

L'evoluzione giurisprudenziale dell'istituto *in house providing* tra tutela della concorrenza e autorganizzazione amministrativa *di Giuseppe Urbano*

SOMMARIO: 1. L'*in house providing* - 2. La giurisprudenza comunitaria sull'*in house* - 3. Gli ultimi orientamenti del giudice comunitario sull'*in house*: la sentenza della Corte di giustizia, sez. II, 17 luglio 2008, *Commissione delle Comunità Europee c. Repubblica italiana*, causa C-371/05 e la sentenza, sez. III, 13 novembre 2008, C-324/07 (cd. sentenza *Coditel*) - 4. La giurisprudenza amministrativa nazionale - 5. Il concetto di attività "prevalente" - 6. Riflessioni conclusive anche alla luce dei recenti interventi legislativi.

1. L'*in house providing*.

L'espressione *in house providing* (usata per la prima volta in sede comunitaria nel Libro Bianco sugli appalti del 1998) identifica il fenomeno di "autoproduzione" di beni, servizi o lavori da parte della pubblica amministrazione. L'autoproduzione consiste nell'acquisire un bene o un servizio attingendoli all'interno della propria compagine organizzativa senza ricorrere a "terzi" tramite gara (così detta esternalizzazione) e dunque al mercato¹.

In ragione del "controllo analogo" e della "destinazione prevalente dell'attività", l'ente *in house* non può ritenersi terzo rispetto all'amministrazione controllante ma deve considerarsi come uno dei servizi propri dell'amministrazione stessa: non è, pertanto, necessario che l'amministrazione ponga in essere procedure di evidenza pubblica per l'affidamento di appalti².

In altri termini, il giudice comunitario ha statuito che in presenza dei requisiti del c.d. controllo analogo e della realizzazione della parte più importante della propria attività nei confronti dell'ente pubblico controllante, un soggetto di diritto privato, seppure giuridicamente distinto dalla Pubblica Amministrazione, non può essere considerato un organismo terzo rispetto a questa. Manca, dunque, quell'incontro di volontà tra due soggetti in grado di instaurare tra loro un vero e proprio vincolo contrattuale e, di conseguenza, l'Amministrazione aggiudicatrice può prescindere dall'applicazione della normativa in materia di contratti pubblici.

2. La giurisprudenza comunitaria sull'*in house*.

La modalità di affidamento "*in house*" costituisce un'eccezione al principio generale dell'applicazione delle procedure a evidenza pubblica per gli affidamenti di appalti di lavori, servizi e forniture, nonché per le concessioni di lavori e servizi. L'autoproduzione, infatti, escludendo la concorrenza per (o nel) mercato, non fa sorgere l'esigenza di parità di trattamento tra gli operatori economici e, dunque, la necessità di esperire procedure di gara per l'affidamento dei contratti pubblici.

¹ a partire da C. giust. Ce, 18 novembre 1999, C-107/98, *Teckal*.

² Cfr. Cons. St., ad. pl., 3 marzo 2008, n. 1 e Cons. St., sez. II, parere 18 aprile 2007, n. 456.

La legittimità della scelta in favore dell'autoproduzione trova fondamento nel c.d. principio di "autoorganizzazione amministrativa", il quale trova a sua volta corrispondenza nel più generale principio comunitario di autonomia istituzionale. Pertanto, la libertà di autoproduzione, in quanto componente essenziale dell'autonomia organizzativa degli apparati amministrativi, non si pone in contrasto con il diritto comunitario³.

2.1. Il concetto di "in house providing" è stato elaborato dalla giurisprudenza comunitaria al fine di armonizzare i principi relativi alla tutela della concorrenza (presenti nel Trattato CE), con il potere di auto-organizzazione egualmente riconosciuto alle Amministrazioni pubbliche dei singoli Stati. In particolare, la Corte di Giustizia ha per la prima volta delineato la figura degli affidamenti "in house", nella sentenza sul caso Teckal S.r.l. contro il Comune di Viano (18 novembre 1999, procedimento C-107/98)⁴. La questione riguardava l'affidamento diretto, da parte del Comune di Viano, della gestione del servizio di riscaldamento di alcuni edifici comunali, nonché della fornitura dei combustibili necessari, in favore di un consorzio costituito da diversi comuni per la gestione dei servizi di energia e ambiente. La Teckal S.r.l. (società operante nel medesimo settore) impugnava la delibera di affidamento per il mancato esperimento delle procedure di aggiudicazione a evidenza pubblica previste dalla normativa comunitaria sugli appalti. Nell'ordinanza di rimessione alla Corte di Giustizia, il giudice a quo domandava, appunto, se tale normativa fosse applicabile nel caso in cui un ente locale avesse affidato direttamente la fornitura di prodotti e la prestazione di servizi a un consorzio a cui esso partecipi.

Al quesito la Corte ha risposto che la normativa comunitaria sulle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture è applicabile ove l'Amministrazione intenda stipulare un contratto a titolo oneroso (avente a oggetto la fornitura di prodotti) con un ente giuridicamente distinto da essa, indipendentemente dal fatto che quest'ultimo sia a sua volta un'Amministrazione o meno.

³ La giurisprudenza amministrativa ha affermato in passato che "è senza dubbio ammissibile che una pluralità di enti pubblici proceda all'affidamento diretto di un dato servizio prestato nel proprio interesse ad una società di capitali partecipata dai soli enti in questione, per quote commisurate allo stesso interesse al servizio di cui ciascuno è titolare, così tutelandosi la "libertà di autoproduzione" (l'espressione è di Cons. St., sez V, 23 aprile 1998, n. 477) da parte dell'ente pubblico dei beni e servizi che esso intende offrire alla collettività di riferimento" (T.a.r. Lombardia, Brescia, 5 dicembre 2005, n. 1250). In precedenza, peraltro, il Consiglio di Stato, sezione V, con la pronuncia del 18 settembre 2003, n.5316, aveva affermato che l'esclusione dell'applicazione delle procedure a evidenza pubblica "trova la propria ratio nel fatto che, nei confronti di un soggetto controllato e che svolga la sua prevalente attività per il soggetto controllatore, non sarebbero ravvisabili situazioni di pregiudizio per la parità di trattamento degli operatori economici e per il rispetto delle regole della concorrenza".

⁴ In precedenza altre pronunce della Corte avevano tratto il tema solo per *obiter dictum*. Più interessanti erano invece le relative conclusioni degli Avvocati Generali. In particolare, nel caso *Arnhem* (sentenza 10 novembre 1998, procedimento C-360/96), l'Avvocato Generale La Pergola ha sottolineato come dalla dipendenza economica di una società di capitali rispetto agli enti di riferimento (dai quali era stata costituita) discendeva la conseguenza che la prima non poteva considerarsi estranea alla struttura organizzativa degli enti soci di cui costituiva un mero organo indiretto. Nel caso *Ri.San* contro Comune di Ischia (sentenza 9 settembre 1999, procedimento C-108/98), l'Avvocato Generale Alber ha precisato che la qualità di società per azioni non basta ad escludere che essa faccia parte della pubblica amministrazione. Pertanto, conclude che deve essere il giudice nazionale – caso per caso e sulla base di un'analisi funzionale fondata sulle circostanze di fatto – a verificare che l'organismo societario incaricato del servizio sia parte della stessa Amministrazione affidataria. Nel caso di specie, la Corte non ha ritenuto sufficiente il mero intreccio finanziario a configurare un rapporto "in house" ente pubblico-società di gestione (il Comune di Ischia deteneva infatti il 51% del capitale sociale della Ischia Ambiente S.p.A., mentre il 49% era detenuto dalla GEPI S.p.A. che a sua volta era controllata al 100% dallo Stato). In effetti, affermano i giudici comunitari, oltre all'intreccio finanziario, è necessario accertare la presenza di un'attribuzione di compiti fra organi al fine di constatare l'esistenza di un servizio "in house".

La normativa europea in tema di contratti pubblici, infatti, non trova applicazione quando manchi un rapporto contrattuale, in senso stretto, tra due soggetti. Per affermare tale inesistenza, la Corte sancisce che il giudice nazionale deve verificare se via sia o meno un incontro di volontà tra l'Amministrazione e una persona da essa giuridicamente distinta, salvo il *“caso in cui, nel contempo, l'ente locale eserciti sulla persona di cui trattasi un controllo analogo a quello da esso esercitato sui propri servizi e questa persona realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che la controllano”*⁵.

In questo modo la Corte ha enucleato – seppur in negativo – i criteri e i requisiti sulla base dei quali le Amministrazioni Pubbliche possono procedere ad affidamenti senza il previo esperimento di gare pubbliche, ossia senza applicare le procedure previste dalle direttive comunitarie.

Ne consegue che, in presenza dei requisiti del c.d. controllo analogo e della realizzazione della parte più importante della propria attività nei confronti dell'ente pubblico controllante, non si può parlare di “terzietà” del soggetto affidatario, venendo meno in radice la possibilità di instaurare un rapporto contrattuale in senso proprio in ragione dell'assenza della bilateralità. Corollario di ciò è che l'Amministrazione aggiudicatrice può prescindere dall'applicazione della normativa in materia di contratti pubblici.

In un successivo caso (*Arge*, sentenza 7 dicembre 2000, procedimento C-94/99), le conclusioni dell'Avvocato Generale Léger riprendendo le argomentazioni svolte dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Teckal*, ne forniscono una chiave di lettura utile a delineare i confini dell'organizzazione amministrativa e, di conseguenza, a segnare il perimetro entro cui una P.A. può procedere con affidamenti *“in house”*.

In sostanza – sostiene l'Avvocato Generale – se un'Amministrazione gode, nei confronti di un operatore, di un potere di controllo analogo a quello che esercita sui propri servizi, i compiti che può affidargli saranno trattati come se fossero stati delegati al suo interno. Infatti, *“la capacità dell'ente territoriale di influire sul funzionamento del prestatore e l'assenza di autonomia che ne deriva per quest'ultimo negano qualsiasi concretezza al contratto stipulato tra l'ente ed il prestatore di servizi”*⁶.

E ancor più nello specifico, *“la riserva espressa nella citata sentenza Teckal è fondata sul principio secondo il quale la mancanza di autonomia di un ente economico rispetto ad un ente territoriale che ne detiene la proprietà rende impossibile o illusoria l'esistenza di un contratto tra queste due persone, pur tuttavia giuridicamente distinte. L'ipotesi di un rapporto giuridico che esuli dalla sfera di applicazione della direttiva presuppone quindi che l'amministrazione aggiudicatrice che richiede all'operatore la realizzazione di differenti servizi sia precisamente l'ente territoriale che esercita su di esso uno stretto controllo e non un'altra autorità”*⁷.

Tuttavia, *“la sola constatazione di una dipendenza strutturale nei confronti dell'ente pubblico che avvia una procedura di aggiudicazione di appalto pubblico non è sufficiente poter considerare i servizi che essi forniscono come prestazioni analoghe a quelle di cui disporrebbero tali autorità ricorrendo alle loro proprie risorse interne”*, infatti, *“un contratto non può essere considerato come stipulato tra persone distinte qualora l'operatore realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti territoriali che lo controllano”*⁸.

⁵ Punto 50 della sentenza *Teckal*. Tali criteri, come anticipato, sono stati codificati nell'ordinamento nazionale con il d.l. 30 settembre 2003, n. 269 che ha modificato l'art. 113, comma 5, d.lgs. n. 267/2000.

⁶ Punto 59 delle conclusioni dell'Avvocato Generale Léger.

⁷ Punto 66 delle conclusioni dell'Avvocato Generale Léger.

⁸ Punti 70 e 72 delle conclusioni dell'Avvocato Generale Léger.

L'Avvocato Generale analizza, dunque, anche il secondo dei requisiti dettati dalla Corte nella sentenza Teckal, sottolineando che *“un ente non è necessariamente privato della libertà di azione, se esso può esercitare ancora una parte importante della sua attività economica presso altri operatori, per la sola ragione che le decisioni che lo riguardano sono prese dall'ente pubblico che lo controlla. Per contro, esso deve essere considerato come totalmente vincolato alla sua autorità controllante qualora il rapporto organico che lo unisce ad essa evoca la figura di una quasi esclusiva, a vantaggio di quest'ultima, per i servizi che l'ente fornisce. Tale situazione testimonia la volontà dell'ente territoriale non solo di utilizzare le prestazioni per fini pubblici, ma anche di destinarle principalmente a suo vantaggio”*⁹.

2.2. La stessa giurisprudenza comunitaria, tuttavia, conferisce una valenza generale ai principi sull' *“in house providing”*, estendendone l'applicazione anche ai casi che esulano dalle direttive in materia di appalti: in particolare, alle concessioni di servizi pubblici.

Come noto, le concessioni di servizi pubblici sono contratti che presentano le medesime caratteristiche di un appalto pubblico di servizi, a eccezione del fatto che il corrispettivo per la prestazione del servizio consiste nel diritto di gestire il servizio medesimo¹⁰.

Tali tipologie di contratti esulavano dal campo di applicazione delle direttive comunitarie nn. 92/50 e 93/38 e oggi anche da quello della nuova direttiva n. 2004/18. Ciò nondimeno, con la sentenza sul caso *Teleaustria* (7 dicembre 2000, procedimento C-324/98), la Corte di Giustizia ha statuito che *“gli enti aggiudicatori che li stipulano sono [...] tenuti a rispettare i principi fondamentali del Trattato, in generale, e il principio di non discriminazione in base alla nazionalità, in particolare, dato che tale principio implica, in particolare, un obbligo di trasparenza al fine di consentire all'amministrazione aggiudicatrice di accertare che il detto principio sia rispettato”*¹¹. *“Tale obbligo di trasparenza cui è tenuta l'amministrazione aggiudicatrice consiste nel garantire, in favore di ogni potenziale offerente, un adeguato livello di pubblicità che consenta l'apertura degli appalti di servizi alla concorrenza, nonché il controllo sull'imparzialità delle procedure di aggiudicazione”*¹².

I principi fissati con la sentenza *Teleaustria* sono stati ripresi e specificati dalle più recenti sentenze della Corte sul caso *Padania Acque* (21 luglio 2005, procedimento C-231/03)¹³ e soprattutto su quello *Parking Brixen* (13 ottobre 2005, procedimento C-458/03).

⁹ Punti 73 e 74 delle conclusioni dell'Avvocato Generale Léger.

¹⁰ In questo senso si v. la Comunicazione Interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario del 12 aprile 2000; oppure più di recente le definizioni fornite dalla Direttiva n. 2004/18/CE (art. 1) e poi recepite dal d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (art. 3).

¹¹ Punto 2 del dispositivo della sentenza *Teleaustria*.

¹² Punto 3 del dispositivo della sentenza *Teleaustria*.

¹³ La fattispecie concerneva un caso di affidamento diretto da parte del Comune di Cingia de' Botti in favore di Padania Acque S.p.A. (società a prevalente capitale pubblico, in cui detto Comune detiene una partecipazione dello 0,97%) del servizio di gestione, distribuzione e manutenzione del sistema di distribuzione del gas metano. Nella decisione, Corte ha osservato che *“nella misura in cui la detta concessione può interessare anche un'impresa con sede in uno Stato membro diverso [...] l'affidamento, in mancanza di qualsiasi trasparenza, di tale concessione ad un'impresa con sede in quest'ultimo Stato membro costituisce una differenza di trattamento a danno dell'impresa avente sede nell'altro Stato membro. [...] Orbene, a meno che non sia giustificata da circostanze obiettive, siffatta differenza di trattamento, che, escludendo tutte le imprese aventi sede in un altro Stato membro, opera principalmente a danno di queste ultime, costituisce una discriminazione indiretta in base alla nazionalità, vietata ai sensi degli artt. 43 CE e 49 CE”*.

Nella prima sentenza, la Corte ha statuito che in mancanza di una disciplina espressa “è *alla luce del diritto primario e, più in particolare, delle libertà fondamentali previste dal Trattato che devono essere esaminate le conseguenze di diritto comunitario relative all'affidamento di tali concessioni*”¹⁴.

Nel caso *Parking Brixen*, la Corte ha ribadito l'applicabilità diretta delle disposizioni di cui agli artt. 43, 49 e 86 del Trattato CE, nonché dei principi di trasparenza, di parità di trattamento e di non discriminazione (non solo su base nazionale). Pertanto, anche nel caso di concessioni di servizi pubblici, l'applicazione delle disposizioni e dei principi citati impediscono il loro affidamento senza l'esperimento di gare a evidenza pubblica, salvo appunto che si rientri nei confini dell' “*in house providing*”. Infatti, “*la totale mancanza di gara nel caso di un'attribuzione di concessione di pubblici [...] non è conforme al disposto degli artt. 43 CE e 49 CE, né ai principi di parità di trattamento, di non discriminazione e di trasparenza*”¹⁵.

2.3. Dopo aver riconosciuto la necessità dell'esperimento di gare pubbliche per ogni tipologia di affidamento e individuato come unica eccezione quella dell' “*in house providing*”, nelle sentenze più recenti, la giurisprudenza comunitaria ha adottato un orientamento restrittivo in relazione ai requisiti per poter procedere agli affidamenti senza gara e, in particolare, alla compatibilità del modello delle società miste con l' “*in house*”¹⁶.

Nella sentenza sul caso *Stadt Halle* (11 gennaio 2005, procedimento C-26/03)¹⁷, la Corte ha affermato che la relazione “*in house*” non può sussistere tra enti locali e società dai medesimi controllate ove si tratti di società pubblico-private (ossia società miste), in quanto “*la partecipazione, anche minoritaria, di un'impresa privata al capitale di una società alla quale partecipi anche l'amministrazione aggiudicatrice in questione esclude in ogni caso che tale amministrazione possa esercitare sulla detta società un controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi*”¹⁸. Tale conclusione si fonda su due argomenti:

(i) “*il rapporto tra un'autorità pubblica, che sia un'amministrazione aggiudicatrice, ed i suoi servizi sottosta a considerazioni e ad esigenze proprie del perseguimento di obiettivi di interesse*

¹⁴ Punto 16 della sentenza *Padania Acque*.

¹⁵ Punti 18 e 19 della sentenza *Padania Acque*.

¹⁶ I principi affermati a livello giurisprudenziale sono stati introdotti nell'ordinamento italiano in sede di recepimento delle nuove direttive appalti. In particolare, l'art. 30, d.lgs. 14 aprile 2006, n. 163, dopo aver escluso l'applicazione delle disposizioni del decreto alle concessioni di servizi, statuisce che “*la scelta del concessionario deve avvenire nel rispetto dei principi desumibili dal Trattato e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità, previa gara informale a cui sono invitati almeno cinque concorrenti, se sussistono in tale numero soggetti qualificati in relazione all'oggetto della concessione, e con predeterminazione dei criteri selettivi*”. E, infine, fa salve “*purché conformi ai principi dell'ordinamento comunitario le discipline specifiche che prevedono, in luogo delle concessione di servizi a terzi, l'affidamento di servizi a soggetti che sono a loro volta amministrazioni aggiudicatrici*”.

¹⁷ La fattispecie riguardava la concessione mediante affidamento diretto della gestione di alcuni parcheggi pubblici a pagamento da parte del Comune di Bressanone in favore di ASM Bressanone S.p.A. (società nata dalla trasformazione dell'Azienda Speciale Servizi Municipalizzati Bressanone e il cui capitale sociale, al momento dell'affidamento del servizio, è totalmente detenuto dall'Amministrazione Comunale).

¹⁸ Nel caso di specie la causa riguardava l'affidamento di un contratto da parte della città di Halle a una sub-controllata e cioè da una società controllata al 24,9% da un'impresa privata scelta senza previo svolgimento di una formale procedura di gara, e al 75,1% da una società controllata al 100% da una società controllata a sua volta al 100% dalla città di Halle.

pubblico. Per contro, qualunque investimento di capitale privato in un'impresa obbedisce a considerazioni proprie degli interessi privati e persegue obiettivi di natura differente”;

(ii) “l’attribuzione di un appalto pubblico ad una società mista pubblico-privata senza far appello alla concorrenza pregiudicherebbe l’obiettivo di una concorrenza libera e non falsata ed il principio della parità di trattamento degli interessati contemplato dalla direttiva 92/50, in particolare nella misura in cui una procedura siffatta offrirebbe ad un’impresa privata presente nel capitale della detta società un vantaggio rispetto ai suoi concorrenti” .

Tale orientamento è stato confermato in successive sentenze della Corte sui casi *Parking Brixen, Mödling* (10 novembre 2005, procedimento C-29/04), *Anav c. Comune di Bari* (6 aprile 2006, procedimento C-410/04) e *Carbotermo-Alisei* (11 maggio 2006, procedimento C-340/04). In particolare, nella citata sentenza *Anav c. Comune di Bari*¹⁹, la Corte ha sostenuto che “Gli artt. 43 CE, 49 CE e 86 CE, nonché i principi di parità di trattamento, di non discriminazione sulla base della nazionalità e di trasparenza non ostano a una disciplina nazionale che consente ad un ente pubblico di affidare un servizio pubblico direttamente ad una società della quale esso detiene l’intero capitale, a condizione che l’ente pubblico eserciti su tale società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l’ente che la detiene”.

In particolare, secondo la Corte, qualora il capitale della società fosse aperto ad azionisti privati, la conseguenza di ciò sarebbe l’affidamento di una concessione di servizi pubblici ad una società mista senza procedura concorrenziale, il che contrasterebbe con gli obiettivi perseguiti dal diritto comunitario (v., in tal senso, sentenza 10 novembre 2005, causa C-29/04, *Commissione/Austria*). La partecipazione, ancorché minoritaria, di un’impresa privata nel capitale di una società alla quale partecipa pure l’autorità pubblica concedente esclude, infatti, che la detta autorità pubblica possa esercitare su una tale società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi.

In altri termini, secondo la Corte se la società concessionaria è una società aperta, anche solo in parte, al capitale privato, tale circostanza impedisce di considerarla una struttura di gestione “interna” di un servizio pubblico nell’ambito dell’ente pubblico che la detiene.

Dalle considerazioni svolte dai giudici comunitari nella sentenza *Anav c. Comune di Bari*, si ricavano quattro elementi, il concorrere dei quali deve essere valutato al fine di determinare la sussistenza del controllo analogo di un’Amministrazione su una società di diritto privato. In particolare:

- (i) l’oggetto sociale non deve essere esteso a settori disomogenei;
- (ii) il capitale sociale che non deve essere aperto ai privati o a soggetti pubblici non coinvolti;
- (iii) l’ambito territoriale di attività deve essere limitato entro i confini geografici del/i soggetto/i che partecipano alla società;
- (iv) il sistema di amministrazione e controllo della società deve essere disegnato in modo tale da non concedere all’organo amministrativo della società poteri di gestione esercitabili autonomamente senza alcuna possibile ingerenza nella gestione della società e del servizio da parte dei soci pubblici.

¹⁹ La Corte nel caso di specie ha risposto ad una ordinanza di rimessione del T.A.R. Puglia, Bari, sez. III del 8 settembre 2004, n. 885, relativa ad una questione sorta nell’ambito di una controversia tra l’Associazione Nazionale Autotrasporto Viaggiatori (in prosieguo: l’«ANAV»), da un lato, e il Comune di Bari e l’AMTAB Servizio SpA (in prosieguo: l’«AMTAB Servizio»), dall’altro, concernente l’affidamento a quest’ultima del servizio di trasporto pubblico sul territorio del detto comune.

2.4. In ordine di tempo va poi citata la sentenza della Corte di giustizia dell'11 maggio 2006 (C-340/04 – *Comune di Busto Arsizio/Agesp s.p.a.*) dove il giudice comunitario si è espresso, ancora una volta, sul concetto di “*controllo analogo*” e “*di svolgimento della parte più importante dell'attività a favore dell'ente locale*”. La Corte riprende i principi espressi nelle sue precedenti pronunce e precisa che la partecipazione anche minoritaria del capitale privato esclude in ogni caso che l'ente pubblico affidante possa esercitare su detta società un controllo analogo a quello che essa svolge sui propri servizi.

3. Gli ultimi orientamenti del giudice comunitario sull'*in house*: la sentenza della Corte di giustizia, sez. II, 17 luglio 2008, Commissione delle Comunità Europee c. Repubblica italiana - causa C-371/05 e la sentenza, sez. III, 13 novembre 2008, C-324/07 (cd. sentenza *Coditel*).

L'istituto dell'*in house* è stato da ultimo precisato con due pronunce della Corte di giustizia che hanno avuto un'ampia risonanza tra gli operatori. Con la sentenza 17 luglio 2008, causa C-371/05 (*Commissione delle Comunità Europee c. Repubblica italiana*), il giudice comunitario ha affrontato – in discontinuità rispetto al passato – la questione della presenza di privati nel capitale della società affidataria *in house*. Con la seconda pronuncia è ritornata sulla nozione di “*controllo analogo*”, anche in questo caso affermando principi meno restrittivi rispetto al passato.

Con la prima pronuncia, la Corte ha rilevato che la possibilità per i privati di partecipare al capitale della società aggiudicataria non è sufficiente, in assenza di una loro effettiva partecipazione al momento della stipula della convenzione tra l'ente affidante e la società affidataria *in house*, per concludere che non sia soddisfatto il requisito del “*controllo analogo*”. La Corte ha giustificato la sua conclusione ritenendo che, per ragioni di certezza del diritto, l'eventuale obbligo per l'amministrazione aggiudicatrice di procedere a una gara di appalto deve essere valutato, in via di principio, alla luce delle condizioni esistenti alla data di aggiudicazione.

La Corte ha ritenuto che non sia ostativa la presenza di soci privati nell'organismo *in house*, siccome intervenuta successivamente all'affidamento diretto e non ancora esistente al momento della stipula del contratto. Tale conclusione è in contrasto con i precedenti orientamenti dello stesso giudice comunitario, secondo cui, se il capitale della società affidataria è aperto, anche solo in parte, ai privati, la società affidataria non può essere considerata come struttura di gestione interna di un servizio pubblico nell'ambito dell'ente pubblico che la detiene²⁰, recepito a livello nazionale dal Consiglio di Stato (Cons. St., sez. V, 30 agosto 2006, n. 5072, afferma che lo statuto della società affidataria non deve consentire che una quota del capitale sociale, anche minoritaria, possa essere alienata a soggetti privati; più di recente Cons. St., sez. V, 3 febbraio 2009, n. 591, che pare non essersi adeguata al nuovo orientamento del giudice comunitario).

Con la sentenza *Coditel* la Corte di giustizia si è soffermata sul concetto di controllo analogo, in relazione ad una fattispecie in cui un'autorità pubblica si era associata ad una società cooperativa intercomunale i cui soci erano tutti autorità pubbliche, al fine di trasferirle la gestione di un servizio pubblico.

In tale occasione la Corte ha ritenuto che “*il controllo esercitato sull'ente concessionario da un'autorità pubblica concedente sia analogo a quello che la medesima autorità esercita sui propri servizi, ma non identico ad esso in ogni elemento*” (in tale senso v., sentenza *Parking Brixen*, cit., punto 62). Secondo la Corte, inoltre “*L'importante è che il controllo esercitato*

²⁰ Cfr. Corte giust. Ce, 6 aprile 2006, causa C-410/04 e 21 luglio 2005, causa C-231/03, cit.

sull'ente concessionario sia effettivo, pur non risultando indispensabile che sia individuale”(punto 46).

La Corte riconosce che, allorché varie autorità pubbliche scelgano di svolgere le loro missioni di servizio pubblico facendo ricorso ad un ente concessionario comune, è di norma escluso che una di tali autorità, salvo che detenga una partecipazione maggioritaria nell'ente in questione, eserciti da sola un controllo determinante sulle decisioni di tale ente. Tuttavia, nel caso in cui varie autorità pubbliche detengano un ente concessionario cui affidano l'adempimento di una delle loro missioni di servizio pubblico, il controllo che dette autorità pubbliche esercitano sull'ente in parola può venire da loro esercitato congiuntamente. Nel caso di un organo collegiale, la procedura utilizzata per adottare la decisione, segnatamente il ricorso alla maggioranza, non incide. Secondo la Corte richiedere che il controllo esercitato da un'autorità pubblica in un caso del genere sia individuale avrebbe la conseguenza d'imporre una gara di appalto nella maggior parte dei casi in cui un'autorità pubblica intendesse associarsi ad un gruppo formato da altre autorità pubbliche, come una società cooperativa intercomunale. Un risultato del genere non sarebbe conforme al sistema di norme comunitarie in materia di appalti pubblici e concessioni. Si riconosce, infatti, che un'autorità pubblica ha la possibilità di adempiere ai compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti, amministrativi, tecnici e di altro tipo, senza essere obbligata a far ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi (sentenza *Stadt Halle e RPL Lochau*, cit., punto 48). Detta possibilità per le autorità pubbliche di ricorrere ai propri strumenti per adempiere alle loro missioni di servizio pubblico può essere utilizzata in collaborazione con altre autorità pubbliche (v., in tal senso, sentenza *Asemfo*, cit., punto 65).

La conclusione – secondo la stessa Corte - non sarebbe inficiata dai principi della precedente sentenza *Coname*, atteso che in quella circostanza - pur affermando che una partecipazione dello 0,97% è talmente esigua da non consentire ad un comune di esercitare il controllo su un concessionario che gestisce un servizio pubblico (v. sentenza *Coname*, cit., punto 24) - non veniva affrontata la questione se un siffatto controllo potesse essere esercitato in maniera congiunta.

4. La giurisprudenza amministrativa nazionale sul "controllo analogo".

Talune pronunce del giudice amministrativo hanno precisato quali possono essere gli accorgimenti statutari o i possibili vincoli negoziali necessari per poter configurare un rapporto “*in house*”, sviluppando in particolare il profilo relativo al “controllo analogo”.

Il Consiglio di Stato²¹ ha innanzitutto ribadito, in via generale, i requisiti individuati dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale:

- il consiglio di amministrazione della società *in house* non deve avere rilevanti poteri gestionali e l'ente pubblico deve poter esercitare maggiori poteri rispetto a quelli che il diritto societario riconosce alla maggioranza sociale;

- l'impresa non deve aver “*acquisito una vocazione commerciale che rende precario il controllo*” da parte dell'ente pubblico (tale vocazione risulterebbe, tra l'altro: dall'ampliamento dell'oggetto sociale; dall'apertura obbligatoria della società, a breve termine, ad altri capitali; dall'espansione territoriale dell'attività della società a tutta l'Italia e all'estero²²);

²¹ Cons. St., sez. II, parere 18 aprile 2007, n. 456; Ad. pl., 3 marzo 2008, n. 1.

²² Cfr., in particolare, le già citate sentenze 13 ottobre 2005, causa C 458/03 - *Parking Brixen GmbH* e 10 novembre 2005, causa C-29/04 - *Mödling o Commissione c/ Austria*.

- le decisioni più importanti devono essere sottoposte al vaglio preventivo dell'ente affidante (cfr. pure la decisione della V sez. di questo Consiglio di Stato 8 gennaio 2007, n. 5, che ha affermato che se il consiglio di amministrazione ha poteri ordinari non si può ritenere sussistere un "controllo analogo");
- il controllo analogo si ritiene escluso dalla semplice previsione nello statuto della cedibilità delle quote a privati²³.

Anche in precedenza il Consiglio di Stato aveva avuto modo di soffermarsi sul concetto di "controllo analogo", individuandone i caratteri essenziali:

- a) innanzitutto, il possesso dell'intero capitale sociale da parte dell'ente pubblico perde rilevanza se lo statuto della società prevede la possibilità di alienazione a terzi dello stesso;
- b) inoltre, il controllo analogo non si concretizza nel caso in cui il Consiglio di amministrazione possa adottare tutti gli atti necessari per il conseguimento dell'oggetto sociale, non essendo sufficienti i poteri attribuiti alla maggioranza dei soci.
- c) infine, quanto alla società affidataria del servizio, il Consiglio di Stato ha osservato che *"laddove sia prescritto che il Comune conservi soltanto il 51% del capitale sociale, prevedendosi la cessione della rimanente quota a soggetti pubblici e privati, ed anche i poteri del consiglio di amministrazione non risultano in alcun modo limitati o correlati a qualche forma di controllo da parte dell'Ente, salvi i poteri spettanti alla maggioranza dei soci secondo il diritto comune [...]"*, deriva come conseguenza l'impossibilità di derogare alla regola dello svolgimento delle procedure ad evidenza pubblica per la scelta del soggetto concessionario o affidatario dell'appalto del servizio pubblico in ossequio ai principi di diritto comunitario invocati dall'appellante²⁴.

Il T.A.R. Friuli Venezia Giulia, intervenendo sul concetto di "controllo analogo" ha affermato che *"è da escludersi – ictu oculi - che la società sia sottoposta ad un penetrante controllo economico e gestionale da parte del Comune analogamente a quanto avrebbe potuto fare con un servizio gestito direttamente, laddove, soprattutto a fronte di un oggetto sociale aperto ad interventi di grande spessore e di ampio respiro (Cfr. per un caso analogo, Corte di giustizia europea, I, 13 ottobre 2005, n. c-458/03, cit.), è in buona sostanza previsto da parte degli enti associati, ma solo attraverso l'assemblea degli azionisti ed il consiglio di amministrazione, un controllo su alcuni aspetti importanti dell'attività svolta; però manca un "assoluto potere di direzione, coordinamento e supervisione dell'attività del soggetto partecipato" da parte degli enti nel loro complesso, riguardante "l'insieme dei più importanti atti di gestione"*.

Secondo il T.A.R. Friuli quello che più conta, è che se non è ravvisabile *"un assoluto potere di direzione, coordinamento e supervisione"* del Comune sull'attività del soggetto partecipato e che riguarda i più importanti atti di gestione, non può sostenersi, quindi, che il soggetto gestore si atteggi ad una sorta di *longa manus* dell'affidante nell'ambito di una amministrazione "indiretta", nella quale la gestione del servizio resti saldamente nelle mani dell'ente concedente attraverso un controllo gestionale e finanziario stringente.

Quanto al profilo del nesso di controllo, secondo il T.A.R. Friuli il tipo di controllo di cui si sta parlando può consistere :

- a) nella consultazione tra gli enti associati circa la gestione dei servizi pubblici svolti dalla società, circa il suo andamento generale, e, soprattutto, circa le concrete scelte operative: con audizione, da disporsi con una frequenza ragionevole, del Presidente e del Direttore generale;

²³ Tar Puglia, 8 novembre 2006, n. 5197; Cons. St., V sez., 30 agosto 2006, n. 5072.

²⁴ Cons. St., sez. V, 13 luglio 2006, n. 4440.

- b) nelle modifiche dello Statuto della società, previo invio ai singoli enti locali per gli adempimenti di competenza;
- c) nel consenso degli enti associati all'eventuale esercizio di attività contemplate dallo statuto;
- d) nel controllo, mediante una Commissione, dello stato di attuazione degli obiettivi, anche sotto il profilo dell'efficacia, efficienza ed economicità della gestione, con successiva relazione all'Assemblea degli azionisti, ovvero in ispezioni dirette da parte dei soci²⁵.

Successivamente il T.A.R. Lazio ha affermato che, ai fini della legittimità dell'affidamento diretto di servizi pubblici, sussiste il presupposto del "*controllo analogo*" nel caso in cui, nello statuto societario e nei contratti di servizio, si rinvenivano clausole attributive agli enti locali di alcune prerogative esercitabili ai fini del controllo sullo svolgimento del servizio ed in particolare:

- a) il riconoscimento a ciascun ente locale di un ruolo propulsivo nei confronti dell'organo amministrativo consistente in proposte di iniziative attuative del contratto di servizio;
- b) il diritto di veto sulle deliberazioni assunte in modo difforme dal contenuto delle proposte;
- c) la riserva all'assemblea ordinaria di trattazione di argomenti inerenti a pretese o diritti delle società sugli enti locali nascenti dal contratto di servizio e corrispondente diritto di veto di ciascun ente locale interessato sulle relative determinazioni;
- d) il diritto di recesso dalla società (con conseguente revoca dell'affidamento del servizio) nei casi in cui il Comune abbia diritto a far valere la risoluzione o comunque lo scioglimento del contratto di servizio ed altresì nel caso di violazione di competenza assembleare allorché l'organo di amministrazione assuma iniziative rientranti nella competenza dell'assemblea, senza autorizzazione di quest'ultima²⁶.

²⁵ T.A.R. Friuli Venezia Giulia, 30 agosto 2006, n. 579.

²⁶ Secondo il T.A.R. Lazio la verifica sul "*controllo analogo*" si sposta necessariamente "*nel rinvenimento di clausole o prerogative che conferiscono agli enti locali partecipanti a quote societarie anche se esigue, effettive possibilità di controllo nell'ambito in cui si esplica la attività decisionale dell'organismo societario attraverso i propri organi (assembleari o di amministrazione) da intendersi tale controllo esercitabile in chiave non soltanto propulsiva o propositiva di argomenti da portare all'ordine del giorno del consesso assembleare bensì, e principalmente, di poteri inibitivi di iniziative o decisioni che si pongano in contrasto con gli interessi dell'ente locale nel cui ambito territoriale si esplica il servizio. In stretta correlazione con la questione dell'esiguità della quota di partecipazione che nel caso che ne occupa raggiunge misure di ridotta percentualizzazione, va anche precisato che il potere inibitivo conferito a ciascun ente locale non è da riferirsi a possibilità di conseguire maggioranze di pacchetto azionario che conducono a prevalenze anche decisionali, bensì ad effettivi poteri di veto che ciascun ente locale interessato può esercitare sulle relative deliberazioni societarie, capaci di paralizzare decisioni o attività che si pongono in contrasto con gli interessi dell'ente locale nel cui ambito territoriale si svolge pur sempre il servizio dato in affidamento sicché anche sotto tale profilo appare irrilevante la consistenza delle quote partecipative in possesso dello stesso ente locale. Per stare al caso che ne occupa, va rilevato che nello statuto societario e nei contratti di servizio si rinvenivano clausole attributive agli enti locali di alcune prerogative esercitabili ai fini del controllo sullo svolgimento del servizio. Segnatamente: riconoscimento a ciascun ente locale di un ruolo propulsivo nei confronti dell'organo amministrativo consistente in proposte di iniziative attuative del controllo di servizio; diritto di veto sulle deliberazioni assunte in modo difforme dal contenuto delle proposte; riserva all'assemblea ordinaria di trattazione di argomenti inerenti a pretese o diritti delle società sugli enti locali nascenti dal contratto di servizio e corrispondente diritto di veto di ciascun ente locale interessato sulle relative determinazioni; diritto di recesso dalla società (con conseguente revoca dell'affidamento del servizio) nei casi in cui il Comune ha diritto a far valere la risoluzione o comunque lo scioglimento del contratto di servizio ed altresì nel caso di violazione di competenza assembleare allorché l'organo di amministrazione assuma iniziative rientranti nella competenza dell'assemblea, senza autorizzazione di quest'ultima. Tali diritti sono attribuiti a ciascun ente locale indipendentemente dalla quota posseduta, in ragione del particolare ruolo che lo stesso Comune, in quanto titolare del servizio pubblico dato in affidamento, viene ad esercitare all'interno della società affidataria che rende rafforzate le comuni prerogative riconosciute al socio della disciplina civilistica. Tali previsioni integranti il controllo esercitabile dagli enti locali soci sull'organismo societario cui è affidato il servizio consentono di rendere emergente la configurazione di un*

Nel caso di specie, nel rapporto tra il Comune di Contigliano e la società A.M.A. Servizi S.r.l. (società operante nel settore della gestione dei rifiuti solidi urbani e della raccolta differenziata) è stato ritenuto sussistente il "controllo analogo", nonostante l'esiguità della quota di partecipazione del Comune nella società (inferiore all'1%).

In un'altra pronuncia, il T.A.R. Lazio ha ritenuto che, nonostante l'amministratore unico della società affidataria fosse titolare di ampi poteri di gestione ordinaria e straordinaria, il controllo esercitato dal Comune sulla società affidataria del servizio fosse da configurare come "controllo analogo" a quello esercitabile dalla Città di Nettuno sui propri servizi²⁷.

Nell'iter argomentativo della sentenza, il T.A.R. giudica condivisibile il precedente orientamento giurisprudenziale secondo cui, per poter configurare un controllo strutturale sulla società affidataria, sia necessario innanzitutto *"il potere di nominare la maggioranza dei soggetti che compongono gli organi di amministrazione, direzione o vigilanza della società"*²⁸.

Inoltre ripropone una elencazione, sia pure non tassativa, di alcuni indici rivelatori del controllo analogo, come precedentemente individuati in una sentenza del giudice amministrativo del Friuli Venezia Giulia (T.A.R. Friuli Venezia Giulia, 12 dicembre 2005, n. 986): *"a) le consultazioni tra gli enti associati, circa la gestione dei servizi pubblici svolti dalla società, circa il suo andamento generale e, soprattutto circa le concrete scelte operative; b) il necessario consenso degli enti associati all'eventuale esercizio di attività particolari; c) la possibilità di ispezioni dirette, da parte dei soci; d) il controllo, mediante una Commissione, dello stato di attuazione degli obiettivi, anche sotto il profilo dell'efficacia, dell'efficienza ed economicità della gestione, con successiva relazione all'assemblea degli azionisti"*²⁹.

Nel caso di specie lo statuto della società Poseidon S.r.l., con sede nel comune di Nettuno ed affidataria diretta di servizi da parte dello stesso Comune, ha superato il vaglio del giudice amministrativo in ordine alla sussistenza del controllo analogo.

Il T.A.R. Lazio, nel giustificare concretamente le sue conclusioni, ha richiamato le disposizioni statutarie più significative e la deliberazione costitutiva della società affidataria, osservando che *"il controllo che il Comune è tenuto a svolgere su di essa società avrebbe dovuto esplicarsi mediante la istituzione o individuazione all'interno della compagine organizzativa dell'Ente locale di un ufficio preposto al controllo della gestione speciale, da interfaccia con i rapporti con la società stessa e con il potere di avere accesso a tutti i libri, e documentazioni ad essa inerenti,*

equivalente esercizio di controllo "in house" in corrispondenza della previsione normativa del "controllo analogo", siccome adattato alla struttura a base societaria cui resta affidata la gestione del servizio" (T.A.R. Lazio. Roma, sez. II ter, 16 ottobre 2007, n. 9988)

²⁷ T.A.R. Lazio, Sezione II ter, n. 5408/2007.

²⁸ Cfr. anche Cons. St., sez. V, n. 2316/2004.

²⁹ Il T.A.R. rileva, su un piano più generale, che *"Il controllo analogo a quello esercitato sui servizi dell'ente affidante deve, quindi, essere configurato in termini diversi e più intensi rispetto ai consueti controlli societari, quale attività di controllo (che non può che avere una natura amministrativa forte) che si traduce in un potere di direzione, coordinamento e supervisione dell'attività, che deve essere riferito a tutti gli atti di gestione ordinaria e straordinaria, in quanto strettamente correlato al perseguimento di pubblici interessi e implicante una ineluttabile ingerenza dell'Ente pubblico nella concreta gestione della società e del servizio affidato. Il controllo analogo, in conclusione, può ritenersi che sussista ogniqualvolta si accerti l'esistenza di uno stringente controllo gestionale e finanziario dell'Ente pubblico sulla società partecipata, in modo tale che i compiti affidati alla società saranno trattati come se fossero stati ad essa delegati dall'Amministrazione, di talché il soggetto partecipato si configura come un'entità distinta solo formalmente dall'Amministrazione, ma che in concreto continua a costituire parte della stessa. Solo a tali condizioni si può ritenere che tra l'Amministrazione e la società "in house" sussista, agli effetti pratici, un rapporto tale da impedire l'applicazione delle regole comunitarie in materia di appalti pubblici"*.

nonché ai relativi locali adibiti ad uffici o magazzini. Inoltre è stata prevista la predisposizione e la trasmissione all'Ente locale, almeno trenta giorni prima del termine di approvazione del bilancio di previsione, di un piano programma, di un bilancio di previsione pluriennale e di un bilancio di previsione annuale; poi è stata disposta la trasmissione del bilancio di esercizio, corredato delle previste relazioni e documentazioni, ed, entro tre giorni, dei processi verbali redatti periodicamente dal Consiglio di sorveglianza". Aggiunge inoltre che in base allo "statuto della società in questione, essa ha un socio unico (art. 7 dello statuto) costituito dal Comune di Nettuno (art. 7 dello statuto) e quindi l'assemblea (art. 10 dello statuto) è composta solo dal socio suddetto, che nomina (art. 15 dello statuto) l'Amministratore unico".

In particolare, il T.A.R. precisa che *"anche se a detto Amministratore unico sono conferiti, in base all'art. 18 di detto statuto, ampi poteri di gestione ordinaria e straordinaria, tuttavia sono ad esso preclusi attività particolari, come la concessione di ipoteche, fideiussioni ed avalli, e che, comunque il predisposto complesso di condizioni di nomina, funzionamento e controllo sulla società di cui trattasi configuri una sorta di controllo rispondente alle caratteristiche che la sopra evidenziata giurisprudenza in materia ritiene sufficiente per poterlo qualificare "analogo" a quello esercitabile dalla Città di Nettuno sui propri servizi".*

Tra le pronunce più importanti può essere annoverata anche la sentenza del T.A.R. Puglia che ha ritenuto sussistente il requisito del "controllo analogo" tra il Comune di Bari e la società S.T.M. S.p.a. (già A.M.T.A.B. Patrimonio s.p.a.), operante nel settore dei servizi di trasporto disabili³⁰.

In particolare secondo le pronunce del T.A.R. Puglia *"in base allo statuto societario, la "S.T.M. s.p.a." (già "A.M.T.A.B. Patrimonio s.p.a.") risulta effettivamente sottoposta ad un penetrante controllo economico e gestionale da parte del Comune di Bari, come emerge dalla composizione e nomina degli organi sociali e, segnatamente, dell'assemblea dei soci e del consiglio di amministrazione, cui sono riservati i principali compiti di conduzione della società, oltre che del collegio sindacale.*

Infatti, il Comune di Bari è l'unico titolare del capitale sociale, che esercita sulla società e sui servizi ad essa affidati "un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi (come precisato nella deliberazione di C.C. n.239/2003), il quale si concretizza nel possesso della partecipazione azionaria di controllo, nello strumento del contratto di servizio e nella sottoposizione della società agli strumenti di controllo di cui alla deliberazione di G.M. n.550 del 10 maggio 2001, la quale, a sua volta, impone l'obbligo di trasmettere mensilmente i verbali delle riunioni del Consiglio di Amministrazione e del Collegio Sindacale, l'ordine del giorno delle adunanze del medesimo Consiglio di Amministrazione al Sindaco ed all'Assessore alle Aziende ed agli Amministratori della società, l'obbligo di trasmettere trimestralmente al Sindaco ed all'Assessore una relazione sull'andamento della società, con particolare riferimento alla qualità e quantità dei servi resi ai cittadini nonché ai costi di gestione in relazione agli obiettivi fissati.

Si deve, in definitiva, concludere che, anche per quanto riguarda il controllo sulla società come previsto dall'art. 113 del D.Lgs. 18.8.2000 n. 267 per l'affidamento "in house providing", la struttura organizzativa della "S.T.M. s.p.a." (già A.M.T.A.B. Patrimonio s.p.a.) appare tale da consentire al Comune di esercitare la più totale ingerenza e controllo sulla gestione nonché sull'andamento economico finanziario, analogamente a quanto avrebbe potuto fare con un servizio gestito direttamente"

³⁰ T.A.R. Puglia, 8 febbraio 2007, n. 362/2007 che richiama a sua volta la precedente pronuncia dello stesso tribunale T.A.R. Puglia, Bari, sez. I, 12 aprile 2006, n. 1318.

Per quanto non approfondita sul piano argomentativo, visto che il profilo del controllo analogo non era in discussione, anche una sentenza del Consiglio di Stato ha di recente ritenuto sussistente il rapporto *in house* tra il Comune di Roma e la società Zetema progetto cultura S.r.l.³¹.

Altre pronunce del giudice amministrativo, pur avendo ritenuto insussistente il requisito del "controllo analogo" con riguardo ad ipotesi specifiche, possono risultare utili ai fini del presente parere, perché dall'impianto motivazionale di tali pronunce potrebbero ricavarci spunti e suggerimenti.

Il Consiglio di Stato ha ritenuto insussistente il requisito del "controllo analogo" e dunque illegittimo l'affidamento diretto del servizio di nettezza urbana da parte di un Comune ad una società di cui deteneva una partecipazione sia pure esigua.

A fondamento della propria decisione il Consiglio di Stato osserva che "lo statuto, in atti, è quello di una normale società per azioni, nella quale i poteri appartengono agli organi sociali, e non è previsto nessun raccordo tra gli enti pubblici territoriali e la costruzione degli anzidetti organi"³².

Una serie di altre pronunce ha ritenuto insussistente il "controllo analogo" in presenza di una quota di partecipazione al capitale sociale "esigua" o "simbolica" quando tale circostanza non sia compensata dalla previsione di altri più significativi poteri che possano determinare comunque tale forma di controllo³³.

Alcune pronunce del giudice amministrativo, come già rilevato, segnalano tra gli indici della sussistenza del controllo analogo il potere di nominare la maggioranza dei soggetti che compongono gli organi di amministrazione, direzione o vigilanza della società³⁴.

Su tale aspetto occorre rilevare che la Corte di giustizia europea (Corte di giustizia europea, Sez. I, 6 dicembre 2007, causa n. C-464/04) si è pronunciata sulla conformità al diritto comunitario delle disposizioni, quali l'art. 2449 del codice civile italiano, nella misura in cui conferiscono agli Stati o agli enti pubblici la facoltà di esercitare un controllo sproporzionato nella gestione delle società per azioni da esse partecipate³⁵.

³¹ Cons. St., sez. VI, 3 aprile 2007, n. 1514.

³² Cons. St., 8 gennaio 2007, n. 5. In particolare il giudice amministrativo osserva che "Il presidente del Consiglio d'amministrazione e il direttore sono eletti dal Consiglio d'amministrazione, il quale a sua volta è nominato dall'assemblea senza vincoli di provenienza o di proposta, e la stessa assemblea è composta "dai soci" senza ulteriori specificazioni; del collegio sindacale è previsto solo che si compone di tre sindaci elettivi e due supplenti, che durano in carica tre anni e sono rieleggibili. Gli enti pubblici soci, a parte l'articolo 5 sulla possibilità di alienare le azioni, non sono neppure menzionati, e anzi l'articolo 21 stabilisce che «Il Consiglio di Amministrazione è investito dei più ampi poteri per la gestione ordinaria e straordinaria della società ed ha facoltà di compiere tutti gli atti che ritenga opportuni per l'attuazione ed il raggiungimento degli scopi sociali, fatta eccezione soltanto per gli atti che a norma di legge e del presente statuto sono di competenza dell'Assemblea".

³³ In particolare cfr. T.A.R. Campania, sez. I, 13 settembre 2006, n. 8055, T.A.R. Piemonte, sez. II, 13 novembre 2006, n. 4164, T.A.R. Lazio, sez. II ter, 9 gennaio 2007, n. 72.

³⁴ Cons. St., sez. V, n. 2316/2004.

³⁵ Secondo la Corte di giustizia "l'art. 56 CE deve essere interpretato nel senso che esso osta ad una disposizione nazionale, quale l'art. 2449 del c.c. italiano, secondo cui lo statuto di una società per azioni può conferire allo Stato o ad un ente pubblico che hanno partecipazioni nel capitale di tale società la facoltà di nominare direttamente uno o più amministratori, la quale, di per sé o, come nelle cause principali, in combinato con una disposizione, quale l'art. 4 del decreto-legge 31 maggio 1994, n. 332, convertito, in seguito a modifiche, nella legge 30 luglio 1994, n. 474, come modificata dalla legge 24 dicembre 2003, n. 350, che conferisce allo Stato o all'ente pubblico in parola il diritto di partecipare all'elezione mediante voto di lista degli amministratori non direttamente nominati da esso

Secondo la Corte, la prerogativa dell'ente pubblico di nominare la maggioranza dei soggetti che compongono gli organi di amministrazione o del collegio sindacale non può essere realizzata a prescindere dalla entità della sua partecipazione al capitale sociale e deve comunque fondarsi sugli strumenti generali messi a disposizione dal diritto societario. Il potere di nomina dovrà essere commisurato all'entità della partecipazione e ad esso proporzionale e, pertanto, la possibilità di nominare la maggioranza degli amministratori o dei sindaci non potrà di regola essere esercitata attraverso partecipazioni esigue.

5. Il concetto di "attività prevalente".

La giurisprudenza comunitaria ritiene che gli art. 43 e 49 Ce, i principi di parità di trattamento e di non discriminazione in base alla cittadinanza così come l'obbligo di trasparenza che ne discende, non ostano all'affidamento diretto di un appalto pubblico di servizi a una società per azioni a capitale interamente pubblico qualora l'ente pubblico che costituisce l'amministrazione aggiudicatrice eserciti su tale società un controllo analogo a quello che esercita sui propri servizi e *"questa società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che la controllano"*³⁶.

Il giudice comunitario ha chiarito che la condizione che il soggetto di cui trattasi realizzi la parte più importante della sua attività con l'ente o gli enti locali che lo detengono è finalizzata, in particolare, a garantire che la disciplina comunitaria a tutela della concorrenza continui ad essere applicabile nel caso in cui un'impresa controllata da uno o più enti sia attiva sul mercato e possa pertanto entrare in concorrenza con altre imprese³⁷.

Secondo il giudice comunitario, infatti, *"un'impresa non è necessariamente privata della libertà di azione per la sola ragione che le decisioni che la riguardano sono prese dall'ente pubblico che la detiene, se essa può esercitare ancora una parte importante della sua attività economica presso altri operatori. È inoltre necessario che le prestazioni di detta impresa siano sostanzialmente destinate in via esclusiva all'ente locale in questione. Entro tali limiti, risulta giustificato che l'impresa di cui trattasi sia sottratta agli obblighi della direttiva 93/36, in quanto questi ultimi sono dettati dall'intento di tutelare una concorrenza che, in tal caso, non ha più ragion d'essere"*³⁸.

Nel precisare il principio la Corte ha stabilito che *"occorre considerare che il fatturato determinante è rappresentato da quello che l'impresa in questione realizza in virtù delle decisioni di affidamento adottate dall'ente locale controllante, compreso quello ottenuto con gli utenti in attuazione di tali decisioni. Infatti, le attività di un'impresa aggiudicataria da prendere in considerazione sono tutte quelle che quest'ultima realizza nell'ambito di un affidamento effettuato dall'amministrazione aggiudicatrice, indipendentemente dal fatto che il destinatario sia la stessa amministrazione aggiudicatrice o l'utente delle prestazioni"*³⁹.

stesso, è tale da consentire a detto Stato o a detto ente di godere di un potere di controllo sproporzionato rispetto alla sua partecipazione nel capitale di detta società".

³⁶ Cfr. da ultimo Corte giust. CE, sez. III, 10 settembre 2009, n. 573.

³⁷ Corte giust. CE, sez. I, 11 maggio 2006, n. 340, punto 60.

³⁸ Corte giust. CE, sez. I, 11 maggio 2006, n. 340, punti 61 e 62.

³⁹ Corte giust. CE, sez. I, 11 maggio 2006, n. 340, punti 65 e 66.

Infine, nel valutare se un'impresa svolga la parte più importante della sua attività con l'ente pubblico che la detiene *"si deve tener conto di tutte le attività realizzate da tale impresa sulla base di un affidamento effettuato dall'amministrazione aggiudicatrice, indipendentemente da chi remunera tale attività, potendo trattarsi della stessa amministrazione aggiudicatrice o dell'utente delle prestazioni erogate, mentre non rileva il territorio in cui è svolta l'attività"*⁴⁰.

Più di recente la Corte di giustizia CE ha confermato che il potere riconosciuto alla società aggiudicataria di fornire servizi ad operatori economici privati non impedisce che l'obiettivo principale di detta società rimanga la gestione di servizi pubblici. Pertanto, l'esistenza di un potere siffatto non è sufficiente per ritenere che detta società abbia una vocazione commerciale che rende precario il controllo di enti che la detengono. Secondo la Corte *"Tale conclusione è confermata dal fatto che la seconda condizione posta al punto 50 della citata sentenza Teckal, in base alla quale la società aggiudicataria deve svolgere la parte più importante della sua attività con gli enti locali che la controllano, consente che questa società eserciti un'attività avente un carattere marginale con altri operatori diversi da questi enti (v., in tal senso, citata sentenza Carbotermo e Consorzio Alisei, punto 63). Tale condizione sarebbe priva di oggetto se la prima condizione di cui al punto 50 della citata sentenza Teckal fosse interpretata nel senso di vietare ogni attività accessoria, anche con il settore privato"*⁴¹.

Alla giurisprudenza comunitaria si è adeguato anche il giudice nazionale. La Corte costituzionale con sentenza del 23 dicembre 2008, n. 439 ha precisato che l'effettuazione di prestazioni che non siano del tutto marginali a favore di altri soggetti renderebbe quella determinata impresa *"attiva sul mercato"*, con conseguente alterazione delle regole concorrenziali e violazione dei principi regolatori delle gare pubbliche e della legittima competizione. In altri termini, una lettura non rigorosa della espressione *"parte più importante della sua attività"* inciderebbe sulla stessa nozione di soggetto in house alterandone il dato strutturale che lo identifica come una mera *"articolazione interna"* dell'ente stesso. Una consistente attività *"esterna"* determinerebbe, infatti, una deviazione dal rigoroso modello delineato dai giudici europei, con la conseguenza, da un lato, che verrebbe falsato il confronto concorrenziale con altre imprese che non usufruiscono dei vantaggi connessi all'affidamento diretto e più in generale dei privilegi derivanti dall'essere il soggetto affidatario parte della struttura organizzativa dell'amministrazione locale; dall'altro, che sarebbero eluse le procedure competitive di scelta del contraente, che devono essere osservate in presenza di un soggetto *"terzo"* (quale deve ritenersi quello che esplica rilevante attività esterna) rispetto all'amministrazione conferente (v. Corte cost., n. 439/2008, cit.).

Numerose altre pronunce del giudice amministrativo hanno recepito l'orientamento comunitario, anche se non mancano difficoltà applicative in concreto, atteso che si tratta di nozioni che rientrano nella categoria dei concetti giuridici indeterminati (attività *"prevalente"*, *"più importante"*, *"quasi esclusiva"*, *"marginale"*) la cui applicazione comporta fisiologicamente un margine di incertezza.

Il Codice dei contratti pubblici – nell'ambito dei settori speciali - consente l'affidamento diretto da parte di un ente aggiudicatore a due condizioni: (i) l'esistenza di un "collegamento" tra l'ente aggiudicatore e l'impresa affidataria dell'appalto⁴²; (ii) l'impresa collegata deve aver realizzato la

⁴⁰ Corte giust. CE, sez. I, 11 maggio 2006, n. 340, punto 72.

⁴¹ Corte giust. CE, 10 settembre 2009, n. 573, cit. punti 79 – 80.

⁴² L'art. 218, comma 1, del Codice dei contratti pubblici stabilisce che *"Ai fini del presente articolo «impresa collegata» è qualsiasi impresa i cui conti annuali siano consolidati con quelli dell'ente aggiudicatore a norma degli articoli 25 e seguenti del decreto legislativo 9 aprile 1991, n. 127, o, nel caso di enti non soggetti a tale decreto,*

parte preponderante del suo fatturato (80%) negli ultimi tre anni per attività rese a favore dell'ente aggiudicatore al quale è collegata⁴³.

La disposizione richiama il concetto di *in house providing* di matrice comunitaria, ma non può dirsi che tra l'*in house* in senso stretto e la fattispecie descritta dal Codice dei contratti pubblici all'art. 218 vi sia una perfetta coincidenza.

La figura degli affidamenti *in house* è stata, infatti, elaborata dalla giurisprudenza per delimitare i confini applicativi della disciplina delle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici di lavori, servizi e forniture; ossia per giustificare la possibilità per le amministrazioni aggiudicatrici di affidare detti appalti senza il previo esperimento di gare a evidenza pubblica (v. *supra*).

Rispetto all'*in house providing* nell'accezione intesa dalla Commissione europea (come successivamente sviluppata e definita dalla giurisprudenza comunitaria e amministrativa nazionale) vi sono delle differenze.

L'art. 218 del Codice dei contratti pubblici (che riprende l'art. 23 della direttiva 2004/17/Ce) ha il suo antecedente storico nell'art. 13, direttiva 93/38/Cee (che si applicava ai soli servizi) e ha la finalità di favorire la gestione di appalti strumentali all'interno di gruppi industriali. Si tratta di un'esenzione che è precedente e distinta dalla nozione di *in house providing* introdotta per la prima volta nel 1998 dalla Commissione con riferimento ad appalti "aggiudicati all'interno della pubblica amministrazione, ad esempio tra amministrazione centrale e locale o, ancora, tra una amministrazione ed una società interamente controllata" sulla quale si è poi soffermata, come si è detto, la Corte di giustizia.

Infatti, mentre l'esenzione prevista dal Codice dei contratti pubblici mira a semplificare la gestione delle attività strumentali dei gruppi privati in mano pubblica che gestiscono servizi pubblici, facilitando l'organizzazione delle attività strumentali (es. pulizia, manutenzione, gestione immobiliare, ecc.) rispetto al servizio principale (esempio distribuzione gas), essa non ha lo scopo di disciplinare modalità organizzative della gestione di tale attività principale da parte di soggetti pubblici né di consentire l'affidamento dell'intera gestione del servizio a un soggetto distinto.

Nel fenomeno dell'*in house* quale soluzione organizzativa, si ritiene che, almeno sul piano sostanziale, non si verifichi un affidamento ad altro soggetto, ma una mera riorganizzazione dell'erogazione del servizio che rimane imputabile all'ente aggiudicatore. Diverso è il caso contemplato dal Codice, che consente l'affidamento di appalti strumentali all'interno del medesimo gruppo industriale già investito della gestione di un'attività rientrante nei settori speciali e che perciò richiede anche requisiti un po' meno stringenti.

Infatti, non è necessario il "controllo analogo", ma anche sul concetto di prevalenza dell'attività, fissata dal Codice nella misura esclusivamente quantitativa dell'80% del fatturato medio negli

qualsiasi impresa su cui l'ente aggiudicatore possa esercitare, direttamente o indirettamente, un'influenza dominante ai sensi dell'articolo 3, comma 28 del presente codice o che possa esercitare un'influenza dominante sull'ente aggiudicatore o che, come quest'ultimo, sia soggetta all'influenza dominante di un'altra impresa in virtù di rapporti di proprietà, di partecipazione finanziaria ovvero di norme interne".

⁴³ L'art. 218, comma 3, del Codice dei contratti pubblici stabilisce che – oltre all'esistenza del "collegamento" nei termini di cui al precedente comma 1 – l'affidamento diretto senza gara all'impresa collegata è ammissibile:

- a) per gli appalti di servizi, se almeno l'80% del fatturato medio realizzato dall'impresa collegata negli ultimi tre anni nel campo dei servizi provenga dalla fornitura di tali servizi alle imprese cui è collegata;
- b) per gli appalti di forniture, se almeno l'80% del fatturato medio realizzato dall'impresa collegata negli ultimi tre anni nel campo delle forniture provenga dalla messa a disposizione di tali forniture alle imprese cui è collegata;
- c) per gli appalti di lavori, se almeno l'80% del fatturato medio realizzato dall'impresa collegata negli ultimi tre anni nel campo dei lavori provenga dall'esecuzione di tali lavori alle imprese cui è collegata.

ultimi tre anni a favore dell'ente partecipante, la Corte di giustizia ha ritenuto che il criterio non possa essere applicato automaticamente per ricostruire il concetto di "attività prevalente" valevole in generale per individuare il fenomeno dell'*in house*⁴⁴.

Per quel che rileva ai nostri fini, la sentenza ha escluso in particolare che l'eccezione prevista dall'art. 13 della direttiva 1993/38/Ce sui servizi – di cui l'odierno art. 218 del Codice è l'antecedente storico originario – possa essere applicata in via analogica anche ad altri settori o tipologie di appalti).

Invero, secondo la Corte, il dato meramente quantitativo non basta a verificare se ci si trovi di fronte ad un caso di "in house", ma occorre prendere in considerazione "*tutte le circostanze del caso di specie, sia qualitative che quantitative*"⁴⁵. Ciò detto, generalmente la Corte di giustizia si è astenuta dall'indicare parametri numerici certi, quali principalmente la quota di fatturato "pubblico" rispetto a quello privato.

Rispetto alla tendenza di non indicare parametri quantitativi di riferimento, una recente pronuncia del giudice comunitario costituisce un'eccezione. In quel caso, infatti, il giudice comunitario – senza peraltro affrontare il problema sotto il profilo qualitativo - ha ritenuto il 90% dell'attività a favore dei controllanti, come dato numerico sicuramente sufficiente a far ritenere la sussistenza del requisito per la configurabilità dell'*in house*⁴⁶.

Il giudice amministrativo – nel recepire l'orientamento comunitario – ritiene che più ancora che l'individuazione di una soglia percentuale è necessario un giudizio pragmatico nel caso concreto che si basi, però, non solo sull'aspetto quantitativo, ma anche su quello qualitativo. In particolare "*la natura dei servizi, opere o beni resi al mercato privato, oltre alla sua esiguità, deve anche dimostrare la quasi inesistente valenza nella strategia aziendale e nella collocazione dell'affidatario diretto nel mercato pubblico e privato* (cfr. Cons. giust. amm., 4 settembre 2007, n. 719 secondo cui la circostanza che un'impresa creata per gestire lo *spin off* immobiliare di un grande ente locale come una Provincia, fornisca, saltuariamente, una sola volta nell'anno, e in quantità irrisoria rispetto al fatturato pubblico, un servizio di global service ad una grande impresa privata dello stesso territorio, particolarmente importante sotto il profilo sociale, potrebbe non violare il principio della prevalenza. Ma se la stessa operazione, negli stessi limiti quantitativi, cominciasse ad inserirsi in un piano aziendale di espansione, anche territoriale, ciò implicherebbe una rilevanza "qualitativa" della operazione in contrasto con il principio della prevalenza).

Il caso esaminato dal supremo giudice amministrativo siciliano nella pronuncia richiamata si riferisce a una precisa vicenda concreta. Tuttavia possono enuclearsi alcuni principi comuni.

Nel caso esaminato dal giudice amministrativo siciliano, l'ente affidante era un ente territoriale (il Comune di Catania). Si poneva il problema del se e a quali condizioni l'esercizio di attività a favore di soggetti terzi e fuori dal territorio comunale potesse violare il principio comunitario di "prevalenza".

Secondo il giudice amministrativo, la circostanza che l'affidatario diretto impieghi risorse consistenti fuori del territorio di competenza del suo ente promotore è indice "*della rilevanza della attività a favore di soggetto diverso dal suo ente proprietario. Quindi l'extraterritorialità della attività incide, a priori, proprio sul concetto di prevalenza, particolarmente nel senso qualitativo*". A tal fine "*si deve ritenere che il criterio della prevalenza ("la parte più importante...") sia soddisfatto quando l'affidatario diretto non fornisca i suoi servizi a soggetti*

⁴⁴ Cfr. Corte giust., sez. I, 11 maggio 2006, C-340/04, *Carbotermo e Comune di Busto Arsizio*.

⁴⁵ Cfr. Corte giust. Ce, sez. I, 11 maggio 2006, cit.v. punto 64.

⁴⁶ Cfr. Corte giust. Ce, sez. II, 19 aprile 2007, n. 295, punto 63.

diversi dall'ente controllante, anche se pubblici, ovvero li fornisca in misura quantitativamente irrisoria e qualitativamente irrilevante sulle strategie aziendali, ed in ogni caso non fuori della competenza territoriale dell'ente controllante" (Cons. giust. amm. n. 719/2007, cit.).

Il giudice amministrativo richiama l'orientamento comunitario (v. C. giust., sez. I, C-458/03, *Parking Brixen*), che considera l'aspetto qualitativo e quantitativo, riferendosi al fatto che il soggetto *"ha invece acquisito una vocazione commerciale che rende precario il controllo del comune. In questo senso militano: a) la trasformazione della azienda speciale in società per azioni; b) l'ampliamento dell'oggetto sociale; l'apertura obbligatoria della società, a breve termine, ad altri capitali; c) l'espansione territoriale; d) i considerevoli poteri conferiti al Consiglio di Amministrazione"*.

In questa ottica, il punto chiave è *"l'acquisizione di una vocazione commerciale"* che, dietro lo schermo della forma giuridica della società pubblica, di fatto consegna questo imprenditore al mercato libero, pur in condizioni di privilegio. In tale motivazione si colgono, frammisti, i concetti del controllo analogo, ma anche della prevalenza della attività, sussunti nella rilevante definizione di: *"vocazione commerciale"*.

Con la successiva sentenza *Carbotermo* (v. *supra* Corte giustizia CE, sez. I, 11 maggio 2006, n. 340, cit.), il giudice comunitario ha chiarito ulteriormente i termini della questione. Nel punto 62 utilizza l'espressione *"sostanzialmente destinata in via esclusiva all'ente locale"*, e nel punto successivo afferma: *"solo se l'attività di detta impresa è principalmente destinata all'ente in questione ed ogni altra attività risulta avere solo un carattere marginale"*.

Appare, dunque, che l'evoluzione della giurisprudenza comunitaria sia nel senso di una progressiva riduzione del concetto. Si parte infatti dalla espressione *"parte più importante"* della sentenza *Teckal*, redatta in lingua italiana, e *Stadt Halle*, redatta in lingua tedesca, alla complessa motivazione della sentenza *Parken Brixen* appena citata, alla espressione *"sostanzialmente destinata in via esclusiva all'ente locale in questione"*, sentenza *Carbotermo*, , punto 62, sopra citata, anch'essa redatta in lingua italiana.

Peraltro, l'espressione, in italiano nelle due prime sentenze, *"parte più importante"* è stata tradotta in tedesco con *"im wesentlichen"* che significa, in realtà, *"essenzialmente"*, e con il medesimo senso è stata tradotta in inglese: *"the essential part of his activities"*; in francese: *"l'essentiel de son activité"*. Nella sentenza *Stadt Halle*, redatta in tedesco, compare infatti direttamente l'espressione *"im wesentlichen"* (essenzialmente). Nella sentenza *Parken Brixen*, redatta in tedesco ma proveniente da un rinvio del TAR di Bolzano e successivamente recepita con gli stessi termini dai giudici italiani di lingua tedesca si usa ancora il termine *"im wesentlichen"*, anche se la traduzione in italiano torna ad usare (forse non propriamente) l'espressione *"più importante"*.

Orbene, il termine *"essenziale"* rinvia ad un concetto qualitativo, oltre che quantitativo, facendo riferimento all'"essenza", ovvero all'*ubi consistam* dell'affidatario diretto. In altri termini, la Corte accetta un'attività esterna puramente marginale, insignificante, non essenziale, assai prossima ad un'inesistenza, che è il modo speculare di vedere l'esclusività. Concludendo, si comprende che si sia ad un passo dalla totale esclusività, e che, per l'intanto, il giudizio deve essere espresso secondo parametri di eccezionale ristrettezza quantitativa e qualitativa (in questo senso Cons. giust. amm. n. 719/2007, cit.).

I principi espressi trovano conferma anche in una pronuncia della Corte costituzionale e sembrano essere stati recepiti anche dall'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici.

La Corte costituzionale ha richiamato la sentenza *Carbotermo*, ricordando che – sul piano quantitativo – la stessa sentenza al parafraso 65 fa espresso riferimento all'elemento del fatturato, osservando che *"occorre considerare che il fatturato determinante è rappresentato da quello che l'impresa in questione realizza in virtù di decisioni di affidamento adottate dall'ente locale"*

controllante". Inoltre, per mantenere una impostazione coerente con l'esigenza che l'indagine si svolga su un piano casistico, non sono ammesse rigide predeterminazioni connesse all'indicazione della misura percentuale di fatturato rilevante.

Sul piano qualitativo, tale profilo incide o può incidere sulla natura dei servizi resi e, quindi, sul criterio per ritenere che una attività di impresa sia svolta in modo preponderante per l'ente pubblico conferente e solo marginalmente per il mercato perché, a prescindere dal dato quantitativo del fatturato, tale profilo può – in astratto – riverberare i suoi effetti sulla rilevanza dell'attività svolta dal soggetto al fine di considerare prevalente o solo marginale l'attività "libera" in una prospettiva di futura espansione della stessa nel mercato o in zone del territorio diverse da quelle di competenza del soggetto pubblico conferente (Corte cost., n. 439/2008, cit.).

Da ultimo anche l'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici ha rilevato che *"La giurisprudenza prevalente ritiene che tale condizione sia soddisfatta quando l'affidatario diretto non fornisca i suoi servizi a soggetti diversi dall'ente controllante, anche se pubblici, ovvero li fornisca in misura quantitativamente irrisoria e qualitativamente irrilevante sulle strategie aziendali, ed in ogni caso non fuori dalla competenza territoriale dell'ente controllante. Più che l'individuazione di una soglia percentuale, necessita un giudizio pragmatico nel caso concreto che si basi, però, non solo sull'aspetto quantitativo, ma anche su quello qualitativo. In altri termini, la natura dei servizi, opere o beni resi al mercato privato, oltre alla sua esiguità, deve anche dimostrare la quasi inesistente valenza nella strategia aziendale e nella collocazione dell'affidatario diretto nel mercato pubblico e privato. Sotto questo profilo la giurisprudenza della Corte di Giustizia e del Consiglio di Stato mostrano di ritenere a priori che l'espansione territoriale, anche a vantaggio di altri enti pubblici analoghi, violi la prevalenza"* (Deliberazione n. 2 Adunanza del 13 gennaio 2010).

Va sottolineato, infine, che il requisito dell'attività prevalente va dimostrato, non solo in concreto, ma anche a livello di fonti regolatrici della vita della società. Anzi, il giudice amministrativo ha in passato attribuito alle fonti statutarie un ruolo decisivo.

In particolare, la giurisprudenza amministrativa ha ritenuto soddisfacente semplicemente il fatto formale e astratto che lo Statuto di una società indicasse *"la parte più rilevante della propria attività risulti rivolta alla collettività degli enti locali soci"* (v. T.A.R. Lombardia, sez. III, 10 dicembre 2008, n. 5758). Mentre, in un'altra pronuncia ha reputato insussistente il requisito in questione per il fatto che le fonti societarie non contemplavano criteri di sorta per evitare che le risorse aziendali della società controllata fossero utilizzate in modo prevalente su attività di impresa esterne al territorio degli enti partecipanti (v. T.A.R. Veneto, Sez. I, n. 236/2009).

Appare condivisibile il principio di indicare già nello Statuto ci siano meccanismi giuridici volti ad evitare che in concreto la società possa agire facilmente a servizio di soggetti dal socio pubblico. Meno condivisibile è il principio affermato dal TAR Lombardia sulla sufficienza della clausola statutaria che indichi il limite della "prevalenza" a favore del socio pubblico. L'accertamento della "prevalenza" va fatto sempre in concreto, al fine di evitare qualsiasi elusione dei principi comunitari attraverso la semplice indicazione nominativa nello Statuto del limite in questione.

6. Riflessioni conclusive anche alla luce dei recenti interventi legislativi.

La tutela della concorrenza nell'affidamento delle commesse pubbliche trova un limite nel fenomeno dell'autoproduzione da parte della pubblica amministrazione, il quale si basa a sua volta sul principio di autorganizzazione amministrativa.

Se un operatore privato è sottoposto ad un controllo gestionale talmente pervasivo da parte del socio pubblico da essere "analogo" a quello che quest'ultimo esercita sui propri uffici e se lo stesso operatore esercita la parte più importante della propria attività a favore del socio pubblico controllante, non viene in rilievo l'esigenza di tutela della concorrenza poiché si sta operando al di fuori del perimetro del mercato e cioè all'interno della stessa amministrazione.

"Controllo analogo" e "attività prevalente" sono dunque i criteri concreti atti a disegnare il perimetro dell'autoproduzione amministrativa. In presenza di tali presupposti, la giurisprudenza comunitaria ritiene che l'Amministrazione possa procedere all'affidamento diretto a favore dell'operatore controllato senza ricorrere alla gara. Ciò secondo un principio di tendenziale libertà che non imporrebbe all'Amministrazione neppure di motivare sulle ragioni per cui non si è scelto l'*outsourcing* a favore di imprese private⁴⁷. Per il diritto comunitario l'autoproduzione e l'*outsourcing* hanno la medesima dignità e non è richiesto all'Amministrazione di motivare l'indispensabilità del ricorso alla prima.

Rispetto ai principi comunitari, l'ordinamento nazionale - inteso nel suo formante giurisprudenziale e normativo - ha optato per una soluzione più "liberistica"⁴⁸ rendendo sotto diversi profili più restrittivo il ricorso all'*in house*.

Tale irrigidimento in senso più liberistico è avvenuto in due direzioni. Per un verso, sono state introdotte condizioni *esogene* rispetto a quelle individuate dalla giurisprudenza comunitaria e cioè condizioni ulteriori rispetto a quelle relative all'organizzazione decisionale ("controllo analogo") e ai destinatari dell'attività o, comunque, limiti economici relativi al valore dell'affidamento al di sopra dei quali la scelta del modello *in house* è preclusa *a priori*. Per altro verso, anche i presupposti *endogeni* richiamati sono stati recepiti all'interno del nostro ordinamento con una certa restrittività.

Sotto quest'ultimo profilo, mentre nella giurisprudenza comunitaria il requisito dell'attività prevalente è stato ritenuto sussistente anche in casi di operatività sul mercato pari al 10% del fatturato, il giudice amministrativo italiano ha ritenuto che tale requisito sussiste quando l'attività sul mercato sia puramente marginale, insignificante, non essenziale, assai prossima ad un'inesistenza. In questo caso il rigore del giudice amministrativo nazionale sembra essere condivisibile, visto che in gioco v'è l'attribuzione alla società *in house* di ingiustificate rendite di posizione a detrimento della concorrenza.

Sotto il primo profilo, lo sfavore per l'*in house* si è manifestato, anzitutto nel richiedere un onere motivazione più stringente, tale da rendere il modello in questione residuale rispetto all'*outsourcing*. Già l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, con atto di segnalazione del 28 dicembre 2006 n. AS375 ha ritenuto che l'affidamento diretto di un servizio pubblico locale mediante l'*in house* risulta giustificato solo se non è possibile individuare una migliore soluzione di mercato: l'intervento pubblico dovrebbe essere limitato a quelle situazioni in cui non sia possibile o conveniente l'offerta dei servizi da parte di imprese individuate secondo meccanismi di mercato. Secondo l'Autorità antitrust, le ipotesi in cui è consentita agli enti locali l'erogazione diretta di servizi pubblici, senza ricorso al mercato, sono da applicare in senso restrittivo anche in ragione dell'obiettiva situazione di conflitto di interesse che tale modalità di affidamento determina in capo a tali enti, che risultano essere al contempo affidatari del servizio,

⁴⁷ Cfr. M. Libertini, *Le società di autoproduzione in mano pubblica*, in *Le società a partecipazione pubblica* (a cura di F. Guerrera), p. 27.

⁴⁸ Cfr. M. Libertini, *op. ult. cit.*, p. 29

amministratori e azionisti della società di gestione dei servizi, nonché componenti degli organismi chiamati a vigilare e disciplinare la medesima società.

Anche la giurisprudenza nazionale del pari ha affermato l'eccezionalità del modello *in house*, in quanto deroga alle regole generali comunitarie di apertura al mercato. In particolare, l'Adunanza plenaria 3 marzo 2008 n. 1 ha ribadito che la società *in house* costituisce una deroga ai principi di concorrenza, non discriminazione, e trasparenza (tutti costituenti canoni fondamentali del trattato istitutivo della Comunità europea), per cui è ammissibile solo nel rispetto di alcune rigorose condizioni, individuate dalla giurisprudenza comunitaria ed elaborate anche da quella nazionale. La plenaria, ancorché in via di *obiter*, aderisce all'impostazione secondo cui l'affidamento diretto ad una società *in house* viola il principio di concorrenza sotto un duplice profilo: a) da una parte, sottrae al libero mercato quote di contratti pubblici, nei confronti dei quali le imprese ordinarie vengono escluse da ogni possibile accesso; b) dall'altra, si costituisce a favore dell'impresa affidataria una posizione di ingiusto privilegio, garantendole l'acquisizione di contratti. Il tutto si traduce nella creazione di posizioni di vantaggio economico che l'impresa *in house* può sfruttare anche nel mercato, nel quale si presenta come "particolarmente" competitiva, con conseguente alterazione della *par condicio*⁴⁹.

L'eccezionalità del modello *in house* era stata di recente affermata e aggravata dal legislatore nazionale in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica. In particolare l'art. 23-bis del d.l. n. 112/2008 aveva previsto che l'affidamento *in house* fosse consentito solo in via eccezionale, a condizione che fossero rispettati i requisiti già esaminati del diritto europeo e che, inoltre, "*peculiarità caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento*" non permettessero un efficace e utile ricorso al mercato. La scelta dell'ente locale di procedere all'affidamento *in house* doveva essere motivata in base a un'analisi di mercato; al di sopra di una determinata soglia dimensionale (valore del servizio oggetto di affidamento superiore a 200.000 euro annui) sarebbe stato necessario il parere preventivo, non vincolante, dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato.

Sebbene l'esito del referendum di giugno 2011, che ha portato all'abrogazione dell'art. 23-bis, avesse fatto immaginare un ritorno alla normalità anche per i servizi pubblici locali, ossia ai requisiti tradizionali dell'*in house* come costruiti dal giudice comunitario senza ulteriori aggravamenti di sorta, il legislatore è tornato nuovamente a disciplinare la materia introducendo sotto altre vesti restrizioni ancor più significative nella scelta del modello. Infatti, l'art. 4 del d.l. n. 138/2011, pur abolendo la più severa disciplina sui presupposti *esogeni*, ha stabilito che l'affidamento *in house* possa avvenire solo nei casi in cui il valore economico del servizio oggetto dell'affidamento sia pari o inferiore alla somma complessiva di 200.000 euro annui. In altre parole, nel 23-bis d.l. n. 112/2008 l'*in house* era generalmente ammesso sia pure a condizioni molto più rigorose rispetto a quelle imposte dal diritto comunitario, nell'art. 4 d.l. 138/2011 invece sarebbe ammesso alle stesse condizioni imposte dal diritto comunitario, ma in casi eccezionali che riguardano vicende economicamente marginali.

L'impostazione di sfavore del legislatore nei confronti dell'*in house* è stata corretta dalla Corte costituzionale che con sentenza del 20 luglio 2012, n. 199 ha dichiarato l'incostituzionalità della disciplina sui servizi pubblici locali contenuta nell'art. 4 d.l. n. 138/2012 proprio per violazione del divieto di ripristino della normativa abrogata dalla volontà popolare desumibile dall'art. 75 Cost..

⁴⁹ V. anche Cons. giust. sic. 4 settembre 2007 n. 719, segnalata in *Urb. app.*, 2007,1443; *Urb. e app.*, 2008, 211, con nota di S. Colombari, in *Il modello in house providing tra mito (interno) e realtà (comunitaria)*.

In effetti, l'art. 4 d.l. n. 138/2011, da un lato, rendeva ancor più remota l'ipotesi dell'affidamento diretto dei servizi, in quanto non solo limitava, in via generale, *"l'attribuzione di diritti di esclusiva alle ipotesi in cui, in base ad una analisi di mercato, la libera iniziativa economica privata non risulti idonea a garantire un servizio rispondente ai bisogni della comunità"* (comma 1), analogamente a quanto disposto dall'art. 23-bis (comma 3) del d.l. n. 112 del 2008, ma la ancorava anche al rispetto di una soglia commisurata al valore dei servizi stessi, il superamento della quale (900.000 euro, nel testo originariamente adottato; ora 200.000 euro, nel testo da ultimo vigente del comma 13) determina automaticamente l'esclusione della possibilità di affidamenti diretti. Tale effetto si verificava a prescindere da qualsivoglia valutazione dell'ente locale, oltre che della Regione, ed anche – in linea con l'abrogato art. 23-bis – in difformità rispetto a quanto previsto dalla normativa comunitaria, che consente, anche se non impone (sentenza n. 325 del 2010), la gestione diretta del servizio pubblico da parte dell'ente locale, allorché l'applicazione delle regole di concorrenza ostacoli, in diritto o in fatto, la "speciale missione" dell'ente pubblico (art. 106 TFUE), alle sole condizioni del capitale totalmente pubblico della società affidataria, del cosiddetto controllo "analogo" ed infine dello svolgimento della parte più importante dell'attività dell'affidatario in favore dell'aggiudicante.

Dall'altro lato, la disciplina recata dall'art. 4 del d.l. n. 138 del 2011 riproduceva, ora nei principi, ora testualmente, sia talune disposizioni contenute nell'abrogato art. 23-bis del d.l. n. 112 del 2008 (è il caso, ad esempio, del comma 3 dell'art. 23-bis del d.l. n. 112 del 2008 "recepito" in via di principio dai primi sette commi dell'art. 4 del d.l. n. 138 del 2011, in tema di scelta della forma di gestione del servizio; del comma 8 dell'art. 23-bis del d.l. n. 112 del 2008 che dettava una disciplina transitoria analoga a quella dettata dal comma 32 dell'art. 4 del d.l. n. 138 del 2011; così come del comma 10, lettera a), dell'art. 23-bis del d.l. n. 112 del 2008, dichiarato costituzionalmente illegittimo con sentenza n. 325 del 2010, sostanzialmente riprodotto dal comma 14 dell'art. 4 del d.l. n. 138 del 2011), sia la maggior parte delle disposizioni recate dal regolamento di attuazione dell'art. 23-bis (il testo dei primi sette commi dell'art. 4 del d.l. n. 138 del 2011, ad esempio, coincide letteralmente con quello dell'art. 2 del regolamento attuativo dell'art. 23-bis di cui al d.P.R. n. 168 del 2010, i commi 8 e 9 dell'art. 4 coincidono con l'art. 3, comma 2, del medesimo regolamento, mentre i commi 11 e 12 del citato art. 4 coincidono testualmente con gli articoli 3 e 4 dello stesso regolamento).

Alla luce delle richiamate indicazioni – nonostante l'esclusione dall'ambito di applicazione della nuova disciplina del servizio idrico integrato – risulta evidente l'analogia, talora la coincidenza, della disciplina contenuta nell'art. 4 rispetto a quella dell'abrogato art. 23-bis del d.l. n. 112 del 2008 e l'identità della *ratio* ispiratrice. Le poche novità introdotte dall'art. 4 accentuavano, infatti, la drastica riduzione delle ipotesi di affidamenti diretti dei servizi pubblici locali che la consultazione referendaria aveva inteso escludere. Tenuto, poi, conto del fatto che l'intento abrogativo espresso con il referendum riguardava "pressoché tutti i servizi pubblici locali di rilevanza economica" (sentenza n. 24 del 2011) ai quali era rivolto l'art. 23-bis, non può ritenersi che l'esclusione del servizio idrico integrato dall'ambito di applicazione della richiamata disposizione sia satisfattiva della volontà espressa attraverso la consultazione popolare, con la conseguenza che l'art. 4 d.l. n. 138/2011, sostanzialmente, ha reintrodotto la disciplina abrogata con il referendum del 12 e 13 giugno 2011⁵⁰.

A parte il profilo di diritto interno, la soluzione accolta dal legislatore non era neppure in linea con i principi comunitari. In questa prospettiva, se è vero che al legislatore italiano non è vietato

⁵⁰ Corte cost., 20 luglio 2012, n. 199.

adottare una disciplina che preveda regole concorrenziali - come sono quelle in tema di gara ad evidenza pubblica per l'affidamento di servizi pubblici - di applicazione più ampia rispetto a quella richiesta dal diritto comunitario (cfr. Corte Cost., n. 325/2010 che si era espressa proprio sulla legittimità dell'art. 23-bis), è anche vero che l'autonomia organizzativa degli enti pubblici - principio anch'esso riconosciuto dall'ordinamento comunitario - veniva svuotata del tutto in relazione agli affidamenti economicamente più significativi.

Lo sfavore nei confronti dell'*in house* si inserisce in un clima più generale di sfiducia verso le società pubbliche. Il legislatore italiano si è spinto - in nome della tutela della concorrenza - ben oltre i paletti fissati dall'ordinamento comunitario, limitando in modo assai severo la costituzione e l'operatività delle società pubbliche⁵¹. Sono espressione di questa direttrice legislativa pro concorrenziale l'art. 13 del d.l. 223/2006, cd. Decreto Bersani e l'art. 3, comma 27, della legge n. 244/2007 (Finanziaria 2008). A ciò si sono aggiunte alcune disposizioni (art. 14, comma 32, d.l. 31 maggio 2010, n. 78) che - per finalità di contenimento della spesa - hanno imposto divieti assoluti di costituzione di mantenimento di partecipazioni pubbliche per i Comuni.

A ciò si aggiunga che il recente decreto legge 6 luglio 2012, n. 95 - contenente disposizioni in materia di tagli alla spesa pubblica (cd. *spending review*) - ha ulteriormente ridimensionato le società pubbliche e il modello *in house*⁵².

In primo luogo, salvo modifiche in sede di conversione, sono colpite le società controllate - direttamente o indirettamente - da pubbliche amministrazioni che prestano servizi prevalentemente a favore di queste ultime (come criterio di prevalenza è stata individuata la misura del 90% del fatturato nell'anno 2011). Tali società dovranno essere sciolte entro il 31 dicembre 2013 o, in alternativa, la partecipazione pubblica dovrà essere ceduta con gara ai privati entro il 30 giugno 2013 con contestuale assegnazione quinquennale del servizio (art. 4, comma 1). Se non si procederà in tal modo, a partire dal 1° gennaio 2014, dette società non potranno comunque ricevere affidamenti diretti di servizi, né potranno fruire del rinnovo di affidamenti di cui sono titolari (art. 4, comma 2).

Sono escluse dall'applicazione della norma - oltre alle società quotate e le loro controllate - le società che erogano servizi in favore dei cittadini, le società che svolgono compiti di centrale di committenza e alcune società strumentali direttamente individuate dal legislatore (Consip S.p.A. e Sogei S.p.a.). Saranno escluse anche altre società strumentali volte a soddisfare determinate esigenze (società per la tutela della riservatezza e della sicurezza dei dati, nonché quelle per assicurare l'efficacia dei controlli sulla erogazione degli aiuti comunitari del settore agricolo), da individuare con decreto del presidente del Consiglio dei Ministri, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, previa deliberazione del Consiglio dei ministri (art. 4, comma 3).

In secondo luogo, a decorrere dal 1° gennaio 2014 l'affidamento diretto può avvenire solo a favore di società a capitale interamente pubblico, nel rispetto dei requisiti richiesti dalla normativa e dalla giurisprudenza comunitaria per la gestione *in house* e a condizione che il valore economico del servizio o dei beni oggetto dell'affidamento sia complessivamente pari o inferiore a 200.000 euro annui. Sono fatti salvi gli affidamenti in essere fino alla scadenza naturale e comunque fino al 31 dicembre 2013 (art. 4, comma 8).

⁵¹ Cfr. M. Clarich, *Le società partecipate dallo Stato e dagli enti locali fra diritto pubblico e diritto privato*, in *Le società a partecipazione pubblica*, cit., p. 7 e ss.

⁵² Per un primo commento delle nuove disposizioni cfr. E. Bruno G. Fuoco, *La nuova società in house "marginale" negli affidamenti di beni e servizi a seguito della spending review*, in www.lexitalia.it.

Viene estesa, dunque, la regola restrittiva originariamente prevista per i servizi pubblici locali (art. 4, d.l. n. 138/2011) che ammette l'*in house* solo in relazione a situazioni economicamente più marginali. Il legislatore non poteva prevedere però che la regola alla quale si è uniformato come criterio generale sarebbe venuta meno per mano della Corte costituzionale (Corte cost. n. 199/2012, cit.). Salvo colpi di coda del legislatore, l'effetto inedito di tale combinazione è che nel giro di poche settimane - in discontinuità con l'ottica degli ultimi anni - l'*in house* è risorto nei servizi pubblici locali, mentre è stato ridotto alla marginalità nel caso di società strumentali.