

La proprietà pubblica della totalità del capitale sociale non solo deve permanere per tutta la durata del rapporto, ma deve anche essere garantita da appositi e stabili strumenti giuridici, quali il divieto di cedibilità delle azioni posto ad opera dello statuto. Sul punto, rilevato che analogo avviso risulta condiviso dalla decisione n. 1/2008 dell'Adunanza plenaria (che per la negare la possibilità di far ricorso all'in house providing dà appunto rilievo alla cedibilità delle azioni prevista dallo statuto del soggetto destinatario dell'affidamento diretto), è sufficiente osservare che in mancanza di una stabile e certa incedibilità delle azioni, il rispetto delle regole della concorrenza sarebbe rimesso (come non è ragionevolmente consentito) alla costante vigilanza degli altri operatori del settore, i quali dovrebbero verificare, per tutta la durata del rapporto sorto per affidamento diretto, la permanenza in mano pubblica del capitale. Il possesso dell'intero capitale sociale da parte dell'ente pubblico, pur astrattamente idoneo a garantire il controllo analogo a quello esercitato sui servizi interni, perde tale qualità se lo statuto della società consente che una quota di esso, anche minoritaria, possa essere alienata a terzi. Il principio per cui il controllo esercitato dalla autorità aggiudicatrice non deve essere diluito per effetto della partecipazione, anche di minoranza, di un'impresa privata nel capitale della società cui sia stata affidata la gestione del servizio pubblico ed il principio per cui tale società deve realizzare la parte essenziale delle proprie attività unitamente all'ente o gli enti che la controllano, devono risultare soddisfatti "permanentemente".