

Questione pregiudiziale ai sensi dell'articolo 51 del Regolamento per il funzionamento del consiglio comunale: ritiro del terzo punto all'ordine del giorno avente ad oggetto la proroga triennale dell'affidamento dei servizi complementari alla società A.S.I.P.U. srl.

Ponendo tale questione pregiudiziale non intendo affermare o negare che i servizi indicati nella proposta di delibera debbano essere affidati o meno direttamente alla gestione dell'ASIPU. Questa è la volontà della maggioranza, ma presuppone che l'ASIPU sia una società in house.

Purtroppo così non è, da questo dato nasce la mia richiesta di ritiro del punto.

L'ASIPU non è una società in house, bensì una società a partecipazione mista pubblico-privato, così come è specificato nel suo Statuto, alle cui disposizioni si deve fare riferimento esclusivo.

Andiamo con ordine.

Come ho già avuto modo di dichiarare nel corso della seduta di commissione consiliare del 24.11.2022, le Pubbliche Amministrazioni sono tenute a rispettare l'obbligo di indire una gara pubblica per decidere a chi affidare un determinato servizio. Questa la regola generale!

Tuttavia, è prevista un'eccezione a tale regola, una modalità alternativa attraverso cui un'amministrazione può decidere di affidare alcuni servizi in maniera diretta, senza gara, senza rivolgersi al mercato; mi riferisco al cosiddetto affidamento in house.

Che significa? Cosa sono le società in house?

Sono società di autoproduzione di bene o servizi. Più precisamente si ha una società in house quando un Comune decide di:

- autoprodotto un determinato servizio avvalendosi di una propria società (in cui non possono assolutamente entrare i privati);
- il servizio in questione deve essere eseguito prevalentemente in favore del socio pubblico;
- la società deve essere sottoposta ad un controllo rigoroso e costante da parte del socio (il c.d. controllo analogo).

Quindi i requisiti necessari, affinché si configuri una società in house, sono 3:

- la **partecipazione** interamente pubblica (NO SOCI PRIVATI);
- la **prevalente attività** deve essere svolta in favore dell'amministrazione controllante;
- il socio pubblico, il Comune per intenderci, deve eseguire sulla società un penetrante controllo, analogo a quello esercitato sui propri uffici.

Una precisazione se pur superflua: i tre requisiti devono sussistere **contemporaneamente** e devono risultare da precise **disposizioni statutarie**; quindi già

nello statuto della società in house deve essere illustrata con chiarezza la coesistenza dei tre requisiti, **non avendo alcun rilievo la loro ricorrenza in fatto**¹.

Tale assunto è confermato da unanime giurisprudenza, anche a Sezioni Unite.

Ad esempio, si legge nell'Ordinanza della Cassazione Civile Sezioni Unite, 08/07/2020, (ud. 11/02/2020, dep. 08/07/2020), n.14236:

“Secondo la giurisprudenza univoca di questa Corte, sussiste la giurisdizione contabile in materia di azione di responsabilità nei confronti degli organi di gestione e di controllo di società di capitali partecipata da enti pubblici, solo se vi siano i seguenti requisiti perché sia configurabile una società “in house providing”:

a) il capitale sociale deve essere integralmente detenuto da uno o più enti pubblici per l'esercizio di pubblici servizi e lo statuto deve vietare la cessione delle partecipazioni a soci privati;

b) la società deve esplicitare statutariamente la propria attività prevalente in favore degli enti partecipanti, in modo che l'eventuale attività accessoria non implichi una significativa presenza sul mercato e rivesta una valenza meramente strumentale;

c) la gestione sia per statuto assoggettata a forme di controllo analoghe a quelle esercitate dagli enti pubblici sui propri uffici.

Detti requisiti devono sussistere tutti contemporaneamente e risultare da precise disposizioni statutarie in vigore al momento in cui risale la condotta ipotizzata come illecita, non avendo rilievo le mere situazioni di fatto (Sez. U., Ordinanza n. 22409 del 13/09/2018; Sez. U., Sentenza n. 16741 del 21/06/2019)”.

* * * *

Quindi il primo problema è che nello statuto della Società A.S.I.P.U. srl manca l'indicazione di alcuni dei suddetti requisiti; già solo per questo la società non può essere considerata in house.

Analizziamo lo statuto (*cf.*: ***Verbale di Assemblea del 28/12/2017, Atto per notar Francesco Capozza di Corato del 24/01/2018, Rep. n. 4799, Racc. n. 3423, Reg.to a Bari il 26/01/2018 prot. n. 8279***).

1. La partecipazione societaria

¹ *ex multis*: Cass. Civ. sez. un. - 26/03/2014, n. 7177; Cass. Civ. sez. un. - 25/11/2013, n.26283; Cass. Civ. sez. un. - 8/06/2018, n. 17188; Cass. Civ. sez. un. - 21/06/2019, n. 16741; Cass. Civ. sez. un. - 13/09/2018, n. 22409; Cass. Civ. sez. un. - 08/07/2020, n. 14236; Cass. Pen. sez. V - 11/12/2018, n. 5686; Cass. Pen. sez. VI - 28/06/2016, n. 31585.

Ribadisco che non possono entrare a far parte di società in house i privati.

La *ratio* della norma è chiara: evitare che l'aggiudicazione di un affidamento diretto (in assenza quindi di una procedura competitiva, di una gara d'appalto) determini un indebito vantaggio in favore di operatori economici privati, titolari di una partecipazione nel capitale della società, ai danni degli altri operatori economici concorrenti.

Lo Statuto di A.S.I.P.U., invece, negli articoli 5 (*Capitale sociale*) e 8 (*Trasferimento delle quote di partecipazione*)², lascia chiaramente intendere che possono far parte della compagna sociale anche i "privati".

ATTENZIONE: la precisazione che i '**privati**' debbano essere "...*individuati secondo le procedure e nel rispetto delle prescrizioni stabilite dalle norme di legge vigenti*", è ininfluente. L'intera giurisprudenza, a partire da quella comunitaria (alla quale si è uniformata la giurisprudenza italiana), lo ha costantemente affermato ("il privato inquina"; cfr. *ex multis* Corte Giustizia Europea, sent. 11/01/2005, in C-26/03, Stadt

² **Art. 5 – Capitale sociale**

Il capitale sociale è stabilito in Euro 961.515,00 ed è diviso in quote ai sensi di legge. Può essere aumentato anche con conferimenti in natura e/o con il conferimento di qualsivoglia elemento dell'attivo suscettibile di valutazione economica, con espressa esclusione delle prestazioni di opera e di servizi.

Ai soci spetta il diritto di sottoscrivere le quote emesse in sede di aumento del capitale sociale in proporzione alla percentuale di capitale da ciascuno di essi rispettivamente posseduta alla data di adozione della deliberazione.

Il diritto di sottoscrivere le quote di nuova emissione in sede di aumento del capitale deve essere esercitato **dai soci** entro il termine stabilito nella delibera, comunque non inferiore a quello minimo indicato dalla legge.

Coloro che esercitano il diritto di sottoscrivere le quote di nuova emissione in sede di aumento del capitale sociale, purché ne facciano contestuale richiesta, hanno diritto di prelazione nella sottoscrizione delle quote non optate dagli **altri soci**, a meno che la decisione di aumento del capitale sociale non lo escluda.

L'ingresso di nuovi soci potrà avvenire a seguito di aumento del capitale con esclusione del diritto di opzione (salvo il diritto di recesso ex art. 2481 bis c.c.) oppure a seguito di cessione di quote.

Resta fermo in ogni caso che **i soci "privati"** (cioè diversi dagli Enti indicati nel primo comma, primo periodo, dell'art. 115 del D.Lgs. n. 267/2000) dovranno essere individuati secondo le procedure e nel rispetto delle prescrizioni stabilite dalle norme di legge vigenti.

Art. 8 – Trasferimento delle quote di partecipazione

Le partecipazioni sono divisibili e trasferibili esclusivamente in favore di:

- Enti territoriali;
- Altre società a totale partecipazione pubblica;
- Altri Enti o Istituzioni pubbliche;
- **Soggetti privati** individuati secondo le procedure di legge.

È vietato il trasferimento di quote da parte del socio privato individuato mediante procedura ed evidenza pubblica.

Il Comune di Corato, in qualità di Socio Unico, potrà trasferire le quote in misura non superiore al 10% (dieci per cento) del Capitale Sociale.

Ricorrendone i presupposti, resta salva l'applicazione dell'articolo 2469, secondo comma, c.c..

Halle). Quindi, il richiamo alle *'norme di legge vigenti'* evocate dalla norma statutaria non è in grado di superare l'ostacolo del divieto di ingresso dei privati.

In definitiva: la presenza di norme statutarie disciplinanti l'ingresso di soci privati impedisce che l'ASIPU possa essere qualificata 'società in house', ossia possibile beneficiaria di affidamenti diretti di contratti pubblici, giusta D.Lgs. n. 175/2016 (Tusp), art. 16 (società in house), comma 1³.

1.2 La prevalente attività svolta in favore dell'amministrazione controllante

Secondo requisito: l'attività prevalente (almeno l'80%) deve essere svolta in favore dell'amministrazione controllante.

Infatti, *il comma 4* dell'art. 4 Tusp, oltre a richiamare l'esclusività dell'oggetto sociale delle società in house, prevede - quale principio generale - che tali società operino in via prevalente con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti, fatte salve le specifiche disposizioni di cui al successivo art. 16 (in materia, appunto, di società in house).

Così recita il **comma 4**: *"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. Salvo quanto previsto dall'articolo 16, tali società operano in via prevalente con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti"*.

Tra le disposizioni di cui all'art. 16, rileva, in particolare, quella portata dal comma 3; tale comma impone agli statuti delle società in house di prevedere che almeno l'80% del fatturato sia effettuato a seguito dello svolgimento dei compiti ad esse affidati dall'ente pubblico o dagli enti pubblici soci.

Così recita **il comma 3**: *"Gli statuti delle società di cui al presente articolo devono prevedere che oltre l'80% del loro fatturato sia effettuato nello svolgimento dei compiti a esse affidati dall'ente pubblico o dagli enti pubblici soci"*.

Va comunque precisato che il residuo venti per cento del fatturato non può essere effettuato con terzi incondizionatamente, essendo stabilito dal comma 3-bis dello stesso articolo 16 che tale ulteriore attività è consentita solo *"... a condizione che la stessa permetta di conseguire economie di scala o altri recuperi di efficienza sul complesso dell'attività principale della società"*.

Tanto precisato, veniamo allo statuto dell'A.S.I.P.U.

³ Art. 16, comma 1. Le società in house ricevono affidamenti diretti di contratti pubblici dalle amministrazioni che esercitano su di esse il controllo analogo o da ciascuna delle amministrazioni che esercitano su di esse il controllo analogo congiunto solo se non vi sia partecipazione di capitali privati, ad eccezione di quella prescritta da norme di legge e che avvenga in forme che non comportino controllo o potere di veto, né l'esercizio di un'influenza determinante sulla società controllata.

L'art. 4 (Oggetto) elenca le molteplici attività dell'ASIPU. Non prescrive né che tali attività debbano essere svolte in favore del solo socio, né fissa alcun limite percentuale e le condizioni che consentono di svolgere attività in favore di terzi. Silenzio assoluto.

C'è di più.

Il comma 4 prevede addirittura la facoltà che l'ASIPU possa partecipare a pubblici appalti, anche in associazione d'impresa con altri soggetti.

L'evidente anima *commerciale* che si è intesa conferire all'ASIPU è inconciliabile con la *mission* delle società in house.

1.3. Il controllo analogo

Terzo requisito: il controllo analogo. Lo statuto, in qualche modo, disciplina (art. 33 – Controllo).

Nei fatti, però, è sempre mancato, come è stato dichiarato nella seduta di commissione bilancio ultima, sia dal Prof. Ziruolo che ha precisato che “il controllo esiste solo sulla carta”, sia dalla dirigente dott.ssa Leone che ha dichiarato che “manca il personale per eseguire il suddetto controllo”.

D'altra parte, nella proposta di delibera in oggetto, al punto n. 6 si dà indirizzo alla **costituenda** struttura comunale -ufficio società parteciate- di monitorare ogni semestre l'andamento della società. A dimostrazione che sino ad oggi la struttura comunale addetta al controllo analogo è mancata!

Sul punto la giurisprudenza è intransigente: il controllo analogo deve essere un controllo effettivo, strutturale e funzionale, NON SOLO SULLA CARTA! (cfr. Corte di Giustizia delle Comunità Europee, sez. III, 29 novembre 2012, cause riunite C-182/11 e C-183/11)

Emblematica la circostanza, con riferimento ai rapporti economico-finanziari intercorsi fra Comune Socio (controllore) e società A.S.I.P.U. (controllata), che le rispettive contabilità registrino dati profondamente diversi (Così profondamente diversi da costringere il Comune di Corato a ricorrere all'eccezionale pratica del '*riconoscimento di debiti fuori bilancio*' per somme reclamate dall'ASIPU). E le partite economico-finanziarie *disallineate* continuano ad esserci (cfr. relazione dott.ssa Leone).

Inoltre, a pag. 9 del Piano industriale, in relazione alla modalità gestione dei servizi cimiteriali, l'amministratore unico dell'ASIPU così risponde:

“I servizi di manutenzione delle attrezzature, di somministrazione di lavoro ed altri servizi connessi ed indispensabili per la corretta esecuzione delle attività programmate, sono alla occorrenza affidate a società specializzate restanti in capo alla società

affidatario ASIPU Srl, le attività di supervisione, controllo e rendicontazione delle attività”.

Identica formulazione è ripetuta nelle pagine seguenti in relazione a ogni altro servizio.

Detta in parole più semplici, i servizi formalmente affidati all’A.S.I.P.U. sono stati eseguiti a mezzo di cooperative private, come ad esempio la “Corato Giovani”, del tutto sconosciute al Comune di Corato, rivelando, anche per questa via, che l’A.S.I.P.U. non è una società *in house*.

Una situazione, si converrà, che certamente non si uniforma ai principi più volte affermati in materia dalla giurisprudenza europea e da quella italiana.

* * * *

Quindi, ricapitolando:

1. Lo statuto di A.S.I.P.U. non disciplina due dei tre requisiti necessari per la sussistenza di una società *in house* (infatti prevede l’ingresso di soci privati e non chiarisce la prevalenza dell’attività in favore del socio Comune di Corato);
2. il requisito del controllo analogo, di fatto, non è mai stato realizzato (“esiste solo sulla carta” Cit.)

L’ASIPU, quindi, non possiede i requisiti per essere qualificata *in house*, *ergo* non può essere legittima beneficiaria di affidamenti diretti.

Tanto basta per ritirare il punto.

Non è nostra intenzione, così come detto all’inizio, ostacolare l’amministrazione comunale bensì evitare che, anche con le migliori intenzioni, si commettano violazioni di legge. Affidare direttamente ad una società, benchè a totale capitale pubblico, la gestione di ben 12 servizi, violando norme pubblicistiche in materia di appalti è comportamento gravissimo sotto diversi profili. Sarebbe indelicato soffermarmi ulteriormente sul punto considerata l’alta qualità dell’uditorio.

Ma c’è un’altra ragione per cui chiedo il ritiro della proposta, di natura più politica.

Il 31 luglio 2020 l’Asipu ha smesso di eseguire il servizio di raccolta rifiuti e nettezza urbana, che dal primo agosto veniva assunto dalla società consortile SANB.

Era stato tolto il cuore della società quindi, inevitabilmente, il Cessato il comune di Corato doveva decidere il destino della sua partecipata:

metterla in liquidazione o mantenerla in vita cambiando l’oggetto sociale.

All’epoca vi era il Commissario prefettizio che, ritenendo tale decisione di competenza della Amministrazione comunale che si sarebbe insediata di lì a poco, non assunse alcuna decisione ma ne assicurò la sopravvivenza affidando alla A.S.I.P.U., provvisoriamente fino al 31 dicembre, i servizi complementari rimasti in capo ad essa.

- Servizi cimiteriali (inumazioni-esumazioni -lampade votive – interventi di sanificazione e igienizzazione)
- Servizi di pulizia e manutenzione dei bagni pubblici (Pulizia e sanificazione-manutenzione e custodia diurna)
- Bonifica di siti pubblici oggetto di abbandono di rifiuti (Pulizia e raccolta rifiuti abbandonati in aree urbane ed extraurbane)
- Pulizia di aree esterne non ricomprese nel servizio di raccolta rifiuti
- Presidio e custodia degli impianti sportivi (stadio comunale e palazzetto dello sport)
- Installazione della segnaletica stradale, manutenzione e/o sostituzione di quella verticale e orizzontale
- Raccolta e trasporto ad inceneritori delle carcasse di cani e gatti rivenuti su aree pubbliche
- Interventi di protezione civile

Servizi di cui hanno bisogno tutte le amministrazioni e al cui ottenimento provvedono o mediante gare di appalto o espletandoli in economia o con l'economato o altrimenti. Non ho conoscenza di comuni che hanno costituito addirittura una apposita società, né in House né semplicemente ordinaria, per la sola gestione di servizi così modesti.

D'allora nessuna decisione è stata assunta!

Per due anni si sono susseguite varie delibere di giunta che hanno disposto unicamente la proroga di quei servizi (oltre che l'affidamento dell'ulteriore servizio di supporto alle manifestazioni pubbliche).

Ben conoscete le sollecitazioni del Partito Democratico, non voglio ripetermi; ben conoscete cosa è accaduto per il nostro interessamento alla vicenda: abbiamo perso un assessore!

All'improvviso, dopo un lungo letargo, il giorno 22 Novembre veniva convocata con urgenza la commissione consiliare per le ore 16 del giorno 24.

La nutrita documentazione (circa 150 pagine) veniva messa a disposizione dei commissari il giorno prima della commissione, il 23 novembre. Il parere del collegio dei revisori dei conti del Comune è stato inviato appena ieri mattina (28 novembre) a commissione abbondantemente conclusa.

I contratti di servizio richiesti sono stati inoltrati poche ore fa.

La seduta di commissione si è conclusa ben presto con la maggioranza che non ha concesso almeno un'altra seduta per approfondire una problematica tanto complessa ed importante; la fretta e l'urgenza che si pretende dal consiglio è tanto più ingiusta se si considerano i 25 mesi di proroghe della giunta.

In conclusione, per le ragioni espresse, chiedo il ritiro del punto e propongo sin da ora di tornare in commissione e successivamente in Consiglio, per trovare una soluzione innanzitutto rispettosa dei percorsi normativamente stabiliti, ed anche più conveniente per la gestione dei servizi comunali prima elencati.