Tale disposizione mantiene le competenze sino a quel momento esercitate al riguardo dalle amministrazioni comunali fino alla concreta entrata in vigore delle nuove disposizioni, che avverrà con l’indizione della gara da parte dell’Aato - ossia del nuovo soggetto istituzionale a ciò competente - e, quindi, con il materiale affidamento del servizio al nuovo soggetto prescelto.

Non può, pertanto, ragionevolmente sostenersi che mediante il puntuale rinvio alla gestione del servizio in essere alle “*forme*” di cui all’art. 113, comma 5, del Tuel, l’amministrazione interessata potrebbe soltanto acconsentire la continuazione della gestione esistente, senza poterne disporre il riaffidamento nelle altre “*forme*” sempre previste dalla stessa disposizione di legge, qualora ne sussistano i presupposti.

Tale interpretazione è stata confermata anche da altra recente giurisprudenza amministrativa che ha escluso che il citato art. 198, comma 1, del Dlgs n. 152/2006 possa essere interpretato quale disposizione che di-

sciplina soltanto una proroga delle gestioni in essere (Tar Campania, Napoli, sez. I, 31 marzo 2008 n. 1641 e 2 agosto 2007 n. 7229)

I giudici hanno anche chiarito che l’affidamento del servizio in house disposto dai consorzi dei comuni, e non dall’Aato, non può ritenersi illegittimo nel caso in cui l’Aato non sia ancora operante.

Il Tar ha infatti precisato che è vero che l’art. 170 del Dlgs n. 152/2006 di per sé dispone la proroga delle Autorità di bacino già istituite, ai sensi della legge n. 183/1989, e che l’art. 201 contempla le Autorità d’ambito quali veri e propri consorzi ai quali i comuni devono partecipare obbligatoriamente, ma nel testo del citato decreto non è ricavabile una qualsivoglia norma transitoria o “*a regime*” che *hic et nunc* trasformi i soggetti istituzionali, istituiti sulla base delle vecchie disposizioni, nelle nuove Autorità disciplinate dalle norme del citato decreto e che, in quanto tali, devono dunque essere espressamente costituite dai comuni mediante appositi provvedimenti, allo stato non ancora emanati.

Per quanto riguarda il controllo analogo, i giudici hanno chiarito che secondo i principi giurisprudenziali comunitari e nazionali, che si sono venuti affermando e consolidando in materia, affinché possa dirsi realizzato tale requisito legittimante l’in house, devono essere rispettate le seguenti condizioni:

- a) la necessità della totale partecipazione pubblica;
- b) il divieto, sancito statutariamente, di apertura al capitale privato;
- c) la riserva in capo ai soci pubblici del potere di designare i componenti degli organi della società;
- d) la possibilità di esercitare un’influenza determinante sia sugli obiettivi strategici, sia sulle decisioni importanti della società;
- e) la necessità che il controllo sia preventivo e non solo a posteriori e che siano previsti concreti poteri ispettivi e d’intervento;
- f) la circostanza che l’impresa non deve acquisire una vocazione commerciale;
- g) la non sufficienza, per la configurazione del c.d. controllo analogo, degli ordinari strumenti di diritto civile;
- h) il carattere speciale, rispetto a quelle disciplinate dal codice civile, delle società di capitali in house e nella necessità di predisporre un meccanismo di controllo coerente con la peculiarità della forma societaria;
- i) la possibilità che il capitale sociale della società in house sia partecipato da una pluralità di enti locali, purché il controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi sia realizzato, indipendentemente dalla quota di partecipazione propria di ciascun ente, attraverso la costituzione di un ufficio comune, cui sia attribuito il compito di realizzare il coordinamento e la consultazione tra gli enti locali;

j) l'utilizzabilità dello strumento della convenzione ex art. 30 del Tuel per l'esercizio del controllo analogo da parte di una pluralità di enti soci;

k) la previsione di un diritto di veto da parte di ciascun ente partecipante alla società nei confronti delle deliberazioni assunte dagli organi sociali in modo difforme dalle proposte, nonché della competenza dell'assemblea ordinaria della trattazione di argomenti inerenti a pretese della società sugli enti locali che a essa partecipano scaturenti dal contratto di servizio e corrispondente al diritto di veto di ciascun ente locale interessato sulle relative determinazioni;

l) il diritto di recesso dalla società nei casi in cui l'ente socio abbia diritto a far valere la risoluzione o, comunque, lo scioglimento del contratto di servizio con la società.

Il Tar ha quindi chiarito che, una volta dimostrata la sussistenza del controllo analogo, secondo le condizioni sopra evidenziate, l'in house è legittimo soltanto nel caso in cui il soggetto affidatario abbia l'effettiva possibilità, all'interno del proprio contesto organizzativo, di svolgere con le proprie risorse il servizio oggetto dell'affidamento medesimo o, comunque, una sua parte significativamente consistente.

Secondo il Tar, infatti, nel caso in cui la società partecipata debba rivolgersi a soggetti esterni, sia pure nelle necessarie forme dell'evidenza pubblica quale "organismo di diritto pubblico", ai sensi dell'art. 2, co. 26, del Dlgs n. 163/2006, per reperire risorse non marginali al fine dell'espletamento del servizio oggetto di affidamento, risulterebbe ben evidente che l'amministrazione affidante realizzerebbe nei propri confronti non già un vantaggio economico, ma una vera e propria diseconomia, non solo finanziaria, in quanto il costo dello svolgimento del servizio stesso sarebbe intuitivamente aggravato dall'intermediazione dell'affidatario "in house", ma anche "funzionale", sotto il profilo dell'efficacia e dell'economicità dell'azione amministrativa, appesantita dall'ingresso di un soggetto che funge da mero tramite tra l'amministrazione affidante e l'imprenditore che materialmente svolge il servizio.

In senso contrario si è espresso di recente il Consiglio di Stato, il quale ha sostenuto che il concessionario in house di un servizio pubblico può affidarne, anche in parte, lo svolgimento a terzi selezionati tramite gara (Cons. Stato, dec. n. 2765/2009).

I giudici hanno ritenuto che nel caso dell'in house il rapporto tra ente affidante e società non è sussumibile nella fattispecie dell'appalto, ma vi è un rapporto interorganico, in quanto l'in house "è una società-organo degli enti pubblici che a essa partecipano in via totalitari".

Pertanto, secondo il Consiglio di Stato non esiste nell'ordinamento una regola che impone al conces-

sionario in house di un servizio pubblico di svolgerlo interamente in proprio, con il corrispondente divieto di affidarne, anche in parte, lo svolgimento a terzi (selezionati tramite gara).

I giudici a tal proposito hanno ricordato che in tale caso "risulta vigente una regola che obbliga gli organismi di diritto pubblico (categoria nella quale rientra una società che svolge servizi in house providing) a osservare, per i propri affidamenti "a valle", i principi e le norme dell'evidenza pubblica (art. 3, commi 25 e 26, e 32 del Dlgs n. 163/2006)".

Il Tar nella sentenza in commento ha, inoltre, precisato che se anche è vero che l'esercizio di attività extraterritoriali da parte della società controllata non pare di per sé precluso in linea di principio dalla previsione contenuta nell'attuale testo dell'art. 113 del Tuel, nel caso in cui né lo statuto, né l'eventuale patto parasociale concluso tra gli enti soci, contemplino alcuna indicazione per evitare che le risorse aziendali della società controllata siano utilizzate in modo prevalente su attività di impresa esterne al territorio degli enti partecipanti, saremmo di fronte a una violazione delle condizioni legittimanti l'in house.

In tal caso, infatti, si realizzerebbe secondo il Tar un "controllo debole" rispetto alla ben diversa esigenza propria del "controllo analogo", la quale deve essere, viceversa, espressamente normata, in sede di statuto sociale e di patti parasociali, garantendo al riguardo la necessaria unanimità degli enti soci in ordine all'assenso all'esercizio dell'attività esterna con garanzia anche in questo caso del recesso per l'ente eventualmente dissenziente.

Nel caso di specie, l'affidataria, non disponendo di mezzi propri sufficienti per disimpegnare il servizio, aveva affidato lo stesso mediante procedura negoziata ad una ditta che, tra l'altro, era il precedente gestore nella precedente concessione rilasciata dal consorzio dei comuni.

In sostanza, hanno chiarito i giudici del Tar, nulla era cambiato rispetto all'assetto precedente e tale circostanza "rende di per sé evidente che quanto avvenuto non risulta riconducibile, nella sostanza, a un'ipotesi di affidamento di pubblico servizio locale in house" e per tali motivi sono stati annullati tutti gli atti impugnati dalla ricorrente nella parte in cui individuano l'affidataria in house del servizio.

## Conclusioni

Il Tar ha chiarito che l'art. 23-bis del Dl n. 112/2008 disciplina la facoltà per gli enti locali di ricorrere all'istituto dell'in house providing, in presenza di determinate condizioni, in deroga alle procedure a evidenza pubblica.

Tale norma contiene una disciplina che espressamente si applica a tutti i servizi pubblici locali e pertanto



prevale sulle norme degli ordinamenti di settore con esse incompatibili (quindi, anche sull'ordinamento relativo ai rifiuti di cui allo stesso Dlgs n. 152/2006). L'eventuale annullamento di un affidamento di un servizio pubblico locale, quindi, non obbliga l'ente a bandire una gara, in quanto sussiste la possibilità di sottoporre al parere delle Autorità indipendenti a ciò preposte l'ipotesi dello svolgimento in house del servizio stesso. I giudici hanno comunque precisato che l'affidamento in house è legittimo soltanto nel caso in cui il soggetto affidatario abbia l'effettiva possibilità, all'interno del proprio contesto organizzativo, di svolgere con le proprie risorse il servizio oggetto dell'affidamento medesimo.

Nel caso di specie, il Tar ha ritenuto illegittimo l'affidamento diretto disposto dal consorzio dei comuni alla società pubblica in quanto la stessa non aveva

risorse proprie sufficienti per la gestione del servizio. La società infatti si era rivolta a soggetti esterni, sia pure nelle necessarie forme dell'evidenza pubblica, per reperire risorse non marginali al fine dell'espletamento del servizio reso oggetto di affidamento.

In tal caso secondo i giudici, risulta ben evidente che l'amministrazione affidante realizza nei propri confronti non già un vantaggio economico, ma una vera e propria diseconomia, non solo finanziaria, in quanto il costo dello svolgimento del servizio stesso sarà intuitivamente aggravato dall'intermediazione dell'affidatario in house, ma anche funzionale, sotto il profilo dell'efficacia e dell'economicità dell'azione amministrativa, all'evidenza appesantita dall'ingresso di un soggetto che funge da mero tramite tra l'amministrazione affidante e l'imprenditore che materialmente svolge il servizio ●



## IN SINTESI

**TAR VENETO, SEZ. I,  
SENT. N. 236 DEL 2 FEBBRAIO 2009**

### Il fatto

Un consorzio tra comuni, costituito per la gestione associata del servizio smaltimento rifiuti, a fronte della rinuncia dell'affidatario individuato con gara a proseguire nella gestione, nelle more della costituzione dell'Ato, cui spetta l'individuazione del gestore unico, aveva costituito una società di capitali, interamente pubblica, e affidato alla stessa la gestione diretta del servizio per 10 anni.

Tali atti erano stati impugnati da una società che li riteneva illegittimi perché contrastanti con il regime transitorio relativo alla gestione dei servizi in materia di rifiuti, contenuto negli artt. 201 e ss. del Dlgs n. 152/2006. Inoltre, secondo la ricorrente, le amministrazioni pubbliche non avrebbero esercitato sulla società partecipata affidataria diretta del servizio il controllo analogo.

### La decisione

Il Tar ha dichiarato illegittimo l'affidamento diretto disposto dal consorzio dei comuni alla società pubblica in quanto la stessa non aveva risorse proprie sufficienti per la gestione del servizio.

La società infatti si era rivolta a soggetti esterni per reperire risorse non marginali al fine dell'espletamento del servizio reso oggetto di affidamento. Il Tar ha anche chiarito che l'art. 23-bis del Dl n. 112/2008 disciplina la facoltà per gli enti locali di ricorrere all'istituto dell'in house providing, in presenza di determinate condizioni, in deroga alle procedure a evidenza pubblica.

L'eventuale annullamento di un affidamento di un servizio pubblico locale, quindi, non obbliga l'ente a bandire una gara, in quanto sussiste la possibilità di sottoporre al parere delle Autorità indipendenti a ciò preposte l'ipotesi dello svolgimento in house del servizio stesso.

### I precedenti

Sul principio secondo cui il

Dlgs n. 152/2006 non stabilisce "un obbligo" per le PA a continuare nella gestione esistente, senza poterne disporre il riaffidamento nelle altre "forme", qualora ne sussistano i presupposti, cfr. **Tar Campania, Napoli, sez. I, n. 1641 del 31 marzo 2008 e n. 7229 del 2 agosto 2007**. Di opposto avviso il **Consiglio di Stato, dec. n. 2765/2009**. Per quanto riguarda il controllo analogo numerose sono le pronunce sia della **Corte di Giustizia europea (sez. V, n. C. 107/98 Teckal del 18 novembre 1999, sez. I, n. C-26/03 Stadt Halle dell'11 gennaio 2005, sez. 1, n. C-458/03 Parking Brixen del 13 ottobre 2005)**, che della giurisprudenza nazionale (**Tar Lombardia, Brescia, sent. n. 433/2006, Cons. Stato, sez. V, n. 5072/2006, Cons. Stato, sez. V, sent. n. 5/2007, Tar Campania, Napoli, sez. 1, sent. n. 8055/2006, Tar Lazio, Roma, sez. II ter, n. 9988/2007, Tar Abruzzo, n. 687/2006, Tar Puglia, Bari, sez. I, n. 1318/2006, Tar Friuli Venezia Giulia, n. 634/2007**) ●