

PROF. AVV. MARCO MACCHIA

PROFESSORE ORDINARIO IN DIRITTO AMMINISTRATIVO

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "TOR VERGATA"

DOCENTE DI DIRITTO DEI CONTRATTI PUBBLICI PRESSO LA PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI -
SCUOLA NAZIONALE DELL'AMMINISTRAZIONE (SNA) E PRESSO LA LUISS GUIDO CARLI

VIA SIRACUSA, 12

00161 ROMA

EMAIL: marco.macchia@uniroma2.it

P A R E R E

Viene chiesto di rendere parere sulla partecipazione dell'Azienda Gardesana Servizi S.p.A. per conto dei propri Enti locali soci, quale soggetto intermedio, alla costituenda NEWCO S.p.A. società in house, destinata alla gestione del sistema integrato dei rifiuti nel territorio di competenza del Consorzio di bacino Verona NORD. Seguendo questo percorso, i venti Comuni costituenti la società Azienda Gardesana Servizi S.p.A. (d'ora in poi, AGS) intendono partecipare "indirettamente" alla costituenda in house per il tramite di quest'ultima.

* * * * *

1. Premessa

La costituenda NEWCO S.p.A. è una società *in house providing*, designata per la gestione del servizio integrato dei rifiuti nel territorio di cinquantotto comuni della provincia di Verona. Secondo lo schema di Statuto, approvato nell'Assemblea del Consiglio di bacino Verona Nord del 4 giugno 2025, «la società è a totale capitale pubblico e conformata secondo il modello *in house providing*» (art. 1, co. 2).

La NEWCO «è partecipata esclusivamente dai Comuni ricompresi nel Consiglio di Bacino Verona Nord (di seguito, per brevità, i "Comuni", o, al singolare, "Comune"), anche per mezzo di altre persone giuridiche in house quali consorzi di diritto pubblico e società in house partecipate esclusivamente da tali Comuni» (art. 1, co. 3). Inoltre, «realizza oltre l'80% del proprio fatturato nello svolgimento di compiti ad essa affidati dai Comuni del Consiglio di Bacino Verona Nord a mezzo del medesimo Consiglio di Bacino» (art. 1, co. 3). Ed «è assoggettata all'esercizio, da parte dei Comuni, di un "controllo analogo congiunto", secondo le disposizioni del

presente Statuto e dell'apposita Convenzione tra i Comuni *ex art. 30 del d.lgs. n. 267/2000, costituente patto parasociale*» (art. 1, co. 3).

Lo Statuto contempla, insomma, sia la partecipazione *diretta* del singolo ente alla struttura societaria, sia la partecipazione in forma *indiretta* per mezzo di enti intermedi (consorzi e società in house partecipate dai Comuni). A conferma di ciò, l'art. 6 ribadisce che «la Società è a capitale interamente pubblico, rispondente al modello in house providing, e possono essere soci unicamente i Comuni ricompresi nel Consiglio di Bacino Verona Nord, anche per mezzo di altre persone giuridiche in house quali consorzi di diritto pubblico e società in house partecipate esclusivamente da tali Comuni».

2. Sulla natura giuridica della Azienda Gardesana Servizi s.p.a.

Azienda Gardesana Servizi S.p.A. è attualmente gestore del servizio idrico integrato dell'area Baldo Garda, in forza della deliberazione dell'Assemblea dell'ATO Veronese n. 2 del 4 febbraio 2006, in esecuzione della quale è stata stipulata la Convenzione tra l'Autorità d'Ambito Territoriale Ottimale Veronese e AGS del 24 febbraio 2006.

AGS è una società ad integrale ed esclusiva partecipazione pubblica, partecipata in misura egualitaria dai Comuni di Affi, Bardolino, Brentino Belluno, Brenzone sul Garda, Caprino Veronese, Castelnuovo del Garda, Cavaion Veronese, Costermano sul Garda, Dolcè, Ferrara di Monte Baldo, Garda, Lazise, Malcesine, Pastrengo, Peschiera del Garda, Rivoli Veronese, San Zeno di Montagna, Sant'Ambrogio di Valpolicella, Torri del Benaco e Valeggio sul Mincio.

Modificato nel gennaio del 2024, lo Statuto di AGS rispetta integralmente i requisiti necessari per configurare la società come idonea ad operare in regime di *in house providing*. Nel rispetto dei parametri individuati al “*Vademecum per le società in house elaborato da ANAC e dal Consiglio Nazionale del notariato*” e secondo la più recente giurisprudenza amministrativa, l'art. 14 dello Statuto di AGS disegna un controllo analogo congiunto.

Affinché possa concretizzarsi il controllo analogo congiunto è necessaria la compresenza di tre condizioni. In primo luogo, gli organi decisionali della persona giuridica controllata devono essere composti da rappresentanti di tutte le

amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori partecipanti. A tal proposito, si precisa che i singoli “delegati” possono anche rappresentare varie o tutte le amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori partecipanti. In secondo luogo, le amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori devono poter esercitare congiuntamente un’influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative della persona giuridica. Infine, la persona giuridica controllata non può perseguire interessi contrari a quelli delle amministrazioni aggiudicatrici o degli enti aggiudicatori controllanti. Come chiarito dalla giurisprudenza di legittimità detti requisiti devono sussistere tutti contemporaneamente e risultare da precise disposizioni statutarie.

In particolare, «AGS è affidataria della gestione del servizio idrico integrato e delle attività di cui all’arti. 3.1, lett. B) e C) del presente statuto secondo il modello dell’in house providing esercitato dai Comuni soci nella forma del controllo analogo congiunto. Al fine di assicurare l’esercizio del controllo analogo gli enti locali soci esercitano di concerto il controllo politico-amministrativo secondo le modalità previste nel presente articolo allo scopo di verificare il generale andamento della società e lo stato di attuazione degli obiettivi anche sotto il profilo dell’efficacia, efficienza ed economicità nella gestione dei servizi svolti dalla società. I soci esercitano il controllo analogo congiunto mediante i seguenti istituti: 1) Comitato di controllo analogo; 2) diritto di veto; 3) diritti particolari del Comune affidante; 4) potere sanzionatorio in capo all’Assemblea».

Il Comitato di *controllo analogo* «è l’organo costituito dai legali rappresentanti di ciascun ente locale socio o loro delegato, volto a realizzare il coordinamento e la consultazione tra i soci. La convocazione del Comitato compete al Presidente, scelto a maggioranza assoluta dei suoi componenti. La disciplina in tema di funzionamento, convocazione e deliberazione del Comitato è la medesima di quella prevista per l’Assemblea ordinaria della società. Il controllo analogo viene esercitato dal Comitato con modalità ex ante ed ex post. Il controllo ex ante consiste: 1) nel potere di approvare preventivamente le proposte di deliberazioni assembleari aventi ad oggetto: - budget; - piano pluriennale degli investment; - atti di amministrazione straordinaria; - modelli tipo dei contatti di servizio. Al fine di consentire al Comitato l’esercizio delle proprie funzioni vengono trasmesse ai soci le proposte degli atti deliberativi anzidetti almeno

quindici giorni prima della seduta assembleare. 2) nel potere del Comitato di essere preventivamente avvisato delle sedute del Consiglio di amministrazione aventi ad oggetto i servizi di cui all'arti. 3.1, let. B) e C) svolti in regime in house providing. Il Comitato delega un proprio componente a partecipare alla relativa seduta del Consiglio di amministrazione. Nel verbale del Consiglio di amministrazione devono essere riportate le dichiarazioni del componente delegato del Comitato, qualora questi ne faccia richiesta. Il controllo ex post consiste: 1) nel potere del Comitato di vagliare la corretta attuazione delle decisioni assunte in sede assembleare mediante verifica: - della relazione semestrale vertente sull'andamento economico-patrimoniale aziendale. - del bilancio di esercizio; 2) nel potere del Comitato di vagliare, con cadenza annuale, in concomitanza con l'approvazione del bilancio di esercizio, la specifica relazione predisposta dal Consiglio di amministrazione avente ad oggetto l'attività gestionale aziendale, ivi inclusi i servizi di cui all'arti. 3.1, lett. B) e C) svolti in regime di in house providing» (art. 14.1).

Riguardo il diritto di veto, «a ciascun socio è attribuito il diritto di veto, adeguatamente motivato, sulle decisioni assunte dal Comitato, dal Consiglio di amministrazione, dagli organi delegato e dall'Assemblea, che incidano direttamente sulla gestione di un servizio di cui all'arti. 3.1., lett. B) e C) che abbia rilevanza esclusivamente nell'ambito del proprio territorio comunale» (art. 14.2). Ulteriormente, «il Comune affidante ha il diritto particolare di autorizzare o dettare disposizioni di indirizzo in merito ad atti gestionali del servizio dallo stesso affidato. Il Comune affidante ha, altresì, il diritto di recesso *ad nutum* dal contratto di servizio, indennizzando AGS mediante il pagamento dei lavori eseguiti o delle prestazioni relative ai servizi svolti, nonché del valore dei materiali tutti esistenti in cantiere o in magazzino» (art. 14.3).

Inoltre, è previsto in capo al Comitato di controllo analogo un significativo potere di segnalazione. «Il Comitato di controllo deferisce all'Assemblea i componenti del Consiglio di amministrazione e i soggetti delegati nel caso in cui all'esito del controllo ex post risultano violate o disattese le deliberazioni assembleari oggetto di controllo ex ante. L'Assemblea ha il potere di disporre la revoca per giusta causa degli amministratori» (art. 14.4).

Con riferimento alla prevalenza delle attività a favore delle amministrazioni

controllanti, l'art. 3.4 dello Statuto impone il rispetto delle percentuali di fatturato dedicato di cui all'art. 16 del d.lgs. n. 175/2006, disponendo che la società è tenuta a realizzare oltre l'80% del proprio fatturato nello svolgimento dei compiti ad essa andata dagli enti soci o da altre persone giuridiche controllate dagli enti soci.

Ancora, l'art. 16 dello Statuto garantisce il principio della partecipazione pubblica integrale al capitale sociale, imponendo il divieto di cessione quote a privati, il rispetto della parità nel possesso delle partecipazioni e l'ottemperanza costante alle normative speciali vigenti all'epoca del trasferimento in tema di servizio idrico integrato, di servizi pubblici locali e di affidamento degli stessi con le forme del *in house providing*.

Parimenti rispettato è il dettato dell'art. 4 del d.lgs. n. 175/2016, allorquando si prevede che «le società in house hanno come oggetto sociale esclusivo una o più delle attività di cui alle lettere a), b), d) ed e) del comma 2». AGS, infatti, esercita la «produzione di un servizio di interesse generale, ivi inclusa la realizzazione e la gestione delle reti e degli impianti funzionali ai servizi medesimi» (art. 4, comma 2, lett. a, d.lgs. 175/2016), secondo quanto previsto dall'art. 3, comma 1, lett. a) dello Statuto, consistente nella gestione del Servizio Idrico Integrato. Svolge «autoproduzione di beni o servizi strumentali all'ente o agli enti pubblici partecipanti o allo svolgimento delle loro funzioni, nel rispetto delle condizioni stabilite dalle direttive europee in materia di contratti pubblici e della relativa disciplina nazionale di recepimento» (art. 4, comma 2, lett. d, d.lgs. n. 175/2016), per disposto dell'art. 3, comma 1, lett. c) dello Statuto. Può svolgere «servizi di committenza, ivi incluse le attività di committenza ausiliarie, apprestati a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici» (art. 4, comma 2, lett. e, d.lgs. 175/2016), a mente del medesimo art. 3, comma 1, lett. c) dello Statuto.

A ciò si aggiunga che l'art. 3, lett. b) dello Statuto prevede espressamente quale oggetto sociale la «gestione di ulteriori servizi pubblici locali, a rilevanza economica o meno, tra cui la gestione della sosta nelle aree comunali, l'efficientamento e la gestione della pubblica illuminazione, gestione calore, mobilità elettrica e servizi cimiteriali, servizi relativi alla gestione, anche integrata, dei rifiuti, che i Comuni Soci intendano affidare alla società, purché tali attività non rivestano caratteristiche predominanti rispetto alla gestione del servizio idrico integrato».

Alla luce di quanto sopra esposto, risulta chiaramente che AGS soddisfi

integralmente i requisiti necessari per potersi qualificare come società *in house providing*, in conformità all'oramai consolidato orientamento giurisprudenziale che trova origine nelle pronunce sovranazionali, tra cui la nota sentenza *Teckal* della Corte di giustizia 18 novembre 1999, C-107/1998.

In merito, anche il Consiglio di Stato chiarisce: «[i]n ordine alla sussistenza del requisito del “controllo analogo”, va rilevato che, secondo un consolidato indirizzo giurisprudenziale, tale requisito deve intendersi sussistente 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, dovendo tale requisito 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; occorre, in particolare, verificare che il consiglio di amministrazione del soggetto affidatario in house non abbia rilevanti poteri gestionali e che l'ente pubblico affidante (rispettivamente la totalità dei soci pubblici) eserciti(no), pur se con moduli su base statutaria, concreti ed effettivi poteri di ingerenza e di condizionamento, sicché risulta indispensabile che le decisioni più importanti siano sottoposte al vaglio preventivo dell'ente affidante o, in caso di in house frazionato, della totalità degli enti pubblici soci (Cons. Stato, sez. V, 8 marzo 2011, n. 1447; 24 settembre 2010, n. 7092; 29 dicembre 2009, n. 8970)» (Cons. Stato, sez. V, 10.09.2014 n. 4599; conformi Cons. Stato, sez. V, 18 luglio 2017, n. 3554 e da Cons. Stato, sez. V, 24 ottobre 2017, n. 4902).

Pure la Corte di cassazione si è pronunciata sul tema mediante l'ordinanza delle Sezioni Unite n. 564/2024, laddove rammenta che «il testo unico in materia di società a partecipazione pubblica (D.Lgs. n. 175 del 2016) ha sostanzialmente recepito l'approdo della Corte: [...] definendo in house le società sulle quali un'amministrazione esercita il controllo analogo o più amministrazioni esercitano il controllo analogo congiunto, nelle quali la partecipazione di capitali privati avviene in certe forme, e che soddisfano il requisito dell'attività prevalente (art. 2, comma 1, lettera o, e art. 16, commi 1 e 3); intendendo per *controllo analogo* la situazione in cui l'amministrazione esercita su una società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, esercitando un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative

della società controllata (art. 2, comma 1, lettera c)».

In conclusione sul punto, può affermarsi che la struttura societaria di AGS è idonea ad integrare appieno le caratteristiche richieste per la sussistenza del controllo analogo congiunto da parte dei Comuni soci.

3. Sulla partecipazione di AGS nella NEWCO

Preso atto che AGS rispetta e integra appieno i requisiti e i presupposti necessari per qualificarsi società *in house providing*, soggetta a controllo analogo congiunto, occorre verificare se l'oggetto sociale e lo Statuto della stessa siano idonei a consentirne la partecipazione alla NEWCO S.p.A.

Sotto il primo profilo, sovviene l'art. 3, comma 1 dello Statuto, intitolato "Oggetto" che prevede: *«La società ha per oggetto l'esercizio in proprio e/o in conto di terzi, in via diretta nell'ambito del territorio dell'area Garda Baldo, così come individuata dall'Assemblea del Consiglio di bacino Veronese con deliberazione n. 6 del 20 dicembre 2004, delle sotto elencate attività, comprese l'elaborazione di progetti, la direzione lavori, la consulenza per la realizzazione di opere e impianti, la manutenzione ordinaria e straordinaria dei beni e altre attività strumentali, connesse o complementari: [...] B) gestione di ulteriori servizi pubblici locali, a rilevanza economica o meno, tra cui [...] servizi relativi alla gestione, anche integrata, dei rifiuti, che i Comuni Soci intendano affidare alla società, purché tali attività non rivestano caratteristiche predominanti rispetto alla gestione del servizio idrico integrato».*

Sotto il secondo profilo, afferente la possibilità di partecipare alla NEWCO S.p.A., rileva l'art. 3.3 in forza del quale: *«per il conseguimento degli scopi sociali la società può inoltre esercitare qualsiasi attività e compiere le operazioni commerciali, industriali, finanziarie, mobiliari ed immobiliari ritinture dall'organo amministrativo necessarie od utili; costituire nuove società promuovere e stipulare accordi di collaborazione con le Università, istituti ed enti di ricerca, pubblici e privati; acquisire, cedere e sfruttare private industriali, brevetti ed invenzioni; rilasciare fidejussioni, cauzioni, avalli ed ogni altra garanzia per obbligazioni e debiti pure di terzi, concedere pegni ed ipoteche ed in genere prestare garanzie reali. Le attività finanziarie dovranno essere svolte nel rispetto dei limiti previsti dalla legge e non nei*

confronti del pubblico».

Nell'insieme emerge come AGS abbia quale oggetto sociale anche la «*gestione, [...] integrata, dei rifiuti*» e che per il perseguimento di tali finalità sociali la stessa può «*costituire nuove società*». Nel caso in esame, dunque, il gruppo di Comuni, riunito in AGS, intende partecipare indirettamente alla costituenda NEWCO, deputata alla gestione integrata dei rifiuti urbani, ossia per il tramite della Azienda Gardesana Servizi.

Nel caso di specie, occorre precisare preliminarmente che “amministrazione aggiudicatrice” della gestione del sistema integrato dei rifiuti, non è formalmente il singolo Comune, ma il Consiglio di Bacino Verona Nord che opera in nome e per conto degli enti locali in esso associati. In particolare, la Legge Regionale Veneto n. 52 del 31 dicembre 2012, prevede (artt. 3 e 5) che: «gli enti locali ricadenti nei bacini territoriali provinciali, infraprovinciali o interprovinciali, esercitano in forma associata le funzioni di organizzazione e controllo diretto del servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani attraverso i Consigli di Bacino; tra i compiti dei Consigli di Bacino vi sia anche l'indizione della procedura di affidamento del servizio di raccolta, trasporto, avvio a smaltimento e recupero». I Consigli di Bacino sono dotati di personalità giuridica di diritto pubblico e autonomia funzionale, organizzativa, finanziaria, patrimoniale e contabile, per lo svolgimento delle attività connesse alle funzioni di programmazione, organizzazione, affidamento e controllo del servizio pubblico di gestione integrata dei rifiuti urbani.

Alla luce di questa modalità organizzativa, si ritiene che il Comune sia rappresentato *pro quota* dal Consiglio di Bacino, per cui l'affidamento del servizio da parte di quest'ultimo è “come se fosse” effettuato singolarmente per le quote di ognuno da parte dei primi. Del resto, il Consiglio di Bacino è un Ente di governo d'ambito costituiti da tutti i Comuni, rientranti nel relativo perimetro, per cui l'affidamento diretto del contratto di servizio da parte del Consiglio stesso costituisce meramente un atto di organizzazione amministrativa a livello d'ambito territoriale omogeneo (un analogo schema organizzativo si riscontra altresì nella fattispecie esaminata da T.A.R. Veneto, sez. I, 15 maggio 2025, n. 737).

Ragionando allo stesso modo il Consiglio di Stato ha affermato che «la

partecipazione del Comune al consorzio ed il passaggio al secondo delle competenze in ordine alla gestione del servizio pubblico non spoglia certo il Comune della titolarità e della difesa dell'interesse della collettività comunale alla corretta gestione del servizio pubblico dei rifiuti». «Non può quindi revocarsi in dubbio la legittimazione del Comune, quale titolare di competenze sostanziali proprie ed autonome non incise dal modello consortile, ad impugnare gli atti promananti dal consorzio che siano suscettibili di ledere la sfera giuridica dei suoi interessi di riferimento, in relazione alle sue funzioni istituzionalmente individuate dalla legge con riguardo alla titolarità del servizio pubblico di gestione dei rifiuti che riguarda la collettività comunale di cui il Comune è ente esponentiale» (Cons. Stato, sez. V, 26 agosto 2009, n. 5082).

Riguardo il rapporto trilaterale tra i Comuni, AGS e la NEWCO, non si dubita della legittimità del meccanismo del controllo “a cascata”, che è un tipo di controllo indiretto, cioè di secondo grado, previsto dall’art. 2, comma 1, lett. c) del d.lgs. n. 175/2016. Ai sensi di tale disposizione normativa, il controllo analogo – ossia, un controllo sufficientemente penetrante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni più significative della società *in house* – «può anche essere esercitato da una persona giuridica diversa, a sua volta controllata allo stesso modo dall’amministrazione partecipante».

Detto controllo è caratterizzato dal fatto che la società *in house* non è controllata direttamente dal soggetto che le affida il servizio, ma da un altro, a sua volta controllato “allo stesso modo” – ossia secondo il modello *in house* – dal soggetto affidatario.

L’inciso “allo stesso modo” deve essere riferito al controllo proprio della gestione *in house*. Invero, il modulo “a cascata” postula che l’amministrazione aggiudicatrice eserciti un controllo analogo su un ente che, a propria volta, esercita un controllo analogo sull’organismo *in house*, sicché, seppure tra l’amministrazione aggiudicatrice e l’organismo *in house* non sussiste una relazione diretta, è comunque ammesso l’affidamento diretto (Cons. Stato, sez. I, parere n. 1374/2021).

In caso di *in house* a cascata, deve riscontrarsi la sussistenza del controllo analogo (congiunto, nel caso di specie) dell’amministrazione A sulla società B e della società B sulla società C al fine di consentire l’affidamento diretto alla società C. A fronte di un controllo analogo indiretto “a cascata”, il quadro normativo consente che

l'affidamento del servizio sia effettuato senza gara da parte di un ente che non è socio della società in house.

Proseguendo in questa linea di ragionamento, il controllo analogo congiunto sussiste se ricorrono, contemporaneamente, tre condizioni, quali: a) gli organi decisionali della persona giuridica controllata sono composti da rappresentanti di tutte le amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori partecipanti, con la precisazione che singoli rappresentanti possono rappresentare varie o tutte le amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori partecipanti; b) tali amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori sono in grado di esercitare congiuntamente un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative di detta persona giuridica; c) la persona giuridica controllata non persegue interessi contrari a quelli delle amministrazioni aggiudicatrici o degli enti aggiudicatori controllanti.

Tale regime giuridico si integra e si completa con la disciplina dettata dal d.lgs. n. 175/2016. In particolare, l'art. 2, lett. b) e c), ribadisce, da un lato, che per "controllo analogo" si intende la situazione in cui l'amministrazione esercita su una società "un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, esercitando un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della società controllata", precisando che "tale controllo può anche essere esercitato da una persona giuridica diversa, a sua volta controllata allo stesso modo dall'amministrazione partecipante", dall'altro, che il "controllo analogo congiunto" si realizza quando "l'amministrazione esercita congiuntamente con altre amministrazioni su una società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi".

Se è chiaro che i Comuni partecipanti AGS esercitino il controllo analogo su AGS, occorre accertare che, a propria volta, AGS eserciti un controllo analogo sulla costituenda NEWCO, sicché, seppure tra l'amministrazione aggiudicatrice e l'organismo in house non sussiste una relazione diretta, è comunque ammesso l'affidamento diretto (cfr. Consiglio di Stato, sez. I, parere n. 1374/2021; Id, parere n. 883/2019).

Tra le modalità di realizzazione dell'assetto organizzativo che consente l'affidamento diretto in house, si prevede che : a) gli statuti delle società per azioni possono contenere clausole in deroga delle disposizioni dell'articolo 2380-bis e dell'articolo 2409-novies del codice civile; b) gli statuti delle società a responsabilità

limitata possono prevedere l'attribuzione all'ente o agli enti pubblici soci di particolari diritti, ai sensi dell'articolo 2468, terzo comma, del codice civile; c) in ogni caso, i requisiti del controllo analogo possono essere acquisiti anche mediante la conclusione di appositi patti parasociali; tali patti possono avere durata superiore a cinque anni, in deroga all'articolo 2341-bis, primo comma, del codice civile.

La legittima applicazione dell'istituto postula l'effettiva sussistenza di un "controllo analogo", anche nelle declinazioni del controllo analogo congiunto, con la precisazione che esso si sostanzia in una forma di eterodirezione della società, tale per cui i poteri di *governance* non appartengono agli organi amministrativi, ma "al socio pubblico controllante", che si impone a questi ultimi con le proprie decisioni (così Consiglio di Stato, sez. V, sentenza n. 6460/2020).

Stante ciò, nella partecipazione alla costituenda in house AGS potrà partecipare unitamente ad altri enti territoriali. È noto, difatti, che il requisito del controllo analogo deve intendersi sussistente 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*, dovendo tale requisito 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; occorre, in particolare, verificare che il consiglio di amministrazione del soggetto affidatario in house non abbia rilevanti poteri gestionali e che l'ente pubblico affidante (rispettivamente la totalità dei soci pubblici) esercitino, pur se con moduli su base statutaria, concreti ed effettivi poteri di ingerenza e di condizionamento, sicché risulta indispensabile che le decisioni più importanti siano sottoposte al vaglio preventivo della totalità degli enti pubblici soci in caso di in house frazionato (Cons. Stato, sez. V, 8 marzo 2011, n. 1447; Id., 24 settembre 2010, n. 7092; Id., 29 dicembre 2009, n. 8970).

Al riguardo, l'art. 5 dello Statuto della NEWCO dispone che: «I Comuni esercitano il controllo analogo congiunto sulla Società in house con le modalità previste dal presente Statuto e dalla apposita "Convenzione tra i Comuni partecipanti al Consiglio di Bacino Verona Nord per l'esercizio del controllo analogo congiunto nei confronti della società in house NEWCO s.p.a." che viene allegata al presente Statuto.

La Convenzione ha durata pari a quella della Società, in deroga all'art. 2341-bis, comma 1 c.c.». Inoltre, che «Il controllo analogo congiunto dei Comuni avviene nel Comitato di coordinamento per il controllo analogo (di seguito: Comitato) disciplinato dalla sopra menzionata Convenzione, il quale non è un organo della Società. Ai fini del controllo analogo, l'Assemblea societaria è tenuta ad esercitare le competenze incidenti sulla gestione, sul controllo dell'attività e dei risultati conseguiti, in conformità alle deliberazioni del Comitato. Ai fini del controllo analogo, l'Organo amministrativo è tenuto a dare attuazione alle deliberazioni dell'Assemblea societaria che recepiscono le deliberazioni del Comitato. In caso contrario, l'Organo amministrativo incorre in una giusta causa di revoca, salvo comunque il risarcimento del danno. Gli organi della Società sono tenuti a mettere a disposizione dell'Assemblea societaria e del Comitato tutto quanto ad essi occorra per l'esercizio delle loro funzioni di controllo analogo. Al riguardo, il Comitato e l'Assemblea societaria, tramite i loro Presidenti, possono formulare apposite richieste. Ai fini del controllo analogo, l'Assemblea nomina e revoca, su designazione del Comitato, l'Organo amministrativo e/o i suoi singoli componenti, con le modalità descritte dalla Convenzione di cui al comma 2, nel rispetto di quanto stabilito dall'art. 12, par. 3, secondo comma, n. i) della direttiva 2014/24/UE».

Si segnala, in proposito, che la “Convenzione tra i Comuni partecipanti al Consiglio di Bacino Verona Nord per l'esercizio del controllo analogo congiunto nei confronti della società in house NEWCO s.p.a.” è un patto parasociale teso a «disciplinare l'esercizio da parte dei Comuni, anche indiretto “a cascata”, del controllo analogo congiunto nei confronti della Società» (art. 2).

Secondo l'art. 4 di tale Convenzione, disciplinante il “Comitato di coordinamento per il controllo analogo”, «I Comuni esercitano il controllo analogo congiunto sulla Società mediante il Comitato di coordinamento per il controllo analogo (di seguito “Comitato”) disciplinato dalla presente Convenzione. [2.] Ciascun Comune partecipa al Comitato con una quota determinata: - per il 50% con riferimento alla popolazione residente nel proprio territorio in rapporto alla popolazione complessiva di tutti i Comuni, come risultanti dall'ultimo censimento ISTAT; - per il 50% con riferimento al valore del Piano Economico Finanziario relativo al proprio territorio in rapporto al valore complessivo dei Piani Economici Finanziari di tutti i Comuni, approvati dal

Consiglio di Bacino secondo la metodologa ARERA vigente. Qualora dovesse essere istituita la tariffa corrispettivo unitaria a livello di Bacino saranno individuati idonei parametri rappresentativi del singolo comune utilizzabili per la determinazione della componente economica di cui sopra. Entrambi i suddetti parametri saranno soggetti ad aggiornamento quadriennale. Il prospetto iniziale delle quote di ciascun Comune è riportato nell'Allegato C alla presente Convenzione. [3.] Il Consorzio di Comuni partecipa con una quota corrispondente alla somma di quelle dei Comuni ad esso aderenti, e nelle votazioni per teste rappresenta il numero dei Comuni aderenti. [4.] I Comuni e il Consorzio di Comuni hanno diritto di voto in sede di Comitato. La società intermedia dei Comuni ha diritto di partecipare e intervenire alle riunioni del Comitato, ma senza diritto di voto. [5.] Ciascuna Parte partecipa al Comitato mediante il proprio legale rappresentante o suo delegato nel rispetto delle proprie disposizioni statutarie e/o regolamentari. [6.] Il Presidente del Comitato è il Sindaco Presidente pro tempore del Consiglio di Bacino Verona Nord; se quest'ultimo è il Sindaco di un Comune aderente al Consorzio, il Presidente del Comitato sarà il Presidente del Consorzio».

Orbene, dal momento che il controllo analogo indiretto "a cascata" presuppone una doppia relazione in house, è necessario che il patto parasociale riconosca alla società AGS (intermedia dei Comuni) il diritto di voto in sede di *Comitato per il controllo analogo*, con un'espressione identica a quella prevista dal comma 3, ossia disponendo che "AGS partecipa con una quota corrispondente alla somma di quelle dei Comuni ad esso aderenti, e nelle votazioni per teste rappresenta il numero dei Comuni aderenti".

Si tratta di una condizione indispensabile affinché vi sia un controllo esterno, ossia effettuato da chi non partecipa all'organismo in house, tale da atteggiarsi come indiretto, perché realizzato per il tramite di un soggetto diverso dall'ente aggiudicatore. La relazione esterna e indiretta permette all'ente aggiudicatore, pur se non socio dell'aggiudicataria, che sia in una relazione di in house con un'altra società, di controllare a sua volta l'affidataria secondo il meccanismo dell'in house. D'altronde, la scelta esplicita di ancorare l'affidamento di un contratto in house all'esistenza di un particolare rapporto esterno restringe l'ambito di applicazione dell'istituto al fine di tutelare la concorrenza, perché limita la possibilità per le stazioni appaltanti di procedere ad affidamenti diretti sottraendoli al mercato.

Di conseguenza, se allo stato attuale di interlocuzione tra le parti la versione provvisoria del patto parasociale non rispetta, sul piano strutturale, le condizioni necessarie per realizzare un legittimo affidamento in house, **nulla esclude che ciò possa avvenire riconoscendo ad AGS il potere di esercitare un controllo analogo sulla NEWCO, congiuntamente con gli altri soci pubblici, attraverso la partecipazione sia al capitale (profilo non in discussione), sia agli organi direttivi dell'entità suddetta, con il fine di garantire un sistema di controlli *ex ante* ed *ex post* sull'esercizio dell'oggetto sociale (nello spirito di esprimere adeguatamente la volontà dei soci Comuni di AGS).**

4. Sulla delibera che gli enti locali sono tenuti ad adottare

Accertata l'esistenza delle condizioni dell'in house a cascata (di cui va sottolineata, peraltro, la «*natura ordinaria e non eccezionale*» alla luce delle recenti riforme legislative, ribadita ultimamente da T.A.R. Lombardia, 10 marzo 2025, n. 843), *purché sia modificato – come sopra indicato – il patto parasociale*, le amministrazioni comunali socie sono chiamate all'adozione di una delibera di costituzione e partecipazione indiretta alla NEWCO per il tramite di AGS. Ai sensi dell'art. 5 del d.lgs. n. 175/2016, detta delibera deve assolvere agli obblighi di motivazione analitica, dando atto della necessità di partecipare *indirettamente* alla NEWCO per il perseguimento delle finalità istituzionali della gestione integrata dei rifiuti ed evidenziando le ragioni e le intenzioni che giustificano tale scelta, anche sul piano della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria della partecipazione.

In particolare, il citato art. 5 dispone che «l'atto deliberativo di costituzione di una società a partecipazione pubblica, anche nei casi di cui all'articolo 17, o di acquisto di partecipazioni, anche indirette, da parte di amministrazioni pubbliche in società già costituite deve essere analiticamente motivato con riferimento alla necessità della società per il perseguimento delle finalità istituzionali di cui all'articolo 4, evidenziando, altresì, le ragioni e le finalità che giustificano tale scelta, anche sul piano della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria, nonché di gestione diretta o externalizzata del servizio affidato. La motivazione deve anche dare conto della compatibilità della scelta con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità

dell'azione amministrativa.

2. L'atto deliberativo di cui al comma 1 dà atto della compatibilità dell'intervento finanziario previsto con le norme dei trattati europei e, in particolare, con la disciplina europea in materia di aiuti di Stato alle imprese. Gli enti locali sottopongono lo schema di atto deliberativo a forme di consultazione pubblica, secondo modalità da essi stessi disciplinate.

3. L'amministrazione invia l'atto deliberativo di costituzione della società o di acquisizione della partecipazione diretta o indiretta all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, che può esercitare i poteri di cui all'articolo 21-bis della legge 10 ottobre 1990, n. 287, e alla Corte dei conti, che delibera, entro il termine di sessanta giorni dal ricevimento, in ordine alla conformità dell'atto a quanto disposto dai commi 1 e 2 del presente articolo, nonché dagli articoli 4, 7 e 8, con particolare riguardo alla sostenibilità finanziaria e alla compatibilità della scelta con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa. Qualora la Corte non si pronunci entro il termine di cui al primo periodo, l'amministrazione può procedere alla costituzione della società o all'acquisto della partecipazione di cui al presente articolo.

4. Ai fini di quanto previsto dal comma 3, per gli atti delle amministrazioni dello Stato e degli enti nazionali sono competenti le Sezioni Riunite in sede di controllo; per gli atti delle regioni e degli enti locali, nonché dei loro enti strumentali, delle università o delle altre istituzioni pubbliche di autonomia aventi sede nella regione, è competente la Sezione regionale di controllo; per gli atti degli enti assoggettati a controllo della Corte dei conti ai sensi della legge 21 marzo 1958, n. 259, è competente la Sezione del controllo sugli enti medesimi. La segreteria della Sezione competente trasmette il parere, entro cinque giorni dal deposito, all'amministrazione pubblica interessata, la quale è tenuta a pubblicarlo entro cinque giorni dalla ricezione nel proprio sito internet istituzionale. In caso di parere in tutto o in parte negativo, ove l'amministrazione pubblica interessata intenda procedere egualmente è tenuta a motivare analiticamente le ragioni per le quali intenda discostarsi dal parere e a dare pubblicità, nel proprio sito internet istituzionale, a tali ragioni».

Sul punto si ritiene che il procedimento – sinora seguito – risponda ai requisiti di legge. Più nello specifico, lo schema di atto deliberativo relativo all'acquisto indiretto

di partecipazioni pubbliche, da parte degli Enti locali, nella società NEWCO assolve gli oneri di motivazione analitica, di cui all'art. 5, funzionali all'esplicitazione, da parte dell'amministrazione, delle ragioni sottese alla scelta di acquistare partecipazioni societarie, mediante il rinvio *per relationem* nella motivazione agli atti istruttori e agli approfondimenti svolti dal Consiglio di Bacino che ha valutato e comparato, in relazione alla domanda di servizio, i diversi modelli di gestione utilizzabili.

Nel caso di specie, le amministrazioni comunali condividono uguali esigenze nel perseguimento delle finalità istituzionali e appare, pertanto, perfettamente ammissibile che adottino una delibera di tenore identico. La dimostrazione della sostenibilità finanziaria di tipo oggettivo, concernente le caratteristiche proprie dell'operazione di investimento societario che l'amministrazione intende effettuare, è contenuta nella Relazione del Consiglio di Bacino ove vengono riportate la maggiore facilità di perseguire gli obiettivi di programmazione, pianificazione e monitoraggio sull'andamento della gestione; la possibilità di migliorare il governo dell'infrastruttura e la qualità dei servizi a beneficio della collettività; la realizzazione di economie di scala con conseguente riduzione dei costi, così da guadagnare marginalità da poter investire nell'infrastruttura; la riduzione delle tempistiche del processo di riqualificazione urbana e ambientale nonché la possibilità di promuovere azioni di pianificazione e implementazione di strategie, tutte provviste di idonea analisi a supporto.

Inoltre, sul piano della sostenibilità finanziaria di tipo soggettivo, tesa a ponderare gli effetti dell'investimento in relazione alla situazione finanziaria specifica dell'ente pubblico interessato, la verifica della copertura delle spese legate all'investimento societario è ritagliata sul contributo individuale a carico del bilancio della singola amministrazione procedente, nel rispetto del principio dell'equilibrio di bilancio anche in chiave prospettica.

Infine, possono emergere con chiarezza solo nella documentazione istruttoria del Consiglio di Bacino la dimostrazione del rispetto dei principi di efficienza, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa nel senso di una valutazione di convenienza economica che dia conto sia della funzionalità della soluzione rispetto alle esigenze e agli obiettivi dell'Amministrazione (profilo dell'efficacia) sia del corretto impiego delle risorse pubbliche (ottica dell'efficienza ed economicità). In merito al primo

versante, la motivazione deve rendere note le finalità perseguite mediante lo strumento societario con riguardo ai vantaggi conseguibili in termini di obiettivi di policy, eventualmente sintetizzabili in indicatori di *output* e *outcome*. Quanto al secondo profilo la valutazione dovrà avere ad oggetto il confronto con altre soluzioni gestionali, come la gestione diretta oppure la completa esternalizzazione mediante affidamento del servizio. Ciò dovrà avvenire comparando i benefici e i costi attualizzati delle singole soluzioni possibili.

D'altronde, è il Comitato del Consiglio di Bacino tenuto a dare conto in un'apposita *Relazione* – prima dell'avvio della procedura di affidamento del servizio pubblico, in base all'art. 14, commi 2 e 3 del d.lgs. n. 201/2022 – delle ragioni della scelta della modalità di gestione del servizio sulla base delle caratteristiche tecniche ed economiche del servizio da prestare, inclusi i profili relativi alla qualità del servizio e agli investimenti infrastrutturali, della situazione delle finanze pubbliche, dei costi per l'ente locale e per gli utenti, dei risultati prevedibilmente attesi in relazione alle diverse alternative, anche con riferimento a esperienze paragonabili, nonché dei risultati della eventuale gestione precedente del medesimo servizio sotto il profilo degli effetti sulla finanza pubblica, della qualità del servizio offerto, dei costi per l'ente locale e per gli utenti e degli investimenti effettuati.

Correttamente detta *Relazione* è integrata con il piano economico-finanziario – contenente anche la proiezione, su base triennale e per l'intero periodo di durata dell'affidamento, dei costi e dei ricavi, degli investimenti e dei relativi finanziamenti, nonché la specificazione dell'assetto economico-patrimoniale della società, del capitale proprio investito e dell'ammontare dell'indebitamento, da aggiornare ogni triennio –, asseverato da un istituto di credito, nonché è accompagnata dall'approfondimento istruttorio di cui all'art. 17, comma 2 del d.lgs. n. 201/2022, laddove sono indicate le ragioni del mancato ricorso al mercato ai fini di un'efficiente gestione del servizio, illustrando, anche sulla base dell'istruttoria e degli indicatori, i benefici per la collettività della forma di gestione *in house* con riguardo agli investimenti, alla qualità del servizio, ai costi dei servizi per gli utenti, all'impatto sulla finanza pubblica, nonché agli obiettivi di universalità, socialità, tutela dell'ambiente e accessibilità dei servizi.

In conclusione, **appare corretto che la delibera rinvii per *relationem* – fatta**

*eccezione per i profili di sostenibilità finanziaria di tipo soggettivo – all’approfondimento istruttorio e decisionale del Consiglio di Bacino – che opera, come sopra evidenziato, in nome e per conto dei Comuni – anche in ragione della complessità dell’operazione sottoposta ad esame. È la documentazione del Consiglio di Bacino quella da cui emerge la compatibilità dell’operazione con i requisiti della sostenibilità finanziaria e della convenienza economica, declinata nei canoni dell’efficienza, efficacia ed economicità, nonché l’affidabilità e l’attendibilità delle stime effettuate, ai fini di una valutazione complessiva di coerenza e ragionevolezza delle conclusioni sull’affidamento, nonché la necessità di tale modello di *governance* per il perseguimento delle finalità istituzionali.*

* * * * *

Si ringrazia per la fiducia accordata e si resta a disposizione per qualsiasi chiarimento si rendesse necessario.

Roma, 8 luglio 2025

Prof. Avv. Marco Macchia