

# Obblighi di razionalizzazione e affidamenti, scelte strategiche e controlli: gli EL nel labirinto dei rapporti con le partecipate

di Michele Nico - Dirigente comunale ed esperto in materia di servizi pubblici locali

Nel 2016 si è verificata una svolta epocale nei rapporti tra enti locali e società partecipate, con l'emanazione del testo unico sulle società a partecipazione pubblica (D.Lgs. n. 175/2016) che ha delineato, dopo anni d'incertezza, un quadro normativo organico in materia.

Il testo unico, in parte ricognitivo e in parte innovativo rispetto alla precedente disciplina, ha introdotto un sistema di obblighi, incombenze e adempimenti con l'effetto di accentuare sensibilmente la responsabilità della PA nell'esercizio delle prerogative di socio.

Di qui l'esigenza che ogni ente titolare di partecipazioni si adegui al nuovo tessuto normativo, attivando un processo di riorganizzazione della macrostruttura, per supportare al meglio gli organi elettivi del governo locale.

## Il processo di razionalizzazione delle partecipate

La responsabilità connessa alle scelte decisionali dell'ente pubblico in campo societario emerge con tutta evidenza in rapporto al processo di razionalizzazione delle partecipate, che l'art. 20 del D.Lgs. n. 175/2016 ha introdotto quale obbligo a regime da adempiersi entro il 31 dicembre di ogni anno.

Le criticità che l'ente locale deve affrontare su questo versante si articolano su molteplici fronti, che spaziano dall'organizzazione dei servizi locali alla gestione del sistema di controlli che l'amministrazione è tenuta a istituire, laddove scelga di avvalersi dello strumento societario per perseguire le proprie finalità istituzionali.

In vista del piano di razionalizzazione previsto dal suddetto art. 20, gli Enti locali titolari di partecipazioni sono tenuti a valutare con periodicità i sistemi di verifica e le metodologie più appropriate per dare corso ad adempimenti che, nella maggior parte dei casi, presentano una notevole complessità.

Sotto il profilo operativo, il reperimento delle informazioni da inserire nella relazione tecnica a corredo del piano presuppone non soltanto un accurato

lavoro di raccolta dati da parte del socio pubblico, ma anche un ruolo di fattiva collaborazione delle società partecipate, specie ove queste – come accade nelle amministrazioni locali di maggiori dimensioni – detengano a loro volta quote in altre società le quali, in quanto partecipazioni indirette dell'ente socio, rientrano a pieno titolo nella platea degli organismi strumentali da considerare nella ricognizione imposta dal processo di razionalizzazione.

Ma al di là del metodo di lavoro, la parte più delicata dell'istruttoria è legata ai criteri previsti dall'art. 20, comma 2, del testo unico, trattandosi di criteri sulla base dei quali l'ente interessato deve eseguire l'analisi delle proprie partecipazioni predisponendo, all'occorrenza, "un piano di riassetto per la loro razionalizzazione, fusione o soppressione, anche mediante messa in liquidazione o cessione".

Mentre vi sono alcuni criteri la cui applicazione presuppone un certo automatismo - si vedano, al comma 2, i requisiti di cui alla lett. b) (società prive di dipendenti o che abbiano più amministratori che dipendenti) o lettera d) (partecipazioni in società che, nel triennio precedente, non abbiano conseguito un fatturato medio superiore alla soglia minima prescritta) - altri criteri richiedono invece l'esercizio

di indagine ben più approfondita, che presenta un carattere di elevata complessità.

È questo il caso di cui alla lettera c) del comma 2, secondo il quale l'ente è tenuto a rilevare le "partecipazioni in società che svolgono attività analoghe o similari a quelle svolte da altre società partecipate o da enti pubblici strumentali", in vista di un intervento di razionalizzazione che punti a una riduzione degli asset societari e a un conseguente risparmio di spesa.

Tale criterio, in buona sostanza, punta al taglio dei rami secchi mediante l'eliminazione delle società "doppione", in esito a un'accurata analisi delle funzioni esternalizzate da cui risulti la possibilità per l'ente di semplificare l'articolazione organizzativa preposta all'esercizio delle attività e dei servizi di pubblico interesse.

Non si tratta, evidentemente, di un mero *restyling* dell'oggetto sociale degli statuti degli organismi partecipati, bensì di un vaglio afferente alle funzioni da essi svolte sulla base dei vari contratti di servizio stipulati con l'ente.

Si consideri che, per questo aspetto, l'ente socio deve prendere in esame non solo le società partecipate, ma anche gli organismi privi di natura societaria operanti sul territorio, come le aziende speciali, le istituzioni e le fondazioni.

La disamina dovrebbe occuparsi, in concreto, dell'attività svolta da ogni organismo strumentale, considerando le prestazioni svolte, gli obiettivi perseguiti e i risultati attesi, per poi individuare il modulo organizzativo da mantenere alla luce del miglior rapporto costi/benefici.

Di qui la decisione di procedere alla cessione, dismissione o liquidazione degli organismi partecipati meno funzionali, con l'indicazione delle motivazioni, delle tempistiche e delle azioni di contenimento dei costi che hanno motivato la scelta dell'ente.

Tale scelta, fondata su idonee valutazioni comparative per dimostrare l'efficienza del modello organizzativo prescelto, non può ignorare il delicato problema dei dipendenti dell'organismo da dismettere, che l'ente locale è in grado di assorbire, in caso di reinternalizzazione di servizi, soltanto entro i ristretti limiti di cui all'art. 19, comma 8, del D.Lgs. n. 175/2016.

È fuor di dubbio che siffatti interventi di riordino e razionalizzazione richiedono un forte impegno di risorse umane e un considerevole arco di tempo in preparazione del piano da adottarsi entro la scadenza di fine anno.

D'altra parte, va considerato che il processo di razionalizzazione imposto a cadenza periodica dal D.Lgs. n.

175/2016 non solo è soggetto al vaglio sia della Corte dei conti, sia della struttura di controllo del Mef, ma risulta presidiato da pesanti sanzioni, tanto che la mancata adozione del piano può comportare il pagamento di una sanzione da un minimo di euro 5.000 a un massimo di euro 500.000, oltre all'eventuale danno erariale (art. 20, comma 7, del D.Lgs. n. 175/2016).

Né il piano di razionalizzazione può limitarsi a descrivere genericamente le future azioni da intraprendere o il modo con cui si intenderà analizzare le relative partecipazioni societarie, dacché l'ente, come ha più volte affermato la Corte dei conti, deve svolgere in concreto tale analisi, puntando a ridurre le partecipazioni e contenere i costi di funzionamento dei soggetti societari, entro tempi certi e con risparmi effettivi da conseguire (*ex multis*: Sez. di controllo Piemonte, delibera n. 25/2016/VSG).

### ***L'affidamento in house della gestione: vincoli, cautele e avvertenze***

Nell'ambito del processo di razionalizzazione sopra descritto, assume un'importanza di primo piano il ruolo delle società *in house*, utilizzate da molti Comuni per garantire il disimpegno dei servizi di interesse generale sul territorio.

Nell'affrontare questo argomento va tenuto presente che negli ultimi anni l'istituto *in house providing* è stato assoggettato a una serie di vincoli normativi stringenti, che impongono una particolare cautela nell'impiego di tale modulo organizzativo.

Nello specifico, la legittimità del ricorso all'affidamento *in house* non soltanto presuppone l'accertamento dei requisiti prescritti dal diritto comunitario, ma richiede la dimostrazione che la deroga al principio della concorrenza nel mercato è giustificata da obiettivi di interesse generale, posto che secondo il principio di buon andamento la modalità di affidamento prescelta deve sempre essere quella che minimizza i costi di fornitura del servizio.

In questo senso, la valutazione comparativa e l'analisi di mercato risultano necessarie non solo se prescritte dalla normativa di settore, ma in base al principio d'imparzialità e di buon andamento della PA (art. 97 Cost.) e all'obbligo di motivazione dell'atto amministrativo (art. 3 della Legge n. 241/1990).

Ne consegue che la scelta dell'Ente locale sulle modalità di organizzazione dei servizi pubblici locali, e in particolare l'opzione tra modello *in house* e ricorso al mercato, deve basarsi sui noti parametri d'esercizio delle scelte discrezionali, cioè:

- a) valutazione comparativa degli interessi pubblici e privati coinvolti;
- b) individuazione del modello più efficiente ed economico;
- c) adeguata istruttoria e motivazione.

Trattandosi di una scelta discrezionale, la stessa è sindacabile ove essa “appaia priva di istruttoria e motivazione, ossia viziata da travisamento dei fatti, palesemente illogica o irrazionale” (Cds, sez. VI, n. 762/2013).

Con la sentenza n. 1900/2016 il Consiglio di Stato, Sez. V, si è pronunciato sul tema degli affidamenti *in*

*house* affermando che la scelta di tale modello organizzativo per gestire i servizi pubblici locali esige una motivazione analitica, puntuale e circostanziata, senza la quale l'intero processo di esternalizzazione risulta inficiato da illegittimità.

Il parametro di valutazione era costituito, nel caso di specie, da una puntuale motivazione circa le ragioni di fatto e di convenienza che giustificano la scelta fondamentale intrapresa, alla luce dei principi di trasparenza introdotti dall'art. 34, commi 20 e seguenti, del D.L. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito con Legge n. 221/2012:

## Articolo 34

[...]

20. Per i servizi pubblici locali di rilevanza economica, al fine di assicurare il rispetto della disciplina europea, la parità tra gli operatori, l'economicità della gestione e di garantire adeguata informazione alla collettività di riferimento, l'affidamento del servizio è effettuato sulla base di apposita relazione, pubblicata sul sito internet dell'ente affidante, che dà conto delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta e che definisce i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e servizio universale, indicando le compensazioni economiche se previste.

21. Gli affidamenti in essere alla data di entrata in vigore del presente decreto non conformi ai requisiti previsti dalla normativa europea devono essere adeguati entro il termine del 31 dicembre 2013 pubblicando, entro la stessa data, la relazione prevista al comma 20. Per gli affidamenti in cui non è prevista una data di scadenza gli enti competenti provvedono contestualmente ad inserire nel contratto di servizio o negli altri atti che regolano il rapporto un termine di scadenza dell'affidamento. Il mancato adempimento degli obblighi previsti nel presente comma determina la cessazione dell'affidamento alla data del 31 dicembre 2013.

22. Gli affidamenti diretti assentiti alla data del 31 dicembre 2004 a società a partecipazione pubblica già quotate in mercati regolamentati a tale data e a quelle da esse controllate ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile alla medesima data, cessano alla scadenza prevista nel contratto di servizio o negli altri atti che regolano il rapporto; gli affidamenti che non prevedono una data di scadenza cessano, improrogabilmente e senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante, il 31 dicembre 2020. Gli affidamenti diretti a società poste, successivamente al 31 dicembre 2004, sotto il controllo di società quotate a seguito di operazioni societarie effettuate in assenza di procedure conformi ai principi e alle disposizioni dell'Unione europea applicabili allo specifico affidamento cessano, improrogabilmente e senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante, il 31 dicembre 2018 o alla scadenza prevista nel contratto di servizio o negli altri atti che regolano il rapporto, se anteriori. (comma così sostituito dall'art. 8, comma 1, legge n. 115/2015)

Tale normativa impone, secondo i giudici di Palazzo Spada, “un dettagliato e più aggravato onere motivazionale”, per il fatto di subordinare la legittimità della delibera afferente la modalità di gestione dei servizi pubblici locali all'elaborazione di un'apposita relazione che dia conto delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma dell'affidamento prescelta e che definisca i contenuti specifici degli obblighi di servizio, indicando le compensazioni economiche se previste.

Si tratta di un adempimento articolato e tuttora in vigore, che obbliga l'ente affidante a valutare le possibili forme di gestione in astratto praticabili, in maniera da orientare l'opzione da assumere sulla base di elementi concreti e riscontrabili, nello sforzo di valutare al meglio le ragioni di pubblico interesse sottese alla scelta in concreto individuata.

Si può notare che nella vicenda in esame il Comune affidante si era formalmente attenuto al rispetto dell'art. 34, comma 20, del D.L. n. 179/2012, approvando la relazione di verifica ivi prevista.

I giudici osservano però che tale relazione “*non contiene alcuna valutazione di tipo concreto, riscontrabile, controllabile, intellegibile e pregnante sui profili della convenienza, anche non solo economica, della gestione prescelta, limitandosi per contro ad apodittici riferimenti alla gestione in house che, come tali, sono da ritenersi privi di quel livello di concreta pregnanza richiesto per soddisfare l'onere di motivazione*”.

È quindi la mancanza di un'approfondita motivazione che assume un rilievo dirimente, tanto da rendere illegittimo l'affidamento del servizio alla partecipata e travolgere la validità degli atti a supporto del procedimento amministrativo, a prescindere da ogni ulteriore valutazione circa la natura giuridica del soggetto affidatario.

Tale pronuncia sugli affidamenti *house* anticipa, per così dire, la disciplina di rigore prevista dal legislatore nazionale e comunitario nel recente periodo.

L'orizzonte normativo entro cui si colloca l'*iter* di esternalizzazione è costituito – oltre che dai principi in tema di affidamento *in house*, di cui alle direttive europee 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE, nonché di cui agli artt. 5 del D.Lgs. n. 50/2016 e 16 del

D.Lgs. n. 175/2016 – dall’art. 192 del D.Lgs. n. 50/2016, da interpretarsi alla luce delle linee guida dell’ANAC (delibera n. 235/2017 e successive modifiche).

A decorrere dal 15 gennaio 2018, l’inoltro all’Autorità della domanda di iscrizione all’albo da parte degli enti mediante l’apposito applicativo on line costituisce il presupposto oggettivo che legittima l’affidamento *in house*, il quale potrà aver luogo solo in caso di esito positivo dell’istruttoria da parte dell’ANAC, tenuta a concludere l’*iter* entro 90 giorni (salvo l’eventuale sospensione dei termini per chiarimenti e delucidazioni).

La delibera n. 235/2017 precisa che l’*Authority* non limita il vaglio alle sole norme statutarie, ma dà corso a un’ampia verifica “attraverso una valutazione complessiva di tutte le circostanze del caso, mediante l’esame degli atti costitutivi, degli statuti e dei patti parasociali degli organismi coinvolti”, potendo “richiedere ulteriore documentazione utile, quale – a titolo esemplificativo – delibere assembleari, determinazioni dell’organo amministrativo, contratti di affidamento, documenti di programmazione, ecc., laddove ritenuti utili per la completezza dell’istruttoria”.

Sotto questo profilo, l’*iter* di iscrizione all’elenco di cui all’art. 192 del D.Lgs. n. 50/2016 è un banco di prova per la verifica dei presupposti che legittimano gli affidamenti *in house*, non solo nei confronti delle società *in house*, ma anche degli organismi strumentali privi di natura societaria.

A riprova di ciò, l’atto di accertamento negativo da parte dell’ANAC comporterebbe l’oggettiva impossibilità di eseguire affidamenti diretti nei confronti dell’organismo *in house* sottoposto a verifica, con conseguenze di grande impatto per l’erogazione dei servizi sul territorio.

Si precisa che qualora il Comune ignorasse il riscontro negativo dell’ANAC all’istanza di iscrizione, l’affidamento *in house* avrebbe luogo in forma illegittima e ogni pagamento di corrispettivo per la gestione del servizio sarebbe suscettibile di generare forme di responsabilità erariale.

Nell’ambito dei rapporti con l’ANAC, ogni variazione degli elementi adottati nella relazione tra l’ente pubblico e l’organismo partecipato dovrà essere tempestivamente comunicata all’Autorità (sempre mediante l’applicativo *on-line*), che si riserva di eseguire controlli periodici a campione per accertare il mantenimento o la perdita delle condizioni necessarie per l’iscrizione.

Si ribadisce che con la perdita dei requisiti e la cancellazione dall’elenco l’ente aggiudicatore non potrà proseguire con l’autoproduzione di servizi avvalendosi dello specifico organismo *in house*, oggetto di accertamento.

Si ricorda, infine, che la mancata trasmissione all’Autorità delle informazioni o dei documenti richiesti con l’applicativo on line o la trasmissione di informazioni e/o documenti non veritieri può comportare l’applicazione di sanzioni pecuniarie fino a 50 mila euro da parte dell’ANAC, ai sensi dell’art. 213, comma 13, del codice dei contratti.

Il comma 2 dell’art. 192 del D.Lgs. n. 50/2016 – da cui la suddetta delibera n. 235/2017 prende le mosse – impone all’ente locale affidante un obbligo di motivazione preventiva con cui valutare la congruità economica dell’offerta del soggetto *in house*, con riferimento ai seguenti elementi:

- oggetto;
- valore della prestazione;
- ragioni del mancato ricorso al mercato;
- benefici per la collettività della forma di gestione prescelta;
- obiettivi plurimi di universalità e socialità, efficienza, economicità e qualità del servizio;
- impiego ottimale delle risorse pubbliche.

In questa cornice, la legittimità del ricorso all’affidamento *in house* richiede da un lato la sussistenza dei requisiti giuridici previsti per questo genere di affidamento, e, dall’altro, la dimostrazione che la deroga al principio della concorrenza nel mercato sia giustificata da obiettivi di interesse generale.

Nella logica descritta, a livello di affidamento dell’attività da esternalizzare l’economicità va intesa come contenimento dei costi, in relazione ai livelli e alla qualità dei servizi erogati.

Tenuto conto di ciò, l’art. 192, comma 2, del D.Lgs. n. 50/2016 impone di motivare con “le ragioni del mancato ricorso al mercato”, rendendo di fatto obbligatoria un’indagine preventiva di mercato da parte della PA, al fine di verificare la congruità delle condizioni economiche proposte per l’erogazione dei servizi *in house*, nella logica del rapporto qualità/prezzo.

Si rileva che la congruità della spesa prevista per l’affidamento di un servizio *in house* deve essere attestata, nell’ambito dell’ente locale, dal responsabile dell’ufficio che dispone tale affidamento (1).

Tale dichiarazione non dovrà consistere in semplici formule di stile, ma deve essere ancorata a riferimenti

(1) In dottrina si è rilevato che “il giudizio di congruità rappresenta oggi il passaggio più delicato della decisione di utilizzare lo

strumento dell’*in house*, dal momento che dalla sua correttezza o meno possono derivare rilevanti profili di responsabilità in capo

concreti, indicando analiticamente il termine di confronto che induce a ritenere congrua la spesa.

L'affidamento *in house* deve perciò avvenire attraverso una comparazione che dimostri la convenienza dell'affidamento diretto, che costituisce pur sempre una deroga alle regole del mercato e della concorrenza.

Sempre a tale riguardo, si rammenta che la Legge 147/2013 (Legge di stabilità 2014), all'art. 1, comma 553, coinvolge le società partecipate nella realizzazione degli obiettivi di finanza pubblica con l'onere di perseguire la sana gestione dei servizi secondo criteri di economicità e di efficienza, individuando i parametri standard di riferimento per i servizi strumentali nei prezzi di mercato per prestazioni similari, e stabilendo che il costo dei contratti di servizio non può essere superiore a quello praticato in regime di concorrenza.

Ne consegue che se dall'offerta *in house* emergono prezzi superiori a quelli di mercato, l'ente dovrebbe negoziare con la società e spuntare migliori condizioni economiche, e là dove questo non fosse possibile, i servizi dovrebbero essere messi a gara.

### **Gli affidamenti in house e i dubbi sulla disciplina nazionale**

Di fronte a questi vincoli così stringenti per l'*in house providing*, nel recente periodo la magistratura ha avanzato dubbi e perplessità sul quadro normativo in materia, il cui rigore sembra oltrepassare di gran lunga i limiti posti dal diritto comunitario per il ricorso all'autoproduzione di servizi.

Con l'ordinanza n. 138/2019 del 7 gennaio 2019 il Consiglio di Stato, Sez. V, ha sospeso il giudizio di appello per la riforma della sentenza del TAR Abruzzo n. 33/2018 e ha rimesso all'esame della Corte di Giustizia europea alcune questioni pregiudiziali, chiedendo una verifica della normativa nazionale in rapporto al diritto comunitario in tema di affidamenti house.

Tra i quesiti posti merita rilievo il dubbio di legittimità in ordine al disposto di cui all'articolo 192 del D.Lgs. n. 50/2016 (codice dei contratti), là dove si prevede un onere di motivazione "aggravata" per l'amministrazione che intenda optare per l'affidamento *in house* del servizio.

In questo contesto, la legittimità del ricorso all'affidamento *in house* non richiede soltanto l'accertamento dei requisiti prescritti dal diritto comunitario, ma la dimostrazione che la deroga al

principio della concorrenza nel mercato è giustificata da obiettivi di interesse generale, posto che secondo il principio di buon andamento la modalità di affidamento prescelta deve sempre essere quella che minimizza i costi di fornitura del servizio.

Questo impianto normativo, scrivono i giudici nell'ordinanza in esame, si colloca in una linea di continuità con un orientamento decennale che prende le mosse dall'art. 23-bis del D.L. n. 112/2008 convertito nella Legge 6 agosto 2008, n. 133, in seguito abrogato dal referendum popolare del 12 giugno 2011.

Tale orientamento ha poi ottenuto l'avallo della Corte Costituzionale, che con sentenza n. 325/2010 ha riconosciuto la possibilità per l'ordinamento nazionale di introdurre "limitazioni dell'affidamento diretto più estese di quelle comunitarie", allo scopo di restringere ulteriormente le eccezioni alla regola della gara ad evidenza pubblica.

Per inciso, con la pronuncia n. 46/2013 la Consulta ha ribadito che l'affidamento in regime di delegazione interorganica costituisce "un'eccezione rispetto alla regola generale dell'affidamento a terzi mediante gara ad evidenza pubblica".

Ora Palazzo Spada solleva perplessità su questa impostazione che, di fatto, penalizza il ricorso agli affidamenti *in house* e sembra violare il principio di libertà e di autodeterminazione della PA nel gestire l'attività economica di sua pertinenza.

Viene posta al vaglio, in particolare, la previa necessità per l'ente di dimostrare il fallimento del mercato, quale condizione sostanziale e pregiudiziale per dare corso all'affidamento *in house* di un determinato servizio.

Questo vincolo, secondo i giudici, rappresenta un'indebita compressione del principio di autoproduzione dei servizi da parte della PA, che risulta formalmente sancito dal diritto comunitario.

Nell'ordinanza si legge che "per l'ordinamento Ue gli affidamenti *in house* (...) non sembrano posti in una posizione subordinata rispetto agli affidamenti con gara; al contrario, sembrano rappresentare una sorte di *prius* logico rispetto a qualunque scelta dell'amministrazione pubblica in tema di autoproduzione o esternalizzazione dei servizi di proprio interesse ... Il che sembra corrispondere a elementari esigenze di economia, per cui ci si rivolge all'esterno solo quando non si è ben in grado di provvedere da soli: nessuno, ragionevolmente, si rivolge ad altri quando è in grado di provvedere, e meglio, da solo".

all'ente azionista, cui è demandato tale giudizio". Zito, Il T.U. in materia di società a partecipazione pubblica: per un primo

inquadramento sistematico delle novità più rilevanti, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), n. 1-2017).

Questo assunto è corroborato da molteplici richiami tratti dalle direttive CE e dalle Comunicazioni interpretative, che convergono nell'asserire che nessuna disposizione comunitaria obbliga gli Stati membri ad affidare a terzi o a esternalizzare la prestazione di servizi che desiderano prestare essi stessi od organizzare con strumenti diversi dagli appalti pubblici.

Il quesito posto alla Corte di Giustizia in ordine all'art. 192 del codice dei contratti e all'onere di specifica motivazione ivi previsto per gli affidamenti *in house* potrebbe risolversi in un intervento del legislatore volto a ristabilire una piena equiordinazione fra le diverse modalità di assegnazione dei servizi di interesse generale, per agevolare il ricorso al sistema di autoproduzione in alternativa al modello di esternalizzazione.

Le spinte in questa direzione non mancano sul territorio, anche per il fatto che gli investimenti sostenuti dagli enti per costituire le società *in house* potrebbero essere messi a repentaglio da un impianto che favorisce il principio dell'assegnazione dei contratti mediante gara, relegando a un ambito residuale ed eccezionale l'opzione dell'*in house providing*.

È il caso di rammentare al riguardo che con l'ordinanza n. 886/2018 del 15 novembre 2018 il TAR Liguria, Sez. II, ha ritenuto non manifestamente infondata la questione di costituzionalità sollevata in ordine al medesimo art. 192, nella parte in cui esso dispone che le stazioni appaltanti diano conto nella motivazione del provvedimento di affidamento *in house* documentando "le ragioni del mancato ricorso al mercato".

Ad avviso del TAR, un obbligo così stringente potrebbe essere illegittimo per contrasto con l'articolo 76 della Costituzione, nonché per discordanza con l'art. 1 della Legge n. 11/2016, recante deleghe al Governo per l'attuazione delle direttive comunitarie in materia. Come si vede, si tratta di segnali convergenti lanciati dalla giurisprudenza, che destano una forte attesa nelle amministrazioni locali, per lo più convinte che la scelta organizzativa dell'*in house* debba essere considerata come un'opzione normale e ordinaria, in alternativa alla scelta della procedura di gara per acquisire i servizi necessari al funzionamento della PA.

### **La governance societaria e la discrezionalità decisionale del socio**

La magistratura contabile ha rilevato in più occasioni che dopo l'entrata in vigore del D.Lgs. n. 175/2016 il

socio pubblico è tenuto a monitorare con cura la governance delle società pubbliche, stante l'onere di specifica motivazione per la nomina del Cda in luogo dell'amministratore unico.

A riprova di ciò, si può evocare la delibera n. 6/2019/VSG della Corte dei conti, Sezione di controllo per le Marche, con la quale i giudici eseguono una verifica a tappeto sulla *governance* delle società a controllo pubblico partecipate da una Provincia, sulla base delle informazioni ottenute da tale ente in ordine al recepimento, da parte delle società interessate, della disciplina prevista dall'art. 11, commi 2 e 3, del D.Lgs. n. 175/2016 (testo unico sulle società a partecipazione pubblica).

Secondo tale previsione l'organo amministrativo delle società a controllo pubblico è costituito, di regola, da un amministratore unico, salvo che l'assemblea dei soci decida di affidare la guida della società a un consiglio di amministrazione composto da 3 o 5 membri, sulla base di un'apposita delibera motivata da inviarsi alla Sezione regionale della Corte dei conti e alla struttura di controllo del Mef. Questa disciplina, avente carattere innovativo rispetto a quanto previsto fino all'entrata in vigore del testo unico, comporta specifici obblighi di controllo e monitoraggio da parte degli enti soci sulle partecipate.

Il vigente comma 3 dell'art. 11, come ricordano i giudici, risponde a finalità di razionalizzazione e di contenimento della spesa pubblica, recando un disposto che è stato riformulato dal D.Lgs. n. 100/2017 (c.d. "decreto correttivo") rispetto alla versione originaria, che demandava a un D.P.C.M. il compito di definire i criteri per poter ricorrere a un Cda nelle società pubbliche, in alternativa alla regola dell'amministratore unico.

Il testo dell'articolo rimette ora alle medesime società – e, quindi, all'apprezzamento discrezionale degli enti soci – la decisione sulla *governance* ritenuta più funzionale, da determinarsi con una delibera di assemblea che giustifichi la scelta in base a "specifiche ragioni di adeguatezza organizzativa e tenendo conto delle esigenze di contenimento dei costi".

Va riconosciuto che il proposito originario di accentrare le strategie di *governance* delle partecipate locali con un decreto ministeriale avrebbe dettato regole uniformi per organizzazioni societarie molto diverse tra loro, con il rischio di provocare disfunzioni e inefficienze sul territorio.

Infatti, l'esigenza di porre al vertice di una società un Cda o un amministratore unico presuppone

un'accurata analisi dei processi organizzativi aziendali, e non dipende solo da criteri o indicatori "esterni", come il volume di fatturato dell'impresa, la quantità di lavoratori impiegati o il numero di enti soci serviti.

In ogni caso, la pronuncia in commento evidenzia che la Corte dei conti, cui vanno trasmesse le delibere assembleari per la nomina di un organo collegiale alla guida delle partecipate, non si limita a un mero controllo formale, ma dà corso a una puntuale attività di verifica in materia.

Nel caso di specie, la Sezione ricostruisce preliminarmente il portafoglio azionario in mano alla Provincia interessata, e concentra l'attenzione sugli organi di vertice delle società partecipate.

La verifica ha per oggetto la composizione degli organi amministrativi e i compensi determinati per l'esercizio della carica, il cui importo (ivi compresa l'eventuale remunerazione per particolari cariche) non può superare l'80 per cento del costo complessivamente sostenuto dall'ente nell'anno 2013, ai sensi dell'articolo 4, comma 4, del D.L. 95/2012, convertito in Legge 135/2012.

Per quanto poi riguarda il processo decisionale relativo alla composizione degli organi societari, va evidenziato il rigore con cui il collegio esegue la verifica in ordine all'attuazione di quanto previsto dal sopra citato art. 11, comma 3, del testo unico.

Nello specifico, rispetto a una società a controllo pubblico operante nel settore del mercato agroalimentare, ove la Provincia detiene l'esigua quota del 5,35 per cento, la Sezione raccomanda all'ente socio di procedere alle necessarie verifiche in modo che la partecipata si attivi per adottare la delibera assembleare di cui al suddetto disposto, posto che l'attuale decisione di nomina del Cda con 3 componenti "non illustra le motivazioni in ordine all'esistenza di specifiche ragioni di adeguatezza organizzativa che hanno indotto a operare la scelta dell'organo collegiale, e non è pertanto supportata da una serie di dati ed elementi concreti e puntuali riguardanti in particolare la struttura organizzativa, le dimensioni, l'ambito di operatività e i risultati economico-finanziari raggiunti".

Si rileva che un'altra società controllata dalla Provincia, a differenza della precedente, si è adoperata per nominare un organo amministrativo collegiale nelle forme prescritte, mediante delibera assembleare che illustra le ragioni di adeguatezza organizzativa a supporto della scelta dell'organo collegiale, con una serie di dati ed elementi concreti e puntuali.

Il collegio osserva che la società, nel disimpegno di tale adempimento, ha peraltro evidenziato, nel corso del tempo, una sostanziale invarianza dei costi gestionali per i compensi all'organo collegiale amministrativo.

Tutto questo però non basta, scrivono i giudici, perché la società "non si sofferma su valutazioni specifiche idonee a dimostrare che la scelta operata, in deroga alla regola dell'amministratore unico, sia coerente rispetto a detta esigenza e non comporti un irrazionale aggravio di spese".

Questo rilievo è sufficiente per far emergere la necessità di una maggiore specificazione delle motivazioni addotte a fondamento della scelta operata, per cui il collegio chiede all'assemblea dei soci di adottare un'ulteriore delibera integrativa, da trasmettersi anch'essa, al pari della prima, alla Sezione regionale e alla competente struttura di controllo del Mef.

In definitiva, il rigore della Corte giustifica la massima cura nel definire la scelta di *governance* societaria, con la necessità di tenere presente che la nomina di un organo collegiale alla guida della società a controllo pubblico è pur sempre una deroga alla norma di principio dell'amministratore unico.

### **La relazione sul governo societario è un obbligo inderogabile**

Sempre con riguardo ai profili di responsabilità posti a carico del socio pubblico, c'è da rilevare che la mancanza della relazione sul governo societario è sempre una criticità da sanare nei rapporti tra ente locale e partecipate.

A titolo esemplificativo, con la delibera n. 6/2019/PRSE la Corte dei conti, Sezione di controllo per l'Emilia-Romagna, rileva, in sede di esame del bilancio di previsione e del rendiconto 2016 di un Comune, che non tutte le società controllate dall'ente hanno provveduto a predisporre la relazione sul governo societario *ex art.* 6, comma 4, del D.Lgs. n. 175/2016.

Nel contesto organizzativo preso in esame dalla Sezione due società partecipate in via indiretta dal Comune – per il tramite della *holding* interamente controllata al medesimo ente – non avevano predisposto la relazione sul governo societario per l'anno 2016, di modo che le società hanno provveduto a inserire tale relazione nelle note integrative dei rispettivi bilanci d'esercizio 2017, dopo i ripetuti solleciti promossi sia dalla *holding* controllante che dallo stesso Comune socio.

A fronte di tale ritardo, la Sezione prende atto dell'intervenuta "sanatoria" e coglie l'occasione per ribadire che "le società controllate sono tenute a predisporre annualmente, a chiusura dell'esercizio sociale, la relazione in questione, che deve essere pubblicata contestualmente al bilancio d'esercizio". Il collegio aggiunge che la mancata presentazione della relazione in parola "costituisce violazione di un obbligo di legge da parte dell'organo amministrativo censurabile dal collegio sindacale della società, e rilevabile anche dall'ente socio nell'ambito delle verifiche ad esso spettanti".

Di qui l'invito all'ente locale e al relativo organo di revisione di porre rimedio alla criticità evidenziata, nell'ambito dei doveri di vigilanza sulla regolarità contabile ed economico-finanziaria della gestione.

I rilievi della Sezione Emilia-Romagna confermano che gli strumenti di controllo societario introdotti dal combinato disposto degli artt. 6 e 14 del Tusp per prevenire la crisi d'impresa comportano un preciso obbligo dei responsabili amministrativi e dei sindaci di dare corso alle verifiche del caso sul programma di valutazione del rischio aziendale, anche per fornire riscontro alle domande contenute nel questionario (Siquel) relativo al rendiconto dell'ente.

È inoltre il caso di ricordare che il D.Lgs. n. 175/2016 non disciplina in modo dettagliato il contenuto della relazione sul governo societario, ma si limita a indicare che in essa confluiscono il programma di valutazione del rischio di crisi aziendale (art. 6, comma 2), gli ulteriori strumenti di governo societario (art. 6, comma 3) oppure le ragioni per cui questi ultimi non sono stati adottati (art. 6, comma 5).

Fatto sta che le società a controllo pubblico sono obbligate a predisporre la relazione sul governo societario con cadenza annuale e a pubblicarla contestualmente al bilancio di esercizio, anche al fine di illustrare l'adozione delle misure di rafforzamento

della *governance* individuate dalla società in considerazione delle proprie dimensioni, delle caratteristiche organizzative o dell'attività svolta.

Tra le scelte da prendere a garanzia di un corretto governo societario ha valenza prioritaria l'adozione dei regolamenti interni volti a garantire la conformità dell'attività della società alle norme di tutela della concorrenza, sia allo scopo di mettere a punto le procedure più adeguate nell'acquisizione di beni e servizi sul mercato, sia per evitare contenziosi o sanzioni da parte dell'Antitrust per comportamenti impropri o pratiche scorrette.

Non va trascurata, tra l'altro, la costituzione di un ufficio di controllo interno, strutturato secondo criteri di adeguatezza rispetto alla dimensione e alla complessità della società, e con una missione collaborativa con l'organo di controllo statutario.

Rispetto a tali iniziative gioca un ruolo fondamentale la relazione sul governo societario, che per quanto non sia presidiata a livello normativo da sanzioni nel caso di omesso o incompleto adempimento della relativa prescrizione, permane un indice tangibile di buona amministrazione ed è oggetto di specifico controllo da parte dei giudici contabili.

## Conclusioni

Tirando le somme, quanto finora esposto porta a ribadire l'esigenza che il Comune titolare di partecipazioni societarie – a prescindere dalle dimensioni demografiche più o meno rilevanti dell'ente – abbia cura di istituire un ufficio partecipate all'interno della macrostruttura, dacché l'insieme dei molteplici procedimenti che fanno capo ai rapporti tra il socio pubblico e gli organismi partecipati giustifica, nella maggior parte dei casi, un centro autonomo di responsabilità, quale posizione di snodo e di supporto per le scelte strategiche del governo locale.