AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

Le "nuove" società *in house* nella riforma Madia, tra perdurante specialità e transizione al diritto comune.

di Paolo Rossi

23 febbraio 2018

SOMMARIO: 1. La matrice "pubblicistica" del modello originario dell'in house providing, tra genesi anglosassone e perimetrazione del giudice comunitari – 2. La "specialità" del modello domestico dell'in house nell'evoluzione della disciplina di settore, ovvero un'anomalia del diritto societario – 3. La legificazione comunitaria del modello pretorio dell'in house – 4. Le "nuove" società in house nella riforma Madia, tra perdurante specialità e transizione al diritto comune – 5. Conclusioni.

*1. La matrice "pubblicistica" del modello originario dell'*in house providing*, tra genesi anglosassone e perimetrazione del giudice comunitario.*

La formula dell'*in house providing* [1] è stata utilizzata in ambito comunitario, per la prima volta, dalla Commissione UE nel Libro bianco sugli appalti pubblici del 1998, nel

[1] - Per un approccio teorico al tema dell'*in house providing* cfr. G.DI GASPARE, *Esternalizzazione (tramite contratti e figure soggettive delle attività amministrative) societarizzazioni e privatizzazioni: un approccio teorico,* in *Amm. in camm., 2005;* ID.*Servizi pubblici locali in trasformazione,* Padova, 2010, p.87 ss.; ID., *Esternalizzazione, societarizzazioni e privatizzazioni delle attività amministrative come strumento della governance esterna delle regioni, in Ec. dir. terz., 2005*; D.CASALINI, *L' organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house,* Napoli, 2003; G.GRECO, *Gli affidamenti "in house" di servizi e forniture, le concessioni di pubblico servizio e il principio della gara,* in *Riv. dir.pubbl.com.*, 2001, p. 1461; A.MASSERA, *L'in house providing: una questione da definire,* in *Giorn.dir.amm*., 2004, p. 849; M.MAZZAMUTO, *Brevi note su normativa comunitaria e in house providing,* in *Dir.Un.Eur*., 2001, p. 537; M.CAPANTINI, *Contratto di servizio e affidamento in house,* in *Riv.it.dir.pubb.com*., 2004, p. 801; R.URSI, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica tra outsourcing e in house providing,* in *Dir. Amm*., 2005; S.COLOMBARI, *"Delegazione interorganica" ovvero "in house providing" nei servizi pubblici locali* (nota a Cons.Stato, sez. V, 22 aprile 2004, n. 2316), in *Foro amm*., p. 1136; G.MARCHEGIANI, *Alcune considerazioni in tema di diritto comunitario concernente le concessioni e i c.d. affidamenti in house,* in *Riv.it.dir.pubb.com*., 204, p. 945; C.ALBERTI, *Appalti in house, concessioni in house, ed esternalizzazioni,* in *Riv.*dir.*pubb.com*., 2001, p. 495; S.VARONE, *Note in tema di affidamenti in house e diritto comunitario* (nota a Oberlandesgericht Naumburg, 8 gennaio 2003, Città di Halle, e alle conclusioni dell'Avv. Christine Stix-Hackl, presentate il 23 settembre 2004, causa C-.26/03), in *Foro amm*., 2004, p. 2416; R.URSI, *Brevi osservazioni sui presupposti dell'approvvigionamento in house di servizi pubblici locali alla luce del nuovo testo dell'art. 113, comma 5, lett. c) del testo sugli enti locali,* in *Foro it*., 2004, III, col. 196; ID, *Gli affidamenti in house a società di capitale interamente pubblico: la parole un'altra volta alla Corte di Giustizia,* in *Foro it*., 2004, III, col. 546; B.MAMELI, *affidamenti in house e libera concorrenza,* in *Urb e app*., 2003, p. 1419; M.GALESI, *In house providing: verso una concreta definizione del controllo analogo?* (commento a Cons. Stato, sez V, 22 aprile 2004, n. 2316),

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

quale gli "appalti *in house*" sono definiti alla stregua di "quelli aggiudicati all'interno della pubblica amministrazione, ad esempio tra amministrazione centrale e locale, o, ancora, tra una amministrazione e una società da questa interamente controllata"[2]. In realtà, la nozione comunitaria dell'*in house providing* è stata mutuata dall'ordinamento anglosassone, ove è tradizionalmente contrapposta all'ipotesi del *contracting out*, come modalità con la quale una pubblica amministrazione dispone per l'approvvigionamento di beni, servizi e forniture, ovvero l'erogazione di servizi[3]. L'ordinamento anglosassone contempla, in effetti, procedure concorrenziali con le quali le amministrazioni pubbliche sono tenute a confrontare l'opzione dell' *in house* con la possibilità di esternalizzare (*contracting out*) l'esercizio dell'attività o la produzione delle risorse necessarie al suo svolgimento, onde ottimizzarla in conformità ai principi di economicità, efficacia ed efficienza[4] Il produttore *in house* è soggetto, così, ad un confronto concorrenziale con produttori "esterni", ma, in caso di affidamento a quello dell'attività oggetto della procedura concorsuale, il rapporto tra pubblica amministrazione e produttore *in house* non è di tipo contrattuale, sfuggendo, quindi, alla disciplina comunitaria sugli appalti pubblici. Ove, invece, la p.a. decida di affidare l'attività, che è stata oggetto di confronto concorrenziale con l'opzione *in house*, ad un produttore "esterno", il rapporto giuridico ha natura contrattuale e sarà assoggettato alla disciplina comunitaria sugli appalti[5].

---

in *Urb. e app*., 2004, p. 931; L.PERFETTI, *L'affidamenti diretto di servizi pubblici locali a società partecipate dai comuni, tra amministrazione indiretta e privilegi extra legem, ,* in *Foro amm.*, 2004; C.MELLONE, *Legittimi gli affidamenti in house anteriori alla legge di riforma dei servizi pubblici locali,* in *Foro amm*., 2004, p. 1160; M. RICCIO, *La dubbia sanabilità degli affidamenti in house providing*, in *Urb e app*., 2004, p. 690; L.VALENTINO, *Gli affidamenti in house tra principi di concorrenza e prerogative statali alla luce della recente giurisprudenza nazionale e comunitaria*, in *Il Dir. UE*, 4/2005, 739 ss.; L.MANGIAVACCHI, *L'affidamento in house tra capitale pubblico e partecipazione privata*, in *www.giustamm.it*; P.ROSSI, *Ascesa e declino dell'in house providing e dell'affidamento diretto dei servizi pubblici locali a società miste, in Ec. dir. terziario*, n. 2 (p. 397 ss)-3 (p. 695 e ss)/2006.

[2] - Cfr. C. ALBERTI, *Appalti in house, concessioni in house ed esternalizzazione*, in *Riv.it.dir.pubbl.com.*, 2001, 3-4, p. 495. Sul tema si veda anche; D. CASALINI, *L'Organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house*, Napoli, 2003, 32. S. COLOMBARI, *Organismo di diritto pubblico e delegazione intergovernativa tra diritto comunitario e diritto internazionale*, in *Urb. e app.*, 2003, p. 1150 ; B. MAMELI, *Affidamenti in house e libera concorrenza*, in *Urb. e app.*, 2003, p. 1419; A. PERICU, *Servizi pubblici locali e diritto comunitario*, in *Analisi economica e metodo giuridico, i servizi pubblici locali*, Padova, 2003, p. 96; G. GRECO, *Gli affidamenti in house di servizi e forniture, le concessioni di pubblico servizio e il principio della gara*, in *Riv.it.dir.pubbl.com.*, 2001, p.1461; G. MARCHEGIANI, *Affidamenti "in house" e la sindrome del cavallo a dondolo. Sentenza a confronto*, in *www.giustizia-amministrativa.it* .

[3] - Sulle origini anglosassoni della nozione cfr. *amplius* G.F.FERRARI, *Consenso e semplificazione nel diritto angloamericano*, DPCE, 2006. Sul punto si veda D.CASALINI, *L'Organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house*, cit., pp. 103 e ss. Secondo S. ARROWSMITH, *Some problems in delimiting the scope of the public procurement directives: privatisations, purchasing consortial and in-house tenders,* in *Public procurement law review*, 1997, 203-204, ciò va inteso nel senso che l'amministrazione appaltante dovrà instaurare un confronto concorrenziale ma può decidere di terminare la procedura concorrenziale e mantenere la produzione *in house* se lo richiedono "*strategic reasons because of change in circunstances*".

[4] - Espressamente richiamati nel sistema di *best value,* ma sottesi anche alle procedure concorrenziali del *compulsory competitive tendering.*

[5] - Cfr. S. ARROWSMITH, *The law of public and utilities procurement,* London, 1996, p.118 ss.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

Nella sua genesi, l'istituto dell'*in house providing* sembra atteggiarsi, dunque, alla stregua di un modello di organizzazione di matrice pubblicistica, attraverso cui un'amministrazione pubblica provvede, in via di autoproduzione, ai propri bisogni mediante lo svolgimento di attività "interna" tramite proprie strutture o servizi senza alcun ricorso al mercato; modulo organizzativo alternativo a quello dell'*outsourcing* (o *contracting out*), in cui, invece, la p.a. si rivolge al privato esternalizzando l'esercizio stesso dell'attività amministrativa, ovvero più semplicemente la produzione ed il reperimento delle risorse necessarie al suo svolgimento, venendo così in rilievo il diritto della concorrenza tra gli operatori economici proprio degli appalti pubblici e delle concessioni.

Nondimeno, nel diritto comunitario non si ravvisa un vero e proprio obbligo di esternalizzazione in capo alle amministrazioni pubbliche, atteso che i principi del Trattato a tutela della concorrenza non impongono alle pp.aa. di rivolgersi, ai fini del reperimento di beni servizi o forniture, al mercato in ogni caso; anzi, è significativo, al riguardo, che l'art. 45 (ex art 55) del Trattato escluda dall'applicazione delle previsioni dedicate al diritto di stabilimento le attività svolte negli Stati membri che "partecipino, sia pure occasionalmente, all'esercizio dei pubblici poteri".

Come, dunque, sembrano esservi compiti e funzioni il cui esercizio non possa essere mai affidato all'esterno, così non sembra prospettarsi alcun vincolo di *outsourcing* per le pp.aa., ma soltanto il rispetto del principio dell'evidenza pubblica qualora le stesse decidano di rivolgersi al mercato.

L'opzione tra autoproduzione ed esternalizzazione sembra, per tal via, risolversi in una scelta discrezionale fra modelli organizzativi alternativi, che ogni amministrazione pubblica opera nell'ambito di quell'autonomia che l'ordinamento comunitario riconosce alle istituzioni pubbliche degli Stati membri[6]. In tal senso, l'affidamento *in house* costituerebbe concreta esplicazione della libertà di autoproduzione, componente essenziale di quell'autonomia organizzatoria pubblica ritenuta estranea alla sfera di applicazione del diritto comunitario; con la conseguenza che qualsiasi imposizione di esternalizzazione determinerebbe una violazione dell'autonomia, se non della stessa capacità giuridica di diritto privato delle pubbliche amministrazioni[7].

Unici limiti alla scelta tra mercato (esternalizzazione) o delegazione interorganica (autoproduzione) deriverebbero, pertanto, dal diritto interno, trattandosi di principi, quali l'efficienza, l'efficacia e l'economicità, che, più in generale, informano la potestà discrezionale della P.A.[8] Il che era stato già colto dalla Commissione Europea nella

[6] - Cfr. GALESI, *In house providing: verso una concreta definizione del controllo analogo ?,* in *Urb. App*., 2004, p. 938

[7] - Vedi R.CAVALLO-PERIN-D.CASALINI, *L'in house providing: un'impresa dimezzata*, cit., p. 62.

[8] - Secondo R. VILLALTA, *Pubblici servizi,* Milano, 2001, p. 139 e ss., la scelta organizzativa avente ad oggetto l'approvvigionamento dei fattori produttivi dovrebbe essere guidata da criteri puramente economici: l'amministrazione è legittimata a porre in essere rapporti *in house* e dunque ad organizzare essa stessa il recepimento dei fattori produttivi qualora sia stata più conveniente (risparmio di costi e qualità superiore delle prestazioni a parità di costo), sotto il profilo dell'economicità e dell'efficienza della azione amministrativa, del ricorso all'*outsourcing* mediante procedura pubblica di selezione del contraente. In tal senso v. anche TAR Toscana, 15 gennaio, 2001, n. 25, in *www.giustizia-amministrativa.it*. *Contra*, tra gli altri, L. AMMANNATI, *La forza espansiva del modello di affidamento*

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

Comunicazione interpretativa sulle concessioni, ove la fattispecie dell'*in house providing* era stata tendenzialmente ricondotta ad un'ipotesi di delegazione interorganica. In quell'occasione, infatti, la Commissione, dopo aver chiarito l'applicabilità all'istituto della concessione delle disposizioni generali del Trattato e dei principi di trasparenza, concorrenza e non discriminazione che la Corte UE aveva elaborato in materia di appalti, aveva appunto avuto modo di rilevare la problematica in caso di rapporto di delega interorganica tra concessionario ed amministrazione concedente, tale per cui il primo non esulerebbe dalla sfera amministrativa della seconda. Senonchè, dinanzi al quesito se in tal caso si dovessero applicare i principi comunitari di concorrenza, pubblicità, non discriminazione, oppure trovasse applicazione la deroga dell'*in house providing*, si era limitata a prendere atto della sua problematicità, rinviando ai contributi chiarificatori del giudice comunitario. In tal modo, la Commissione, pur isolando il fenomeno, non aveva delineato in modo compiuto i contorni della nozione dell'*in house*, preferendo rinviare agli sviluppi giurisprudenziali la soluzione della questione dell'applicabilità all'affidamento *in house* dei principi comunitari. La cautela della Commissione, del resto, appariva coerente con la scelta del legislatore comunitario di evitare di disciplinare direttamente il fenomeno degli affidamenti *in house*.

E' toccato, quindi, alla giurisprudenza della Corte di Giustizia UE - chiamata di volta in volta a sindacare la correttezza di affidamenti diretti operati da amministrazioni degli Stati membri - dover colmare tale lacuna, tentando di armonizzare i principi comunitari a tutela della concorrenza con il potere di autorganizzazione, parimenti riconosciuto in ambito comunitario, alle suddette pubbliche amministrazioni.

In assenza di un espresso parametro normativo rinvenibile nell'ordinamento UE, la configurazione pretoria dell'*in house* ha determinato una sorta di rincorsa continua tra Stati membri e Giudice comunitario, nel senso che i primi si sono via via spinti verso applicazioni più estensive dell'*in house*, inducendo la Corte europea a cercare di arginare il fenomeno attraverso un approccio progressivamente sempre più restrittivo.

In effetti, la Corte UE ha affrontato per la prima volta la questione dell'affidamento *in house* nella nota sentenza *Teckal*.[9]

Per la verità, già in precedenza il giudice comunitario, pur non pronunciandosi direttamente sull'*in house providing*, aveva avuto modo, nei casi *Arnhem*[10] e *RI.SAN*[11], di enunciare il principio della non obbligatorietà da parte delle amministrazioni aggiudicatrici del ricorso alla gara per l'affidamento di un servizio, potendo la p.a. decidere di svolgerlo direttamente tramite un soggetto in rapporto di delega interorganica, con esclusione, in tal caso, dell'applicazione della direttiva 92/50/CE. In ciò, la Corte aveva aderito alla tesi prospettata dagli Avvocati generali La Pergola e Alber; i quali avevano optato per un approccio funzionale anziché formale, compiendo valutazioni che andavano oltre la qualificazione giuridica del soggetto aggiudicatario come società per azioni, elemento ritenuto non idoneo di per sé ad escludere, *a priori*, l'appartenenza di detta società all'amministrazione. Il loro ragionamento, in sostanza, muoveva dalla

in house.Il settore del gas tra assimilazione alla disciplina generale dei servizi pubblici locali e incertezze del modello comunitario, in *RTDPC*, 2005, 1709 ss.

[9] - Cfr. Corte Giustizia CE, 18 novembre 1999, causa C-107/98, *Teckal Srl c. Comune di Viano*, cit; per un approfondimento critico-ricostruttivo cfr. *amplius* G. DI GASPARE, *Tra Stato e mercato: l'insostenibile leggerezza della concessione amministrativa, in Pol. dir.*, 1998, p. 503 ss.

[10] - Cfr. Corte Giustizia CE, 10 novembre 1998, causa C-360/96, in *www.curiaeu.it*.

[11] - Corte Giustizia CE, 9 settembre 1999, causa C-108/98, *RI.SAN s.r.l. c. Comune di Ischia, Italia lavoro S.p.a. e Ischia ambiente* in *www.curiaeu.it*.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

valutazione di una serie di indici sintomatici del vincolo di "dipendenza" fra affidante e affidatario: la dipendenza finanziaria e quella amministrativa, in termini sia gestionali, sia organizzativi. In entrambe le fattispecie, l'intreccio finanziario era stato ritenuto elemento necessario, ma non sufficiente per la sussistenza di un servizio *in house*; l'ulteriore elemento di collegamento era stato appunto individuato nella dipendenza amministrativa esercitata dall'ente locale sull' aggiudicatario, in forza della quale veniva meno la "terzietà e cioè la sostanziale distinzione" fra le società affidatarie ed gli enti locali affidanti. Dunque, la dipendenza finanziaria, unitamente a quella organizzativa e gestionale fra amministrazione aggiudicatrice e società aggiudicataria disvelavano la sussistenza di un nesso interorganico, escludendosi, per tal via, l'ambito applicativo della direttiva servizi.

Tuttavia, è con la sentenza *Teckal* che il giudice comunitario fornì un primo contributo significativo alla definizione dei contorni dell'*in house*. Di fronte al caso scrutinato di un affidamento diretto del servizio di riscaldamento ad un'azienda intercomunale[12], la Corte UE aveva infatti statuito che, ove l'amministrazione aggiudicatrice intenda stipulare il contratto d'appalto a titolo oneroso con un soggetto anch'esso amministrazione aggiudicatrice, si applicherà la direttiva 93/36/CE solo se tale ente è "*distinto da essa sul piano formale ed autonomo rispetto ad essa sul piano decisionale*". Pertanto, le procedure ad evidenza pubblica non possono essere escluse solo perché l'affidatario del servizio o del servizio è una persona giuridica pubblica. L'elemento che consente di escludere l'applicabilità delle direttive comunitarie è da ricercarsi piuttosto nell'assenza della terzietà dell'affidatario rispetto all'amministrazione appaltante. In altri termini, secondo il giudice comunitario la normativa europea sugli appalti pubblici non trova applicazione quando manchi un vero e proprio rapporto contrattuale tra due soggetti, come nel caso di "delegazione interorganica", in cui il servizio è affidato eccezionalmente *in house*. Ragion per cui, secondo la Corte, ove si sia in presenza di un vincolo contrattuale a titolo oneroso, si deve verificare la sussistenza o meno di un controllo da parte dell'amministrazione aggiudicatrice nei confronti dell'ente aggiudicatario analogo a quello da esso esercitato sui propri servizi, che porti i due soggetti ad essere una sola e stessa persona[13]. In tale ipotesi, si esulerebbe dal regime della direttiva servizi, giacchè la volontà negoziale verrebbe vanificata dalla capacità dell'ente territoriale di influire sul funzionamento del prestatore e l'assenza di autonomia di quest'ultimo negherebbero qualsiasi rilevanza esterna al contratto stipulato tra ente e prestatore di servizio, con conseguente venir meno della sostanziale terzietà dell'affidatario.

Ad avviso della Corte, quindi, ai fini della configurabilità dell'affidamento *in house* occorrono i seguenti presupposti: a) l'amministrazione aggiudicatrice deve esercitare sul soggetto affidatario un "controllo analogo" a quello esercitato sui propri servizi; b) l'affidatario deve realizzare la parte più importante della propria attività con l'amministrazione aggiudicatrice. Tali condizioni, per la Corte, debbono sussistere cumulativamente affinché l'amministrazione aggiudicatrice possa prescindere dall'applicazione delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici[14].

[12] - Cfr. Corte Giustizia CE, 18 novembre 1999, causa C-107/98, cit.

[13] - Sull'inquadramento teorico del controllo analogo cfr. *amplius* G.DI GASPARE, *Consorzi amministrativi, ad vocem, Dig. disc. pubbl.*, 1989, in cui l'Autore ne aveva già tratteggiato la perimetrazione concettuale.

[14] - Nel caso Teckal, la Corte non ravvisò una relazione organizzativa dotata di tale caratterizzazione, sottolineando che la conclusione sarebbe stata diversa qualora l'ente locale avesse

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

In presenza di siffatti connotati strutturali, il rapporto non può essere considerato, secondo il giudice comunitario, come instaurato fra soggetti distinti.[15]

Il principio affermato dalla Corte UE nella sentenza Teckal implica, dunque, che in tutti i casi in cui l'amministrazione affidante esercita nei confronti del gestore un potere di controllo analogo a quello effettuato sui servizi amministrativi, i compiti affidati al gestore devono essere considerati come delegati all'interno della stessa amministrazione: ciò in quanto la possibilità dell'ente di influire sulle decisioni dell'esercente il servizio e l'assenza di autonomia di quest'ultimo fanno perdere qualsiasi rilevanza al contratto stipulato tra l'ente e l'affidatario, il quale non può essere considerato sostanzialmente terzo, bensì una mera articolazione organizzativa interna all'amministrazione[16].

Tale pronuncia riveste un indubbio significato in sede ricostruttiva, soprattutto laddove configura per la fattispecie *in house* un regime speciale, che, ad una prima lettura, sembrerebbe riconducibile all'eccezione prevista dall'art. 6 della direttiva 92/50/CE[17], i cui effetti si estenderebbero anche ai quei settori degli appalti (come le forniture) ove manchi una disposizione derogatoria di equivalente portata. Tuttavia, a ben riflettere, l'area delle deroghe al principio della gara non coincide nelle due ipotesi, in quanto nella ricostruzione proposta dalla sentenza Teckal si prescinde dalla qualificazione di amministrazione aggiudicatrice dell'affidatario. Né parrebbe condivisibile la proposta[18]

---

mantenuto sull'aggiudicatario un controllo qualificato, da verificare sulla scorta della compresenza di più elementi sintomatici, quali la dipendenza formale, economica ed amministrativa, da aggiungere ad una corretta valutazione del destinatario del servizio.

[15] - Si vedano le conclusioni nel caso Teckal dell'Avvocato generale Georges Cosmas del 1 luglio 1999, in cui vengono indicate le condizioni che debbono essere soddisfatte perchè ci si trovi di fronte ad un contratto di appalto (nella specie forniture) e si applichi di conseguenza la procedura selettiva prevista dalla direttiva 93/38: occorre che "esista un incontro di volontà tra due diversi soggetti, l'amministrazione aggiudicatrice e il fornitore, e, dall'altro, il rapporto contrattuale venuto in essere consista nella fornitura di un bene a fronte di un corrispettivo in denaro…Inoltre occorre, elemento questo direttamente collegato al precedente , che la controparte contrattuale dell'amministrazione aggiudicatrice, il fornitore, abbia di fatto la qualità di terzo rispetto a tale amministrazione , e cioè che si tratti di una persona diversa rispetto all'amministrazione aggiudicatrice. Questo elemento costituisce altresì una caratteristica essenziale della stipulazione di contratti di appalto di forniture considerati dalla direttiva 93/36. Da quanto sopra risulta che la direttiva non si applica a casi in cui un'amministrazione aggiudicatrice ricorre a fonti proprie per la fornitura dei beni che desidera. Il diritto comunitario non impone che le amministrazioni aggiudicatici osservino la procedura che garantisce l'effettiva concorrenza tra gli interessati nel caso in cui le autorità di cui trattasi procedono esse stesse alla fornitura di beni di cui esse stesse abbiano la necessità". Un analogo percorso ricostruttivo è stato proposto dall'Avvocato generale La Pergola, nelle conclusioni relative alla causa C-360/96, *BFI* Holding, cit. (par. 38). Per una disamina della fattispecie, si veda C. ALBERTI, *Appalti in house, concessioni in house ed esternalizzazione,* in *Riv.it.dir.pubbl.com*, 2001, p. 520.

[16] - Secondo D. CASALINI, *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house,* cit., p. 32, l'*in house providing* si porrebbe come evoluzione delle teorie elaborate nel corso del secolo scorso in tema di individuazione delle persone giuridiche pubbliche, ove i relativi indici di riconoscimento presupponevano l'inserimento dell'ente nell'ambito dell'organizzazione della pubblica amministrazione.

[17] - L'art. 6 stabilisce che le disposizioni della direttiva 92/50/CE non si applicano agli appalti pubblici di servizi aggiudicati ad un ente che sia esso stesso un'amministrazione ai sensi dell'art. 1, lett. *b),* in base ad un diritto esclusivo di cui beneficia in virtù di disposizioni legislative, regolamentari od amministrative, purchè tali disposizioni siano compatibili con il Trattato. Sul piano della normativa interna di recepimento di identico tenore è l'art. 5, lett. *g*) del d.lgs. 17 marzo 1995, n. 157.

[18] - Cfr. M. MAZZAMUTO, *Brevi note su normativa comunitaria e* in house providing, cit., p. 559.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

di assimilare la delegazione interorganica alla particolare disciplina dei rapporti contrattuali con le imprese collegate prevista dall'art. 13 della direttiva 93/38/CE[19], atteso che la disciplina dei c.d."settori esclusi" concerne pur sempre ipotesi di appalto implicante la duplicità non solo formale, ma anche sostanziale dei soggetti interessati, mentre la fattispecie *in house* presuppone l'assenza di alterità sostanziale e va, quindi, inquadrata al di fuori di qualsivoglia rapporto contrattuale con soggetti terzi.

L'*in house providing*, pertanto, finisce per assumere un fondamento autonomo rispetto alle clausole di non applicazione contenute nelle direttive sopra richiamate, in quanto l'amministrazione può prescindere dall'applicazione delle procedure ad evidenza pubblica degli appalti in forza di un modello organizzativo meramente interno, qualificabile in termini di delegazione interorganica, che elimina in radice il presupposto per l'applicazione dell'ordinamento comunitario, vale a dire l'esistenza di un contratto a titolo oneroso tra due soggetti distinti. In tal senso, la disciplina europea sugli appalti pubblici diverrebbe irrilevante prima che inapplicabile, per l'assenza, appunto, del presupposto di fatto.[20]

La qualificazione *in house* andrebbe, in definitiva, riferita a fattispecie diverse e antitetiche rispetto all'appalto[21], caratterizzate dalla coincidenza sostanziale dei soggetti coinvolti nel rapporto, secondo lo schema di autoproduzione contrapposto al modello del *contracting out*[22].

Si tratta, infatti, di una scelta alternativa rispetto al ricorso al mercato, da ricollegare all'esercizio del potere di autorganizzazione proprio dell'amministrazione pubblica, al quale è riconosciuta rilevanza anche verso soggetti esterni all'ente di appartenenza, "purché gli stessi siano oggettivamente disciplinati come strumenti di quest'ultimo[23]. In tal senso, l'*in house providing* potrebbe essere qualificato - oltre che in termini di delegazione interorganica - ancora più in radice in termini di "autoproduzione del servizio pubblico"[24].

---

[19] - In base all' art. 13 della Direttiva 93/38/CE, la stessa non si applica agli appalti di servizi: a) assegnati ad un ente aggiudicatore ad un impresa collegata; b) assegnati da un impresa comune, costituita da più enti aggiudicatori, sempreché almeno l'80% della cifra d'affari media realizzata nella Comunità dall'impresa in questione negli ultimi tre anni in materia di servizi derivi dalla fornitura di detti servizi alle imprese alle quali è collegata. Allorché lo stesso servizio o servizi simili sono forniti da più di una impresa collegata all'ente aggiudicatore, occorre tenere conto della cifra d'affari totale nella Comunità risultante dalla fornitura di servizi da parte di queste imprese.

[20] - Cfr. F.MIDIRI, *Il Consiglio di Stato tra l'estensione dei parametri di ammissibilità dell'in house providing previsto dal legislatore italiano (e trentino) e i dubbi sulla sua compatibilità con l'ordinamento comunitario*, in *Serv. pubbl.app.*, 2004, 541 ss.

[21] - In tal senso si era espresso l'Avvocato Generale S. Alber nelle conclusioni relative alla causa C-108/98, *RI.SAN.*, cit., per il quale la clausola derogatoria di cui all'art. 6 della direttiva 92/50/CE ha un ambito residuale rispetto all'eventuale configurazione di una fattispecie *in house.*

[22] - Cfr. D. CASALINI, *L'organizzazione di diritto pubblico e l'organizzazione* in house, cit., p. 103, nonché p. 255, secondo cui "*l'in house providing* si pone a monte e costituisce piuttosto un ampliamento dell'organizzazione pubblica, formalmente alternativa al recepimento di prestazioni che potrebbero essere dedotte in un contratto di appalto, che invece – non solo dedotte come oggetto di una relazione organizzativa interna alla struttura amministrativa dell'ente appaltante".

[23] - Idem, p. 257.

[24] - Così G. CAIA, *Autonomia territoriale*, cit.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

Tuttavia, nella sentenza *Teckal* la Corte UE si era limitata ad individuare genericamente i parametri di compatibilità dell'*in house* con il diritto comunitario. [25]

In seguito, a fronte delle perduranti incertezze sulla portata effettiva del "paradigma *Teckal"*, la Corte UE, - sollecitata evidentemente anche dalla preoccupazione che il modulo dell'*in house* dalla stessa generato le fosse poi "sfuggito di mano" con effetti pregiudizievoli oltre misura per il mercato -, aveva assunto un approccio più restrittivo, soprattutto avuto riguardo alla perimetrazione del controllo analogo, onde ridurre il *range* operativo dell'*in house*. In tale prospettiva, il Giudice comunitario, dapprima, aveva escluso la sussistenza di siffatto controllo - come già evidenziato (nel caso *Stadt Halle*) – nell'ipotesi di società mista partecipata pure in via minoritaria dal privato; poi, dalla sentenza 13 ottobre 2005 n. 564/03 (caso *Parking Brixen*) [26], ne aveva messo addirittura in discussione la stessa configurabilità anche nell'ipotesi di società a capitale interamente pubblico. Orientamento sostanzialmente ribadito nelle successive statuizioni giudiziali del 6 aprile 2006 n. C-410/04 (caso *Amtab*)[27] , dell'11 maggio 2006 n. C-340/04 (caso

[25] - L'indirizzo espresso nella sentenza Teckal era stato sostanzialmente confermato dalla Corte CE anche nelle sentenze 7 dicembre 2000, causa C-94/99, ARGE, Racc. 11037 (punto 40) e nell'ordinanza 14 novembre 2002, causa C-310/01, Diddi srl c. Comune di Udine; 8 maggio 2003, causa C-349/97, Spagna c. Commissione, Racc. p. 3851 (punto 204 delle motivazioni); sentenza 7 dicembre 2000, causa C-94/99, ARGE, Racc. 11037 (punto 40) e nell'ordinanza 14 novembre 2002, causa C-310/01, in *www.curia.eu*.

[26] - Cfr. Corte Giustizia CE, sentenza 13 ottobre 2005, causa-458/03, *www.curiaeu.it*.

[27] - Cfr. Corte Giustizia CE, 6 aprile 2006 n. C-410/04, in *www.curiaeu.it*, in cui il giudice comunitario, in linea con quanto già stabilito nelle sentenze "Stadt Halle" e "Parking Brixen", afferma che le due condizioni del "controllo analogo" e della "parte più importante della propria attività" devono essere interpretate in modo restrittivo, mentre "l'onere di dimostrare l'effettiva sussistenza delle circostanze eccezionali che giustificano la deroga a quelle regole grava su colui che intenda avvalersene". In sostanza, i giudici non sembrano discostarsi dal solco della propria giurisprudenza, anche se in tale decisione non viene operato alcun richiamo alla necessità di un sindacato concreto sui poteri gestionali del Consiglio di Amministrazione della società affidataria, sull'oggetto sociale e, più in generale, su tutto quanto previsto dallo statuto, al fine di inferire la effettività del cosiddetto "controllo analogo" a quello esercitato sui propri servizi, così come era accaduto in occasione della sentenza "Parking Brixen".

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

Carbotermo)[28], del 18 gennaio 2007 n. C-220/05 (caso *Auroux*)[29] e del 29 novembre 2012, C-182/11 e C-183/11 (caso *Econord)*.[30]

Il quadro giurisprudenziale emerso a livello comunitario sul controllo analogo si era dunque andato progressivamente a consolidare, in senso restrittivo, sui seguenti limiti di ammissibilità dell'affidamento *in house*: il possesso della totalità del capitale sociale, il divieto di sub-ingresso di operatori privati successivamente all'affidamento, la sussistenza di forme di controllo ulteriori rispetto a quelle proprie della qualifica di socio.

In definitiva, volendo delineare una sorta di *indentikit* del modello comunitario elaborato in sede pretoria, i tratti essenziali dell'*in house* erano i seguenti: a) l'affidamento diretto (senza gara e senza ricorso a procedure di evidenza pubblica) di appalti e concessioni consentito tutte le volte in cui si possa affermare che l'organismo affidatario (nei casi in questione, una società), ancorchè dotato di autonoma personalità giuridica, presentasse connotazioni tali da giustificare la sua equiparazione a un "ufficio interno" dell'amministrazione affidante, poichè in questo caso non vi sarebbe stato un rapporto di alterità sostanziale, ma solo formale, sicchè non si sarebbe trattato, in buona sostanza, di un effettivo "ricorso al mercato" ("*outsourcing*"), bensì di una forma di "autoproduzione" o comunque di erogazione di servizi pubblici "direttamente" ad opera dell'amministrazione, attraverso strumenti "propri" ("*in house providing*"); b) tale equiparazione era predicabile esclusivamente in presenza di due specifici presupposti, identificati nel c.d. "controllo analogo", ovverosia in una situazione, di fatto e di diritto, nella quale l'ente sia in grado di esercitare sulla società un controllo analogo a quello che lo stesso ente esercita sui propri "servizi interni", e nella necessità che la società svolgesse la "parte più importante della propria attività" con l'amministrazione o le amministrazioni affidanti. In ogni caso, il requisito del c.d. controllo analogo richiedeva la necessaria partecipazione pubblica totalitaria, atteso che la partecipazione, pur minoritaria, di soggetti privati al capitale di una società, alla quale partecipasse anche l'amministrazione aggiudicatrice, escludeva che quest'ultima potesse esercitare un controllo analogo a quello che essa svolge sui propri servizi interni. La partecipazione pubblica totalitaria rappresentava, dunque, una condizione necessaria, ma non sufficiente, dovendosi ulteriormente verificare la presenza di strumenti di controllo da parte dell'ente pubblico più incisivi rispetto a quelli previsti dal diritto civile a favore del socio totalitario:

---

[28] - Cfr. Corte Giustizia CE 11 maggio 2006, n. C-340/04, in *www.curiaeu.it*, in cui la Corte, muovendo dal ragionamento svolto nella sentenza Parking Brixen, improntato sull'effettività e concretezza del sindacato, riconduce la nozione di "controllo" nell'alveo dell'esercizio da parte dell'ente affidante di un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti delle società partecipate, avendo cura di precisare che la detenzione in mano pubblica dell'intero capitale sociale dell'affidataria non è elemento sufficiente e decisivo ai fini della sussistenza del requisito in parola. In tal senso, i giudici europei escludono nel caso sottoposto al loro vaglio la sussistenza del "controllo analogo" in ragione oltre che dell'ampiezza dei poteri attribuiti al Consiglio di Amministrazione della società anche dell'assenza di specifiche riserve a favore del Comune. In sostanza, il controllo dell'ente pubblico, proprio perché circoscritto all'esercizio dei semplici poteri riconosciuti dal diritto societario ai soci di maggioranza, senza alcuna previsione aggiuntiva a beneficio della p.a., non garantirebbe, secondo la Corte, al soggetto affidante alcuna significativa influenza sugli obiettivi strategici e sulle decisioni importanti dell'affidataria, anche in ragione di una vigilanza esercitata su quest'ultima mediante una holding pubblica.

[29] - Cfr. Corte Giustizia CE, sentenza 18 gennaio 2007 n. C-220/05, in *www.curia.eu* .

[30] - Cfr. Corte Giustizia CE, sentenza del 29 novembre 2012, C-182/11 e C-183/1, in *www.curia.eu*.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

l'amministrazione aggiudicatrice doveva, infatti, essere in grado di esercitare un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici, sia sulle decisioni importanti dell'affidataria e il controllo esercitato doveva essere effettivo, strutturale e funzionale; peraltro, a determinate condizioni, il "controllo analogo" poteva essere esercitato congiuntamente da più amministrazioni pubbliche comproprietarie dell'affidataria[31].

A tali indirizzi della Corte UE si era via via adeguata anche la giurisprudenza nazionale, la quale aveva sostanzialmente recepito i tratti costitutivi, sopra richiamati, del modello pretorio[32], nonchè la sua finalità originaria: " *la società in house è un istituto nato nel diritto europeo con la finalità di limitare le ipotesi in cui si può derogare alle regole della "concorrenza per il mercato" mediante il ricorso a forme di affidamenti diretti di compiti relativi alla realizzazione di opere pubbliche o alla gestione di servizi pubblici"*.[33]

*2. La "specialità" del modello domestico dell'***in house** *nell'evoluzione della disciplina di settore, ovvero un'anomalia del diritto societario.*

[31] - Idem; secondo la Corte, da ciò consegue che, se un'autorità pubblica diventa socia di minoranza di una società per azioni a capitale interamente pubblico al fine di attribuirle la gestione di un servizio pubblico, il controllo che le autorità pubbliche associate nell'ambito di tale società esercitano su quest'ultima può essere qualificato come analogo al controllo che esse esercitano sui propri servizi, qualora esso venga esercitato congiuntamente dalle autorità suddette. Con particolare riferimento alla possibilità di ritenere sussistente un controllo analogo esercitato in forma congiunta, la Corte di Giustizia ha ulteriormente chiarito che ove più autorità pubbliche facciano ricorso ad un'entità comune ai fini dell'adempimento di un compito comune di servizio pubblico, non è indispensabile che ciascuna di esse detenga da sola un potere di controllo individuale su tale entità; ciononostante, il controllo esercitato su quest'ultima non può fondarsi soltanto sul potere di controllo dell'autorità pubblica che detiene una partecipazione di maggioranza nel capitale dell'entità in questione, e ciò perchè, in caso contrario, verrebbe svuotata di significato la nozione stessa di controllo congiunto. Infatti, l'eventualità che un'amministrazione aggiudicatrice abbia, nell'ambito di un'entità affidataria posseduta in comune, una posizione inidonea a garantirle la benchè minima possibilità di partecipare al controllo di tale entità aprirebbe la strada ad un'elusione dell'applicazione delle norme del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici o di concessioni di servizi, dal momento che una presenza puramente formale nella compagine di tale entità o in un organo comune incaricato della direzione della stessa dispenserebbe detta amministrazione aggiudicatrice dall'obbligo di avviare una procedura di gara d'appalto secondo le norme dell'Unione, nonostante essa non prenda parte in alcun modo all'esercizio del «controllo analogo» sull'entità in questione; v., in tal senso, sentenza del 21 luglio 2005, *Coname*.

[32] - Cfr., tra le tante, Corte Costituzionale, sent. 20-11- 2009, n. 307, in *www.cortecostituzionale.it*; ID., sent. 30-11-2015, n. 7, in *www.cortecostituzionale.it* ; Corte Cost., 20 marzo 2013, n. 46, in *Foro it. C.D.S.,* 2013, 2285; Cassazione SS.UU., 25-11-2013, n. 26283, in *www.cortedicassazione.it*; SS.UU., 24-10-2014, n. 22609, in *www.cortedicassazione.it*; SS.UU., 24-3-2015, n. 5848, in *www.cortedicassazione.it*; Cass. civ., sez. II, 14 marzo 2016, n. 4938, in *Dir. & Giust.*, 2016, 15 marzo 2016; Cons. Stato, AP, 3-3- 2008, n.1, in *www.giustiziaamministrativa.it*; ID., V, 5079/2014, in *www.giustiziaamministrativa.it*; ID., VI, 2660/2015, in *www.giustiziaamministrativa.it*; ID., VI, 11-12-2015, n. 5643, in *www.giustiziaamministrativa.it*; Cons. St., sez. VI, 26 maggio 2015, n. 2660, in *Giur.it.*, 2015, 1976; Cons. St., sez. VI, 11 dicembre 2015, n. 5643, in *Foro amm.*, 2015, 3101; TAR Piemonte, I, 13-6-2014, n. 1069, in *www.giustiziaamministrativa.it*; TAR Friuli, 4-12-2014, n. 629, in *www.giustiziaamministrativa.it*; Corte Conti, sez. Lazio, 2-1-2015, n. 2, in *www.corteconti.it*; TAR Roma (Lazio), sez. II, 17 giugno 2016, n. 7032, in *www.iusexplorer.it* ; Corte Conti, sez. Veneto, 19-3-2015, n. 185, in *www.corteconti.it*.

[33]- Cfr. Cons. Stato, Ad. Comm. Spec., parere del 16-3-2016, n. 438 sulla bozza del TU in materia di *società a partecipazione pubblica* (par. 7), in *www.giustiziaamministrativa.it*.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

In linea con tali orientamenti pretori il legislatore nazionale, nell'ambito dei numerosi interventi, sovente ondivaghi, adottati nel primo decennio del XXI secolo in materia di *utilities* locali[34], aveva introdotto la formula dell'*in house*, per la prima volta, con l'art. 14 del D.l. n. 269/03, convertito nella legge 24 novembre 2003 n. 326, prevedendo, tra le varie forme di gestione dei servizi pubblici locali, l'affidamento *in house* [35] a società a capitale interamente pubblico, a condizione che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitassero sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società svolgesse la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti pubblici che la controllavano.[36] In tal modo, il legislatore nazionale aveva rimesso alla piena discrezionalità dell'ente locale la scelta tra un modello competitivo-concorrenziale (affidamento tramite gara), ovvero uno semi-competitivo (affidamento diretto a società mista), ovvero uno riservato (affidamento diretto *in house* a società pubblica). Per tal via, il legislatore del 2003 non solo aveva recuperato lo schema, storicamente più gradito agli enti locali, della gestione diretta tramite le società partecipate, ma ne aveva soprattutto continuato a "proteggere" il monopolio esistente[37].

La reazione comunitaria a tale opzione fu l'attivazione da parte della Commissione UE della procedura d'infrazione[38]; anche la Corte di Giustizia UE, pur confermando i requisiti indicati nella sentenza *Teckal* per l'affidamento diretto, ebbe modo di stigmatizzare la decisione italiana, evidenziando il carattere "eccezionale" dell'affidamento *in house*[39].

Di qui l'esigenza, in sede nazionale, di dare un segnale di discontinuità all'Unione Europea, nel senso di un'accelerazione all'invocata apertura al mercato del settore delle *utilities* locali, re-introducendo, nell'art. 23 *bis* della legge 6 agosto 2008, n. 133, il principio della obbligatorietà della gara ad evidenza pubblica per l'affidamento del servizio. Con il ripristino della regola generale dell'affidamento del servizio tramite gara,

---

[34]- Sull'inquadramento teorico dei servizi pubblici locali, cfr. per tutti, G. DI GASPARE, *Servizi pubblici locali in trasformazione*, Padova, 2016.

[35] -Sul punto sia consentito rinviare a P. ROSSI, *Ascesa e declino dell'in house providing, cit.* p. 695 ss.

[36] -Tale previsione è stata poi parzialmente integrata dall'art. 4, comma 234, della legge 24 dicembre 2003, n.350, recante "Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato" - legge finanziaria 2004 in G.U. 25 novembre 2003, n. 274 – S.O. n. 181.

[37] - Secondo G.NAPOLITANO, *Regole e mercato*, cit., p. 79, ne consegue che "*la disciplina statale dei servizi pubblici locali appare diretta a tutelare l'amministrazione e i suoi interlocutori, piuttosto che l'assetto competitivo del mercato e le sue possibilità di apertura*".

[38] -In data 3 aprile 2008, la Commissione Europea aveva avviato la procedura di infrazione n° IP/08/502 nei confronti dell'Italia: oggetto della contestazione consiste nell'affidamento del servizio idrico effettuato dall'ATO 2 Marche Centro Ancona alla società Multiservizi SpA in violazione dei principi di libera concorrenza e parità di trattamento degli operatori economici sul mercato, dal momento che non sarebbero rinvenibili, nei casi contestati, i requisiti della cd. sentenza *Teckal,* assunti, nelle ricostruzioni dell'autorità citata, in un'accezione particolarmente restrittiva e formale.

[39] -Cfr. Corte Giust., *sentenza* 8 maggio 2003, in Causa C-349/97; Corte Giust., sentenza 11 gennaio 2005, in Causa C-26/03; Corte Giust., sentenza 21 luglio 2005, in Causa C-231/03; Corte Giust., Sez. I, sentenza 6 aprile 2004, Corte Giust, Sez. VII, sentenza 10 aprile 2004, n. C-323/07 n. C-410/04.; Corte Giust., Sez. II, sentenza 17 luglio 2007, n. C-371/05, in *www.curia.eu*. Anche la giurisprudenza amministrativa italiana si è espressa in tal senso, si veda: Cons. Stato, sez. V, 6 maggio 2002, n. 2418, anche in *Foro amm.-CdS*, 2002, p. 1231; id., 30 aprile 2002, n. 2297, *in Foro it*., 2002, III, col. 553; nonché id., 19 aprile 2004, n. 679, in *Foro amm.-CdS*, 2004, p. 461.

l'affidamento diretto *in house* veniva correlativamente configurato quale modalità cui l'ente locale doveva ricorrere solo in via d'eccezione. L'art. 23 *bis* sembrava, dunque, aver finalmente posto le basi per un modello di affidamento con gara come regola e quello *in house* come deroga[40], estromettendo dal circuito le società miste, cioè le affidatarie dirette monopoliste del settore; la cui reazione, tuttavia, non si fece attendere, se il Governo, nel volgere di qualche mese, si dovette affrettare ad adottare una correzione di rotta con l'art. 15 del D.l.n. 135/09, in forza del quale veniva rotto il dualismo gara-*in house*=regola-eccezione, prefigurando come modalità ordinaria, anche l'affidamento del servizio alle società miste, pur con alcune restrizioni (*id est*, che il socio fosse scelto mediante procedura competitiva ad evidenza pubblica, che la gara avesse un duplice oggetto, *id est* la qualità di socio e l'attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio e che al socio privato fosse attribuita una partecipazione non inferiore al 40 per cento).

Per tal via, finirono, ancora una volta, per venire salvaguardati gli affidamenti diretti delle società miste, cioè la gran parte delle gestioni in essere all'epoca, unitamente alla facoltà per l'ente locale di utilizzare agevolmente anche l'altra formula gestionale particolarmente gradita, cioè l'*in house*. In effetti, gli obblighi imposti all'ente affidante, oltre al possesso dell'intero pacchetto azionario, erano sostanzialmente di tipo formale-procedurale: l'ente doveva dare adeguata pubblicità alla scelta [41], nonchè motivarla in base ad un'analisi del mercato[42]. All'esito della verifica, l'ente doveva trasmettere una relazione all'AGCM, che, entro 60 giorni dal ricevimento della stessa (salvo proroghe, in caso di ulteriori richieste istruttorie da parte dell'Autorità[43]), doveva esprimere un parere preventivo, obbligatorio, ma non vincolante e comunque soggetto al regime del silenzio assenso[44]. In ogni caso, il meccanismo individuato del parere preventivo non vincolante dell'AGCM non metteva l'Autorità in grado di esercitare alcun potere di veto sulla eventuale decisione difforme dell'ente affidante.

In seguito, nel 2011, due variabili per così dire "indipendenti" determinavano un'improvvisa riaccelerazione della transizione al mercato: da un lato, una vicenda tutta interna, culminata nel voto referendario; dall'altro, la devastante crisi finanziaria globale[45], che, sul piano interno, aveva imposto la necessità di gestire la difficile

[40] -Cfr. A. VIGNERI, *I servizi pubblici locali dopo l'art. 15 del d.l. 135/09* in *astridonoline.it.*

[41] -Per garantire l'apertura alla concorrenza (cfr. Corte Giust. CE, 13 settembre 2007, C-260/04; Corte Giust. CE, 13 ottobre 2005, C-458/03) è necessario che ogni interessato abbia diritto di aver accesso ad informazioni adeguate prima che venga attribuito un servizio pubblico, di modo che possa essere messo in grado di manifestare il proprio interesse a conseguirlo (cfr. Corte Giust. CE, sez. I, 10 novembre 2005, C-29/04), in *www.curia.ue*. Pertanto, trasparenza e pubblicità devono essere date alla notizia dell'indizione della procedura di affidamento; imparzialità e non discriminatorietà devono determinare le regole di conduzione di questa.

[42] -La necessità di motivare adeguatamente la scelta dell'ente locale di derogare alla regola della gara era già stata affermata in sede giurisprudenziale, ben prima dell'entrata in vigore della legge di riforma: si veda al riguardo TAR Lombardia, n. 22 del 24 aprile 2001, nonchè la citata sentenza Consiglio di Stato, Ad. plen., sentenza 3 marzo 2008, n. 1, che stabilisce come l'ente affidante debba comunque «*motivare in modo adeguato perchè si avvale di una società mista, invece di rivolgersi integralmente al mercato*».

[43] -Anche tale previsione non è espressamente inclusa nel dettato normativo.

[44] -Cfr. Comunicazione Antitrust del 20 ottobre n. 2008 in *www.federalismi.it*, 20, 2008.

[45] - Sull'argomento, cfr. *amplius*, G. DI GASPARE, *Teoria e critica della globalizzazione finanziaria*, Padova, 2012.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

congiuntura ad un Esecutivo tecnico (il Governo Monti), il quale, tra l'altro, aveva adottato misure volte a orientare, anche in un'ottica di *spending review*, il settore delle *utilities* locali al mercato, ponendo un *timing* perentorio alla fine del monopolio degli affidatari diretti. Quanto alla vicenda referendaria, si ricorderà come, di là dal dichiarato obiettivo dei promotori d'impedire la privatizzazione della gestione del servizio idrico, l'esito del voto, con l'abrogazione dell'art. 23 *bis* della legge n.133/08, aveva finito per travolgere la disciplina generale dei servizi pubblici locali ivi contenuta. Sul vuoto lasciato dal *referendum* il legislatore era stato costretto subito ad intervenire, adottando una previsione, di cui all'art. 4 del d.l. n. 138 del 2011 (convertito con la legge n. 148 del 14 settembre 2011), che, tuttavia, evocava in modo imbarazzante l'impianto abrogato[46]. L'art. 4 del d.l.n. 138/2011 finiva, in effetti, per reintrodurre i principi cardine della liberalizzazione e della gestione concorrenziale dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, qualificando come d'eccezione l'attribuzione dei diritti di esclusiva, consentita solo laddove l'ente locale svolgesse un'istruttoria e adottasse una delibera quadro dalle quali risultassero i fallimenti del sistema concorrenziale e, viceversa, i benefici per la stabilizzazione, lo sviluppo e l'equità all'interno della comunità locale derivanti dal regime di esclusiva del servizio. Ove l'ente locale non intendeva avvalersi della modalità "ordinaria" era tenuto a dar prova dei fallimenti del mercato del regime concorrenziale per quel settore specifico, attraverso un approfondito studio delle esternalità di produzione e di consumo, di situazioni di monopolio, di possibilità regolative idonee a fronteggiare i fattori di distorsione senza rinunciare alla "gestione concorrenziale." [47] Per la verità, l'impianto introdotto dal citato art. 4 si differenziava da quello previgente sotto il profilo, non marginale, della scelta tra procedura a evidenza pubblica o affidamento diretto del servizio. Nel precedente regime, infatti, la gara era, come evidenziato, lo strumento privilegiato, derogabile in presenza di situazioni eccezionali che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettessero un efficace e utile ricorso al mercato, in cui l'affidamento *in house* era consentito previa richiesta di parere all'Autorità antitrust nazionale. Nell'art. 4 era invece stata fissata una soglia (valore dell'affidamento pari a 900.000 euro annui) al di sopra della quale la gara era obbligatoria, mentre al di sotto la gara era possibile, ma non necessaria (comma 13

[46] - Cfr. AGCM, Segnalazione AS864 del 26 agosto 2011, in *www.agcm.it*, in cui evidenzia la marcata similitudine con la previgente disciplina: "l'art. 4 del decreto si pone l'obiettivo di colmare il vuoto normativo lasciato dall'abrogazione dell'art. 23-bis del decreto legge n. 112/2008, in modo da adeguare la disciplina dei servizi pubblici locali al quadro giuridico comunitario.

[47] - Sul punto l'AGCM, con il parere del 26 agosto 2011, n. AS864, in *www.agcm.it*, ha riconosciuto che, in tal modo, l'articolo in esame rilancia meritoriamente il processo di liberalizzazione dei servizi pubblici locali, avviato sulla base del precedente impianto regolatorio. Tuttavia, l'impianto normativo ora proposto si differenzia da quello precedente per un aspetto di rilievo, riguardante la scelta tra procedura a evidenza pubblica o affidamento diretto del servizio. Nel precedente regime, la gara era lo strumento privilegiato, derogabile in presenza di "situazioni eccezionali che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace e utile ricorso al mercato", in cui l'affidamento in house era consentito previa richiesta di parere all'Autorità. Ora viene stabilita una soglia (valore dell'affidamento pari a 900.000 euro annui) al di sopra della quale la gara è obbligatoria, mentre al di sotto la gara è possibile, ma non necessaria (comma 13 dell'art. 4). L'eccezionalità della situazione che non consente il ricorso al mercato viene dunque approssimata da un ben preciso valore economico del servizio, che però non può sostituirsi in maniera efficace a tutte le realtà in cui la gara non è esperibile, realtà che presentano necessariamente caratteristiche molto differenziate sotto i vari aspetti che la formulazione del precedente art. 23-bis aveva colto.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

dell'art. 4). Per tal via, la gestione *in house*, pur prevista dall'art. 4, veniva sottoposta al limite più stringente della citata soglia massima di valore economico del servizio oggetto dell'affidamento. Peraltro, la norma, dopo aver precisato che le società a capitale interamente pubblico, aventi i requisiti richiesti dall'ordinamento europeo, possono essere affidatarie del servizio in modalità *in house,* stabiliva la possibilità di partecipare a procedure competitive ad evidenza pubblica, in conformità a quanto sancito da una consolidata elaborazione giurisprudenziale nazionale e comunitaria [48]. Per di più, al fine di assicurare anche in questi casi gli equilibri di bilancio, era previsto che le società *in house* affidatarie fossero assoggettate al patto di stabilità interno (art. 4, comma 14) e al controllo di gestione affidato all'organo di revisione economico-finanziaria dell'ente, secondo le previsioni del Titolo VII TUEL. Anche il ruolo dell'*Antitrust* appariva ridimensionato, giacchè l'art. 4 non aveva riproposto l'obbligo di richiesta di parere preventivo da parte dell'ente locale, come nell'art. 23 *bis*, nel caso di affidamento diretto nell'"eccezionale" ipotesi che non consentisse l' "efficace e utile ricorso al mercato".

Comunque sia, la norma ripristinatoria era stata immediatamente impugnata dinanzi alla Consulta da parte di alcune Regioni, che avevano ritenuto tale previsione non solo lesiva delle competenze legislative regionali, *ex* 117 Cost. in materia di servizi pubblici locali, ma anche elusiva dell'intervenuta abrogazione popolare dell'art.. 23 *bis* del d.l. n. 112 del 2008, in palese violazione dell'art. 75 Cost. [49]

[48] - Cfr. Consiglio Stato, sent. n. 17 del 2011; ID., sez V, 5 marzo 2010, n. 1282, in-*www.giustizia-amminsitrativa.it*; Corte Giust. CE, 12 giugno 2009, n. 3767, in *www.curia.eu*. La giurisprudenza comunitaria e nazionale è, infatti, costante nel riconoscere che il solo fatto che le amministrazioni aggiudicatrici ammettano la partecipazione ad un procedimento di aggiudicazione di un pubblico appalto organismi che beneficiano di sovvenzioni pubbliche non costituisce automaticamente violazione del principio di parità di trattamento, non sussistendo a livello di normativa europea un espresso divieto di partecipazione di tali organismi a dette procedure di appalto., che ha stabilito che l'obbligo per le società, a capitale interamente pubblico o privato, di operare esclusivamente con gli enti costituenti o partecipanti ed il connesso divieto di svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati (né attraverso affidamento diretto, né attraverso gara) riguarda solo quelle "…costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali o locali per la produzione di beni o servizi strumentali all'attività". E' solo la specifica missione strumentale della società rispetto all'ente che l'ha costituita ovvero la partecipa a giustificare il divieto legislativo di operare per altri soggetti pubblici o privati, al fine di non godere della posizione privilegiata sul mercato, determinata proprio dalla predetta strumentalità, ritenuta dal legislatore fonte di alterazione o di distorsione della concorrenza e del mercato e di violazione del principio di parità degli operatori. Peraltro, l'*Antitrust* nella Segnalazione al Governo e al Parlamento, AS864 del 26 agosto 2011 ha sottolineato che "l'opportunità di accompagnare il processo di riforma del settore dei servizi dei servizi pubblici locali con misure di garanzia dell'efficienza e della qualità della gestione del servizio, e cioè indipendentemente dalla natura pubblica o privata del gestore".

[49]- La disciplina dell'art. 4 è stata impugnata dalle Regioni Puglia, Lazio, Marche, Emilia-Romagna, Umbria e Sardegna, cfr. Corte costituzionale, sentenza 20 luglio 2012 n. 199, in *www.cortecostituzionale.it*. In ordine alla violazione dell'art. 117 Cost. la ricorrente Regione Puglia, sostiene, ad esempio, che il citato art. 4, limitando le ipotesi di affidamento *in house* dei servizi pubblici locali senza gara al di sotto di 900.000 euro alle società a capitale interamente pubblico, ed in generale comprimendo in capo agli enti territoriali e locali il potere di qualificare la natura dei predetti servizi e di scegliere i relativi modelli di gestione, al di là di ogni obiettivo di tutela degli aspetti concorrenziali inerenti alla gara, contrasterebbe con i principi di autodeterminazione degli enti locali (artt. 5, 114, 117 e 118 Cost.). La norma impugnata contrasterebbe poi anche con l'art. 345 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, espressione del principio di neutralità rispetto agli assetti proprietari delle imprese e alle relative forme giuridiche, e con il principio della cosiddetta *preemption*, in virtù del quale l'esistenza di una regolamentazione europea precluderebbe l'adozione di discipline divergenti, ponendo peraltro nel nulla intere disposizioni dei Trattati (gli artt. 14 e 106, comma 6, TFUE, ma anche l'art. 36 della Carta dei diritto fondamentali dell'Unione europea).

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

Nel frattempo, essendo sopravvenuti, come accennato, anche sul piano interno gli effetti devastanti della crisi finanziaria globale, l'esecutivo tecnico Monti decideva di intervenire ancora nel settore delle *utilities* locali in un'ottica sia di *spending review*, sia di promozione della concorrenza. Di qui le modifiche al richiamato art. 4, la prima delle quali ad opera dell'art. 25 (rubricato "*Promozione della concorrenza nei servizi pubblici locali*") del d.l. n.1 del 24 gennaio 2012 (convertito con legge 24 marzo 2012 n.27) recante "*Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività*", che, tra l'altro, intendendo porre un freno al fenomeno sempre più diffuso dell'affidamento *in house*, aveva ridotto - da 900 mila euro a 200 mila - la soglia del valore annuo di un servizio entro la quale tale modulo di gestione poteva risultare compatibile con la normativa *in house* e alla stessa poteva essere ammessa una sola deroga temporalmente limitata: l'affidamento per la gestione *in house* poteva, infatti, avvenire a favore di azienda risultante dalla integrazione operativa, perfezionata entro il termine del 31 dicembre 2012, di precedenti gestioni dirette *in house* tale da configurare un unico gestore del servizio a livello di ambito o di bacino territoriale ottimale. La durata dell'affidamento *in house* all'azienda risultante dall'integrazione non poteva essere in ogni caso superiore a tre anni (art. 25, comma 1). Chiara la duplice *ratio* della norma, riconducibile all'obiettivo non solo di favorire le aggregazioni tra società pubbliche, al fine di porre un rimedio all'eccessiva frammentazione di *public utilities* e al conseguente "nanismo" di società operanti nei diversi settori di servizi locali, ma al contempo di circoscrivere, comunque, l'operatività dell'*in house*; in tale ottica, quest'ultimo era stato assoggettato al patto di stabilità interno equiparandolo alle amministrazioni pubbliche sia per la materia del reclutamento del personale, sia per il regime degli acquisti.

Le modifiche varate dal d.l. n.1/2012 - convertito nella l.n. 27/2012 - erano state poco dopo ulteriormente corrette dall'art. 53 del d.l. n. 83/2012 (convertito con modifiche con legge 7 agosto 2012 n. 134 recante "*Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo*"); la correzione incideva anche in materia di deroga alla scadenza degli affidamenti *in house*, in quanto nell'ipotesi in cui si intendeva procedere all'affidamento a più soggetti gestori, l'amministrazione locale poteva procedere con l'affidamento *in house* a condizione che venisse costituita un'unica società anziché una integrazione operativa. Nelle more della conversione del richiamato D.l. n. 83/2012, interveniva, peraltro, un ulteriore fattore di instabilità nel già incerto quadro di riferimento *post* referendario: la sentenza n. 199/2012 della Corte Costituzionale, la quale, nel pronunciarsi sul richiamato contenzioso attivato da alcune Regioni nei confronti del citato art.4 del d.l. n. 138/11, ne dichiarava l'incostituzionalità facendo venir meno, nel settore dei servizi pubblici locali, la disciplina di carattere generale di cui al citato art. 4.

All'esito, ci si era chiesti quale potesse essere il nuovo quadro normativo di riferimento per i servizi pubblici locali.[50] In proposito, la stessa Corte, nell'ambito del giudizio di ammissibilità del suddetto *referendum*, aveva escluso, per un verso, la reviviscenza delle norme abrogate dall'art. 23bis, e per l'altro verso aveva stabilito che, in caso di abrogazione dello stesso art. 23bis, avrebbe trovato applicazione immediata la normativa comunitaria (peraltro meno restrittiva rispetto al disposto dell'art. 23bis) relativa alle regole concorrenziali minime in tema di gara ad evidenza pubblica per

[50]- Sul punto, sia consentito rinviare *amplius* a P.ROSSI, *Servizi pubblici locali: una deregolazione incompiuta*, Torino, 2012, pag. 300 ss.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

l'affidamento della gestione dei servizi pubblici di rilevanza economica[51]; in ciò, peraltro, ribadendo l'orientamento già espresso nella citata sentenza n. 325/10. Si ricorderà, infatti, come in tale decisione il Giudice delle leggi avesse rilevato che la disciplina prevista dall'art. 23 *bis* non era in contrasto con il diritto comunitario, ma non rappresentava nemmeno un'applicazione necessitata della richiamata normativa europea: era il risultato di una scelta discrezionale dello Stato membro, comunque compatibile con il diritto comunitario.

Muovendo dalla statuizione della Consulta, l'interprete era stato chiamato a tentare di individuare il perimetro del nuovo *ordo iuris* delle *utilities* locali, avendo come punto di riferimento il parametro dei principi comunitari quale soglia minima indefettibile di tutela di un assetto concorrenziale; principi che avevano assunto, per tal via, un'inaspettata centralità nella definizione del nuovo "ordine" normativo interno del settore delle utilities locali. Principi desumibili sia dal Trattato UE con riferimento ai servizi di interesse economico generale, sia dalla consolidata giurisprudenza comunitaria in materia di *public utilities*, che, come ricordato, aveva elaborato da tempo una serie di indicatori di riferimento in materia di affidamenti diretti del servizio, i*n house* ed a società miste.

In tal senso, ci si era altresì chiesti se, venuta meno la disciplina nazionale che aveva introdotto una normativa più restrittiva per l'affidamento diretto *in house* – prevedendo, oltre ai requisiti *Teckal,* il concorso di una serie di ulteriori condizioni (uno su tutti, il limite della soglia minima dei 200.000 euro) -, l'*in house* continuasse ad essere una modalità di affidamento "eccezionale" del servizio. Sul punto, si era ritenuto che restassero fermi i richiamati orientamenti della giurisprudenza comunitaria, peraltro recepiti da tempo da quella nazionale, sul ricorso all'affidamento diretto *in house* come modalità di gestione d'eccezione[52]: infatti, il Consiglio di Stato aveva sanzionato l'illegittimità dell'affidamento diretto giacchè "le disposizioni che derogano alla regola della procedura di evidenza pubblica, in quanto eccezionali rispetto ai principi che informano la materia, sono di stretta interpretazione"; confermandosi, al contempo, la necessità di motivare la deroga alla procedura competitiva al fine di una "rigorosa e puntuale scelta circa la ricorrenza dei presupposti che giustificano la sottrazione dell'affidamento alla regola del confronto competitivo" [53]. Quindi, nonostante il venir meno dell'art. 4, il principio della eccezionalità degli affidamenti *in house* era parso conservare tutta la sua validità. Correlativamente, il principio dell'obbligatorietà della

[51] - Cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 24/2011, in *www.cortecostituzionale.it*, secondo cui tale reviviscenza è stata costantemente esclusa in simili ipotesi; cfr. ID., sentenze 31/2000 e 40/1997, in *www.cortecostituzionale.it*

[52] - Sotto questo profilo è nota la copiosa giurisprudenza sulla questione; in particolare Corte Giust. CE, sez. V, sentenza 11 maggio 2006, causa C-340/04; Corte nella sentenza 13 ottobre 2005, causa C-458/03; Corte Giust., sez, I, sentenza 6 aprile 2006, C-410/04, in *www.curia.eu* . Con questa ultima sentenza, la Corte di giustizia, evidenzia come le condizioni stabilite dalla sentenza *Teckal* per l'ammissibilità dell'affidamento diretto, ovvero quello del "controllo esercitato sull'ente concessionario dall'autorità pubblica concedente analogo a quello che esercita sui propri servizi" e quello relativo al fatto che detto ente deve realizzare "la maggior parte della sua attività con l'autorità detentrice", rappresentano "una eccezione alle regole del diritto comunitario" (p. 63 della sentenza). In quanto considerate eccezioni e non la regola, "le due condizioni … debbono formare oggetto di una interpretazione restrittiva e l'onere di dimostrare l'effettiva sussistenza delle circostanze eccezionali che giustificano la deroga a quelle regole grava su colui che intende avvalersene".

[53] - Così Consiglio Stato, Sez V, sentenza 25 luglio 2011, n. 4452, in *www.giustiziaamministrativa.it*.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

gara ad evidenza pubblica sembrava destinato a costituire la regola per un assetto effettivamente concorrenziale del mercato delle *utilities* locali. Tuttavia, il venir meno degli stringenti requisiti richiesti dalla richiamata disciplina nazionale - dichiarata incostituzionale – sembrava in qualche modo riespandere l'ambito di operatività dell'affidamento *in house*, essendo sottoposto alle " maglie più larghe" individuate dal giudice comunitario nel c.d. modello *Teckal, id est* del carattere analogo del controllo esercitato sul gestore *in house*, sul carattere prevalente dell'attività esercitata a favore dell'ente controllante e del carattere pubblico del gestore.

Sotto ulteriore profilo, ci si era chiesti quale potesse essere la sorte dell'obbligo di motivazione della scelta di procedere con la procedura derogatoria, ovvero tramite affidamento *in house*, da parte delle amministrazioni pubbliche. Si ricorderà, infatti, che la norma dichiarata incostituzionale prevedeva che l'ente locale, orientato ad affidare il servizio *in house,* doveva provvedere ad inviare una relazione all'Autorità Garante per la Concorrenza ed il Mercato, motivando la deroga alla procedura competitiva con la verificata non appetibilità del servizio da parte del mercato. L'ente locale doveva provvedere a descrivere il peculiare contesto territoriale, con particolare riguardo alle caratteristiche economiche (aree depresse, congiunture economico-finanziarie difficili) e sociali (esigenze di tariffazione al di sotto dei valori di mercato, crisi occupazionali), ambientali (che potrebbero sconsigliare una gestione standardizzata del servizio) e geomorfologiche (come nel caso, ad esempio, dei territori montani)[54]; doveva al contempo esplicitare gli aspetti strutturali, organizzativi, economici e finanziari del servizio affidando, evidenziando i punti di criticità del mercato di riferimento (ridotti volumi di produzione, anche su base pluriennale; esistenza di oligopoli, monopoli, cartelli) che impedivano un corretto confronto concorrenziale consigliando, pertanto, un affidamento diretto. Infine, doveva essere indicato anche un termine entro il quale rimuovere gli ostacoli che impedivano il ricorso alla gara[55]. Evidentemente, se non sembrava eludibile il principio dell'"eccezionalità" dell'affidamento *in house*, il ricorso a questa forma derogatoria di affidamento del servizio non avrebbe potuto che essere accuratamente motivata dall'ente locale. Ciò, *a fortiori*, dopo che il Consiglio di Stato aveva ribadito che, in materia di servizi pubblici locali, la scelta della modalità di gestione dovesse essere effettuata previa valutazione comparativa tra le diverse forme di gestione previste dalle disposizioni in materia[56]; principio applicabile, in generale, a prescindere da apposita norma statutaria, ogni qual volta debba essere effettuata la scelta tra il ricorso alle varie forme di gestione previste, anche se ciò non è espressamente contemplato dall'art. 113 TUEL, in ossequio al principio di buon andamento costituzionalmente canonizzato. Inoltre, occorreva dimostrare non solo la sussistenza dei presupposti richiesti per l'autoproduzione, ma anche la convenienza rispetto all'affidamento della gestione del servizio a terzi. In difetto, la scelta effettuata dall'ente locale sarebbe stata del tutto immotivata e, per di più, contraria al principio costituzionale di buona amministrazione che impone la scelta più adeguata agli interessi della pubblica

[54] - In ordine alla relazione da inviare all'AGCM vedi P.POLIMANTI, *Le principali novità nei servizi pubblici locali. Alcuni aspetti problematici della riforma,* in *www.amministrazioneincammino.luiss.it* .

[55] -A tal proposito si richiama ancora la Circolare del Ministero dell'Ambiente del 6 dicembre 2004, *cit.*, che ammetteva l'affidamento *in house* per un periodo «obbligatoriamente limitato al tempo necessario per il superamento degli impedimenti all'effettiva messa in concorrenza del servizio».

[56] - Cfr. Consiglio Stato, sez. V, sentenza 8 febbraio 2011 n. 854, in *www.giustizia-amministrativa.it* .

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

amministrazione. Del pari, era sembrato venir meno il divieto per le società *in house* di partecipare a gare ad evidenza pubblica o di ricevere affidamenti diretti in altri enti locali, essendo venuta meno la disposizione che precludeva tale possibilità a queste società.

In siffatto contesto particolarmente incerto, il Governo Monti, evidentemente consapevole della fragilità del "riordino" normativo esitato dalla vicenda referendaria e dalla richiamata statuizione della Consulta, era tornato ad occuparsi ben presto della materia, cercando di consolidare le fondamenta del nuovo assetto pro-mercato. Di qui l'adozione dell'art. 34 del d.l. n. 179/2012 (convertito nella legge n. 221/2012) - ispirata dall'esplicito intento di assicurare il rispetto della disciplina comunitaria, della parità tra gli operatori, dell'economicità della gestione e di garantire adeguata informazione alla collettività di riferimento -, con cui era stato previsto che l'affidamento del servizio dovesse avvenire da parte dell'ente locale sulla base di apposita relazione, pubblicata sul sito *internet* dell'ente affidante, che desse conto delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta e definisca i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e servizio universale (comma 20). L'affidamento diretto era stato quindi subordinato sia alla predisposizione da parte dell'ente locale della suddetta relazione, dalla quale desumere i motivi di tale scelta in luogo del mercato; sia alla sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento comunitario (controllo analogo e prevalenza dell'attività in favore dell'ente costituente).

Peraltro, nel frattempo, nell'ottica di un condivisibile duplice intento di razionalizzazione, *ergo* di riordino, del coacervo delle oltre 8000 partecipate pubbliche in funzione della *spending review*[57], nonchè di promozione della crescita dimensionale dei gestori per affrontare il mercato ed i *competitors* internazionali sempre più presenti, l'art. 1 commi 609 ss. della l. n. 190/2014, c.d. legge di stabilità 2015, aveva finito per l'ennesima volta per procrastinare la cessazione degli affidamenti non conformi in essere.

3. La legificazione comunitaria del modello pretorio dell'in house providing.

Al contempo, nell'ambito della revisione della disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici - con le Direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE E 2014/25/UE[58] – la nozione comunitaria dell'i*n house*, di derivazione pretoria – come evidenziato - è stata finalmente sancita anche a livello legislativo: ci si intende riferire a quanto previsto dall'art. 12, della

[57] - Cfr. Documento del Commissario straordinario per la revisione della spesa del 7 agosto 2014, in *www.revisione della spesa.gov.it*: da cui si desume che i risparmi previsti dal Commissario nell'esercizio 2015 dovrebbero ammontare a circa cinquecento milioni di euro, con un incremento fino a due miliardi nel triennio 2015/2017. Per traguardare quest'obiettivo di risparmio, il numero delle partecipate dovrebbe essere ridotto di circa duemila unità per attestarsi intorno a circa seimila unità l'anno prossimo. Dalla relazione del Commissario emerge che oltre milletrecento società hanno un fatturato inferiore a centomila euro ed oltre duemilaseicento hanno un fatturato con meno di 1 milione di euro. Sono state censite oltre tremila partecipate senza o con pochi dipendenti (meno di sei) ed in molti casi il numero dei dipendenti è inferiore a quello dei componenti dei consigli di amministrazione. Non è marginale, inoltre, che in diversi casi le partecipate diano corpo a scatole vuote che gestiscono affidamenti in house esclusivamente attraverso subappalti. Infine, circa il sedici per cento delle partecipate, pari ad oltre milleduecento, o hanno già cessato l'attività, oppure sono in liquidazione volontaria, oppure soggette a procedure concorsuali. La criticità, in casi del genere, si specifica nella lentezza del processo di liquidazione che, pertanto, andrebbe velocizzato anche in ragione del fatto che per circa il quaranta per cento esso è iniziato prima del 2012.

[58]- Cfr. Direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE E 2014/25/UE, in *www.eur-lex.europa.eu*.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

Direttiva 2014/24/UE, secondo cui " un appalto pubblico aggiudicato da un'amministrazione aggiudicatrice a una persona giuridica di diritto pubblico o di diritto privato non rientra nell'ambito di applicazione della presente direttiva quando siano soddisfatte tutte le seguenti condizioni: a) l'amministrazione aggiudicatrice esercita sulla persona giuridica di cui trattasi un controllo analogo a quello da essa esercitato sui propri servizi; b) oltre l'80 % delle attività della persona giuridica controllata sono effettuate nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'amministrazione aggiudicatrice controllante o da altre persone giuridiche controllate dall'amministrazione aggiudicatrice di cui trattasi; c) nella persona giuridica controllata non vi è alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto, prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata. Si ritiene che un'amministrazione aggiudicatrice eserciti su una persona giuridica un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi ai sensi della lettera a) qualora essa eserciti un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della persona giuridica controllata. Tale controllo può anche essere esercitato da una persona giuridica diversa, a sua volta controllata allo stesso modo dall'amministrazione aggiudicatrice. Tale previsione si applica anche quando una persona giuridica controllata, che è un'amministrazione aggiudicatrice, aggiudica un appalto alla propria amministrazione aggiudicatrice controllante o ad un altro soggetto giuridico controllato dalla stessa amministrazione aggiudicatrice, a condizione che nella persona giuridica alla quale viene aggiudicato l'appalto pubblico non vi sia alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata. E' ancora l'art. 12 a precisare che "un'amministrazione aggiudicatrice che non eserciti su una persona giuridica di diritto privato o pubblico un controllo nei termini sopra indicati può nondimeno aggiudicare un appalto pubblico a tale persona giuridica senza applicare la presente direttiva quando sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni: a) l'amministrazione aggiudicatrice esercita congiuntamente con altre amministrazioni aggiudicatrici un controllo sulla persona giuridica di cui trattasi analogo a quello da esse esercitato sui propri servizi; b) oltre l'80 % delle attività di tale persona giuridica sono effettuate nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dalle amministrazioni aggiudicatrici controllanti o da altre persone giuridiche controllate dalle amministrazioni aggiudicatrici di cui trattasi; e c) nella persona giuridica controllata non vi è alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata. Quanto al punto sub lettera a), la Direttiva ha statuito che le amministrazioni aggiudicatrici esercitano su una persona giuridica un controllo congiunto quando sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni: i) gli organi decisionali della persona giuridica controllata sono composti da rappresentanti di tutte le amministrazioni aggiudicatrici partecipanti. Singoli rappresentanti possono rappresentare varie o tutte le amministrazioni aggiudicatrici partecipanti; ii) tali amministrazioni aggiudicatrici sono in grado di esercitare congiuntamente un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative di detta persona giuridica; e iii) la persona giuridica

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

controllata non persegue interessi contrari a quelli delle amministrazioni aggiudicatrici controllanti.

Peraltro, il legislatore comunitario puntualizza che un contratto concluso esclusivamente tra due o più amministrazioni aggiudicatrici non rientra nell'ambito di applicazione della presente direttiva, quando sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni: a) il contratto stabilisce o realizza una cooperazione tra le amministrazioni aggiudicatrici partecipanti, finalizzata a garantire che i servizi pubblici che esse sono tenute a svolgere siano prestati nell'ottica di conseguire gli obiettivi che esse hanno in comune; b) l'attuazione di tale cooperazione è retta esclusivamente da considerazioni inerenti all'interesse pubblico; e c) le amministrazioni aggiudicatrici partecipanti svolgono sul mercato aperto meno del 20 % delle attività interessate dalla cooperazione.[59]

In relazione a tale approdo definitorio del legislatore comunitario, la giurisprudenza nazionale ha avuto modo di evidenziare che il citato art. 12, viceversa, ha in parte recepito tale giurisprudenza, ma in una parte rilevante ha profondamente innovato, definendo in modo parzialmente diverso le condizioni di esclusione dall'applicazione della Direttiva appalti: infatti, nel confermare che, nel caso di *in house providing* escluso dalla stessa Direttiva, l'amministrazione aggiudicatrice esercita sulla persona giuridica di cui trattasi un controllo analogo a quello da essa esercitato sui propri servizi, ha aggiunto sia una precisa definizione in ordine all'ulteriore requisito della c.d. "parte più importante dell'attività svolta", secondo cui "oltre l'80 % delle attività della persona giuridica controllata sono effettuate nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'amministrazione aggiudicatrice controllante o da altre persone giuridiche controllate dall'amministrazione aggiudicatrice"; sia la condizione ulteriore e parzialmente innovativa (rispetto alla giurisprudenza comunitaria e nazionale), secondo cui nella persona giuridica controllata non vi è alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto, prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata. Infine, ad ulteriore perimetrazione della nozione comunitaria di "controllo analogo", il legislatore comunitario ha precisato di ritenere che un'amministrazione aggiudicatrice eserciti su una persona giuridica un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi ai sensi della lettera a) qualora essa eserciti un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della persona giuridica controllata. Tale controllo può anche essere esercitato da una persona giuridica diversa, a sua volta controllata allo stesso modo dall'amministrazione aggiudicatrice.[60] Quindi, secondo il giudice nazionale, l'art. 12 richiede che, ai fini dell'esclusione dei contratti tra soggetti pubblici dall'applicazione della direttiva, l'amministrazione aggiudicatrice debba

[59] - Cfr. art.12 par. 5 Direttiva 2014/24/UE, in *www.eur-lex.europa.eu*. Per determinare la percentuale delle attività di cui al paragrafo 1, primo comma, lettera b), al paragrafo 3, primo comma, lettera b), e al paragrafo 4, lettera c), si prende in considerazione il fatturato totale medio, o una idonea misura alternativa basata sull'attività, quali i costi sostenuti dalla persona giuridica o amministrazione aggiudicatrice in questione nei campi dei servizi, delle forniture e dei lavori per i tre anni precedenti l'aggiudicazione dell'appalto. Se, a causa della data di costituzione o di inizio dell'attività della persona giuridica o amministrazione aggiudicatrice in questione, ovvero a causa della riorganizzazione delle sue attività, il fatturato, o la misura alternativa basata sull'attività, quali i costi, non è disponibile per i tre anni precedenti o non è più pertinente, è sufficiente dimostrare, segnatamente in base a proiezioni dell'attività che la misura dell'attività è credibile. "

[60] - Cfr. Cons. St., parere II, 30-1-2015, n. 298; Cons. St., VI, 2660/2015, in *www.giustiziaamministrativa.it*

svolgere sull'altro ente pubblico un controllo analogo a quello che esercita sui propri dipartimenti/servizi; inoltre, che più dell'80% delle prestazioni dell'altro ente pubblico siano effettuate a favore dell'amministrazione aggiudicatrice o di un altro ente pubblico controllato dalla prima; infine, che l'altro ente pubblico che riceve l'affidamento dall'amministrazione aggiudicatrice non sia controllato da capitale privato, a meno che non si tratti di partecipazione di controllo o di blocco secondo le disposizioni nazionali; e che, in ogni caso, tale partecipazione non determini influenza dominante.

In definitiva, la novella comunitaria appare particolarmente significativa, in quanto, in discontinuità con il passato, sembra innestare elementi novativi a coloritura privatistica sull' originario modello pubblicistico di *in house* di derivazione pretoria: aprendo per tal via, ancorchè entro certi limiti, ai capitali privati, e, dunque, ad una sorta di parziale "privatizzazione" dell'istituto, con conseguente "despecializzazione" del consolidato modello derogatorio del diritto comune.

4. Le "nuove" società in house *nella riforma Madia, tra perdurante specialità e transizione al diritto comune.*

Anche in ambito nazionale, in linea con l'evoluzione del modello comunitario testè richiamata, sembra assistersi ad una tendenza analoga.

In effetti, nell'ambito dell'intervento di riordino organico della normative sulle società partecipate pubbliche contenuto nella legge delega n. 124/2015, recante "*Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche*", meglio nota come Legge Madia, pur essendo stata prevista la società *in house* come uno dei distinti "tipi" di società partecipata pubblica(art. 18/1, lett. a) e m), nondimeno si evidenzia la necessità di procedere alla "*eliminazione di sovrapposizione tra regole e istituti pubblicistici e privatistici ispirati alle medesime esigenze di disciplina e di controllo"* di cui all'art. 18, lett. h); ne sembra costituire ulteriore riprova anche quanto previsto dal D.lgs.n. 175/16, recante "*Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica*" (Tusp) attuativo della citata delega, laddove, all'art. 1, comma 3, viene declinato il principio secondo il quale *"per tutto quanto non derogato dalle disposizioni del presente decreto, si applicano alle società a partecipazione pubblica le norme sulle società contenute nel codice civile e le norme generali di diritto privato*"[39]; il che sembra disvelare l'intento del legislatore di voler rincondurre ad una tendenziale qualificazione privatistica tutte le società a partecipazione pubblica, comprese quelle *in house*, onde ridurne quanto più possibile l'ambito derogatorio rispetto alla disciplina societaria di diritto comune.

Del resto, nella legge delega (art. 18) è stato affidato al Governo il compito di prevedere una disciplina *ad hoc* sulle società c.d. *in house*, sia per individuare - anche alla luce di consolidati indirizzi giurisprudenziali [61]- modalità e termini di affidamento

[61] - Sulla giurisprudenza aggiornata in relazione alle società *in house*, cfr. CODAZZI, *Società* in house providing, in *Giur.comm.*, 2016, II, 953 ss.; sul tema, tenuto conto del sopravvenuto T.U., v. DONATIVI, *Le società a partecipazione pubblica*, Milano, 2016, 1040 ss.; PETTITI, *Gestione e autonomia nelle società titolari di affidamenti*, Milano, 2016, 1 ss.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

del servizio *in house*, sia, al contempo, per tentare di rendere compatibile la disciplina di diritto comune sulle società di capitali con le peculiarità del modello societario *in house*.[62]

Da parte sua, in sede attuativa il Governo, nel combinato disposto di cui agli artt. 2 comma 1, lett. o) e 16 del citato Tusp, si è premurato, in primo luogo, di definire il modello *in house* come società su cui un'amministrazione esercita il controllo analogo o più amministrazioni lo esercitano in modo congiunto solo se non vi sia partecipazione di capitali privati, ad eccezione di quella prescritta da norme di legge e che avvenga in forme che non comportino controllo o potere di veto, né l'esercizio di un'influenza determinante sulla società controllata e infine soddisfano il requisito dell'attività prevalente, pari ad oltre l'80% del loro fatturato sia effettuato nello svolgimento dei compiti a esse affidati dall'ente pubblico o dagli enti pubblici soci. In altre parole, in sostanziale discontinuità con il pregresso modello di *in house*, la partecipazione privata viene ora ritenuta ammissibile *ex lege*, purchè non sia di tipo maggioritario, ovvero se, pur di minoranza, non si riveli decisiva attraverso il possibile esercizio di poteri di veto. Una norma siffatta evoca una pluralità di interessi rilevanti in gioco, atteso che l'ingresso, anche ipotetico, di privati nella società *in house* non consente di concepirla come mera *longa manus* del socio pubblico P.A.

Comunque sia, ove in possesso di tali requisiti, le società *in house* possono essere affidatarie dirette di contratti pubblici dalle amministrazioni che esercitano su di esse il controllo analogo o da ciascuna delle amministrazioni che esercitano su di esse il controllo analogo congiunto solo se non vi sia partecipazione di capitali privati, ad eccezione di quella prescritta da norme di legge e che avvenga in forme che non comportino controllo o potere di veto, né l'esercizio di un'influenza determinante sulla società controllata.

Evidente l'apertura, pur parziale, al capitale privato, in linea con l'evoluzione in senso privatistico del modello comunitario, sopra richiamata, dell'istituto. Quanto poi alla implementazione dell'assetto societario che consenta il suddetto controllo analogo, il Tusp rimette agli statuti delle società per azioni la possibilità di contenere clausole in deroga degli artt. 2380 *bis* e 2409 *novies* c.c., mentre gli statuti delle società a responsabilità limitata possono prevedere l'attribuzione all'ente o agli enti pubblici soci di particolari diritti, ai sensi dell'art. 2468, comma 3, c.c.; in ogni caso, i requisiti del controllo analogo possono essere acquisiti anche mediante la conclusione di appositi patti parasociali; tali patti possono avere durata superiore a cinque anni, in deroga all'art. 2341-bis, comma 1, c.c.

Ancora in linea con il modello di *in house* delineato, da ultimo, dal legislatore comunitario, il Tusp ha altresì statuito che gli statuti delle società *in house* devono

[62] - Cfr. Corte Costituzionale, sent. 25 novembre 2016, n. 251, in *www.cortecostituzionale.it*, nella quale è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale di alcune disposizioni della legge delega n. 124/2015 nella parte in cui prevede che il Governo adotti i relativi decreti legislativi attuativi "previo parere, anziché previa intesa, in sede di Conferenza unificata". Tuttavia, tale sentenza non sembra determinare la caducazione del Tusp, come chiarisce la stessa Corte, secondo cui "*le pronunce di illegittimità costituzionale, contenute in questa decisione, sono circoscritte alle disposizioni di delegazione della legge n. 124 del 2015, oggetto del ricorso, e non si estendono alle relative disposizioni attuative. Nel caso di impugnazione di tali disposizioni, si dovrà accertare l'effettiva lesione delle competenze regionali, anche alla luce delle soluzioni correttive che il Governo riterrà di apprestare al fine di assicurare il rispetto del principio di leale collaborazione", in* www.dirittodeiservizipubblici.it*;* in senso conforme v. anche Cons. Stato, Ad. Comm. Spec. 9 gennaio 2017, n.2371, in *www.giustiziaamministrativa.it*.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

prevedere che oltre l'ottanta per cento del loro fatturato sia effettuato nello svolgimento dei compiti a esse affidati dall'ente pubblico o dagli enti pubblici soci; al contempo, è stata prevista la possibilità che la produzione ulteriore rispetto al predetto limite di fatturato possa essere rivolta anche a finalità diverse, tuttavia a condizione che la stessa permetta di conseguire economie di scala o altri recuperi di efficienza sul complesso dell'attività principale della società.

Dal tenore della novella, dunque, sembra imporsi all'interprete una riconsiderazione del pregresso modello di società *in house* quale società-organo, ovvero mera articolazione interna della P.A., atteso sia quanto, appunto, previsto dall'art. 16, commi 1 e 3, del Tusp, che attribuiscono rilievo agli interessi dei soci privati oltre a quelli del socio pubblico, non solo enfatizzando la natura imprenditoriale della società *in house*, ma, al contempo, impedendone l'identificazione *tout court* con l'amministrazione controllante; sia i richiamati principi della citata legge delega n.124/15 e del Tusp, secondo cui le società *in house*, al pari di tutte le altre società partecipate, sono sottoposte, salvo espresse deroghe di legge, al diritto comune delle società di capitali.

Peraltro, tale assunto appare confermato, da ultimo, dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, secondo cui "*in siffatto contesto si può affermare che le società a partecipazione pubblica costituiscono, in ambito societario, una categoria nella quale sono comprese, in termini di specialità, le società (non solo partecipate, ma) controllate da enti pubblici e le società in house; sicchè il principio generale dettato dal citato 3° comma dell'art. 1 è destinato a valere anche per le società in house, ove non vi siano disposizioni specifiche di segno diverso*".[63]

Ora, a ben riflettere, le uniche deroghe espressamente canonizzate dal Tusp sulla società *in house* sono quelle attinenti i limiti all'autonomia gestionale degli amministratori *(*art. 16, comma 2, lett. *a)* e l'assoggettamento alla giurisdizione della Corte dei Conti delle azioni di responsabilità promosse nei confronti degli organi amministrativi e di controllo *(*art. 12, comma 1); mentre, sotto gli altri profili, non paiono configurabili deviazioni significative dal diritto societario.[64]

Né, del resto, parrebbe dirimente la scelta testè richiamata in punto di giurisdizione, ove si consideri che il legislatore, optando per tal via, non sembra aver inteso prender posizione sulla natura giuridica dell'*in house*; piuttosto, tale scelta pare ispirata non solo dal consolidato indirizzo della Cassazione in *subiecta materia*[65], ma anche dalla ricorrente circostanza, quantomeno sino all'adozione della novella - della proprietà pubblica di tutte le partecipazioni sociali, sì che il pregiudizio causato dagli amministratori finirebbe per colpire il patrimonio pubblico[66]. Del resto, sono ancora le Sezioni Unite ad aver puntualizzato, anche laddove hanno ritenuto che la società *in house*

[63] - Così, Cass. SS.UU., 1 dicembre 2016, n. 24591, in *www.dirittodeiservizipubblici.it*.

[64] - Cfr. PETTITI, *Gestione e autonomia nelle società titolari di affidamenti,* Milano, 2016, 22.

[65] - Cfr. Cass., SS.UU., 25 novembre 2013, n. 26283, par. 4.3., in *Giur.comm.*, 2014, II, 5 ss., con nota di IBBA, *Responsabilità erariale e società in house,* e, ivi, 2015, II, 236 ss., con nota di CODAZZI, *La giurisdizione sulle società cd. in house: spunti per una riflessione sul tema tra "anomalia" del modello e (in)compatibilità con il diritto societario*.

[66] - Cfr. F. GOISIS, *L'ente pubblico come investitore privato razionale: natura e lucratività delle società in mano pubblica nel nuovo Testo unico sulle partecipate, in Dir. Ec*., 2017, p. 16.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

fosse mera articolazione della p.a., come ciò abbia rilevanza solo avuto riguardo al riparto di giurisdizione, senza inficiare, ex se, l'applicabilità, per il resto, del diritto societario.[67]

Peraltro, ulteriore riprova del "verso" privatistico impresso dal legislatore delegato alle società *in house* sembra derivare dalla previsione di cui all'art. 14, comma 1, del Tusp, che sottopone tutte le partecipate pubbliche, ergo anche la società *in house*, al fallimento ed alle altre procedure concorsuali. La riferibilità di tale norma alle società *in house* sembra desumibile non solo dal tenore esegetico letterale, ma anche dall'*intentio legis*, ove si consideri che, come puntualizzato nella relazione illustrativa, non si è voluto differenziare il regime delle società *in house* da quello delle altre partecipate pubbliche[68]. Né parrebbe altrimenti opinabile, se ancora l'art. 14, comma 6, si premura di puntuare che, nei cinque anni successivi al fallimento di una società a controllo pubblico titolare di affidamenti diretti, le pubbliche amministrazioni controllanti non possono costituire nuove società, né acquisire o mantenere partecipazioni in società, qualora le stesse gestiscano i medesimi servizi di quella dichiarata fallita: tra gli affidatari diretti non può non essere ascritta la società *in house*.[69]

Peraltro, da ultimo, il nuovo *regimen* della società *in house* è stato parzialmente corretto dall'art. 10 del D.lgs. n. 100/2017, recante "*Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175*" [70]. In particolare, si ricorderà come a norma dell'art. 16, comma 3, del Tusp, gli statuti delle società *in house* devono prevedere che oltre l'80% del loro fatturato sia effettuato nello svolgimento dei compiti ad esse affidate dall'Ente pubblico o dagli Enti pubblici soci "e che la produzione ulteriore rispetto al suddetto limite di fatturato sia consentita solo a condizione che la stessa permetta di conseguire economie di scala o altri recuperi di efficienza sul complesso dell'attività principale della Società"; tale inciso viene ora soppresso dall'art. 10, comma 1; al contempo, la lettera b) del medesimo disposto ha inserito, all'art. 16, il comma 3-*bis*, a tenore del quale "*la produzione ulteriore rispetto al limite di fatturato di cui al comma 3, che può essere rivolta anche a finalità diverse, è consentita solo alla condizione che la stessa permetta di conseguire economie di scala o altri recuperi di efficienza sul complesso dell'attività principale della Società*".Invece, l'art. 10, comma 1, lett. d), apporta modifiche all'ultimo periodo dell'art. 16, comma 7, secondo cui, rispetto alla disciplina delle società "*in house*", resta fermo quanto previsto dall'art. 192 del D.lgs. n. 50/16. Nella versione novellata, l'ultimo periodo del comma 7 dell'art. 16 prevede che "*resta fermo quanto previsto dagli artt. 5 e 192 del medesimo Dlgs. n. 50/16*". Sul punto, il citato art. 5 precisa i presupposti necessari ai fini della qualificazione dell'*in house*, in linea con quanto espressamente previsto nelle Direttive 2014/24/Ue, 2014/25/Ue e 2014/25/Ue*" [71]*, mentre, come accennato, l'art. 192 tratta il "*Regime speciale degli affidamenti in house*".

---

[67] - Cfr. Cass., SS.UU., 1 dicembre 2016, n. 24591, par. 5, in *www.dirittodeiservizipubblici.it*; ID., 25 novembre 2013, n. 26283, par. 5, cit.; App. L'Aquila, 3 novembre 2016, in *www.dirittodeiservizipubblici.it*

[68] - Cfr. Relazione illustrativa alla seconda bozza di testo unico (schema 297-*bis*), *sub* art. 14.

[69] - Cfr. GOISIS-CODAZZI, *La crisi d'impresa di società a partecipazione pubblica*, in AA.VV., *Le società pubbliche nel Testo Unico*, CERIONI (a cura di), Milano, 2017, 395 ss.

[70] - Cfr. Decreto legislativo 16 giugno 2017 recante "*Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175*", in-*www.gazzettaufficiale.it*.

[71] - Cfr. "*Relazione illustrativa*" allo Schema di Decreto relativo al "*Nuovo Codice degli Appalti*", in *www.camera.it*.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

Tali modifiche, per quanto è dato comprendere dalla *"*Relazione illustrativa*"* al Decreto correttivo[72], derivano dall' accoglimento dei rilievi formulati nel parere del Consiglio di Stato[73], per coordinare il testo rispetto alle previsioni del Codice dei Contratti pubblici, di cui sono fatte salve le disposizioni, ivi compreso l'art. 5 del Dlgs. n. 50/16, riformulando poi la disciplina dei requisiti ulteriori in un apposito comma 3-bis, distinto dal comma 3 in cui era originariamente contenuta. L'esigenza di un intervento di coordinamento con la disciplina dell'*in house* contenuta nell'art. 5 del Dlgs. n. 50/16 muove dal fatto che l'assenza di un siffatto intervento avrebbe impedito di ottenere quell'unificazione della disciplina in materia di società partecipate che rappresenta uno degli scopi della delega. Così, se l'introduzione del citato art. 5 si spiega con la necessità di attuare la delega in materia di contratti pubblici, proprio attraverso tale correzione si perviene ad una riunificazione della disciplina in tema di enti *in house* che, per ragioni contingenti, è stata sino ad ora collocata sia all'interno del Dlgs. n. 175/16 che del Dlgs. n. 50/16. La soluzione di una simile esigenza è apparsa ancor più pressante in ragione del fatto che nel Tusp non si fa riferimento, anche per non incorrere in un eccesso di delega, all'ipotesi di enti *in house* non aventi forma societaria, di cui si occupa, invece, il Dlgs. n. 50/16.

Peraltro, nel suddetto parere il Consiglio di Stato ha pure osservato che la definizione di *società in house* di cui all'art. 2, comma 1, lett. o), del Tusp "*fa riferimento soltanto al primo dei cd. 'requisiti Teckal' (quello del 'controllo analogo'), e non anche a quello della "attività prevalente" (che, oltretutto, il 'Tusp' ha rimodulato rispetto alla sua iniziale portata, in conformità alla nuova normativa Ue)*"[74]. Di qui l'esigenza di integrazione, puntualmente recepita nell'art. 4, comma 1, lett. a).

Peraltro, nel parere del Consiglio di Stato allo Schema di Decreto "*originario*", con riferimento all'art. 4, comma 4, era stato rilevato che "*sarebbe necessario chiarire come opera il vincolo di attività riferito a quella attività che supera la soglia dell'80% a favore di soggetti diversi dagli Enti costituenti o partecipanti. L'impostazione generale del Decreto dovrebbe indurre a ritenere che il 'vincolo' operi anche per l'attività non strumentale svolta dall'in house*"[75]; invece, sempre in relazione alla previsione di cui al comma 4, nel parere sullo Schema di Decreto "*correttivo*" viene specificato che, "*allo scopo di prevenire possibili dubbi appare opportuno chiarire, ad avviso di questa Commissione speciale, che, in caso di Società 'in house', i vincoli previsti dal medesimo articolo in ordine alle finalità perseguibili con le partecipazioni pubbliche riguardano anche la quota, inferiore al 20% della propria attività, che può essere rivolta al mercato*". Ora, il suddetto comma 4 non ha subìto modifiche per effetto del Decreto *correttivo*; comunque sia, se il legislatore delegato, nella "*Relazione illustrativa*" allo Schema di Decreto "*originario*", non aveva ritenuto opportuno specificare alcunché su quanto rilevato dal Consiglio di Stato, nella "*Relazione illustrativa*" allo Schema di Decreto "*correttivo*", invece, ha precisato che "*non è stata accolta l'osservazione ... del Consiglio di Stato, volta a prevedere, per le Società 'in house', la delimitazione*

[72] - Cfr. "*Relazione illustrativa*" allo Schema di Decreto correttivo del D.lgs. n.175/16, in *www.camera.it*.

[73] - Cfr. Cons. Stato, Parere su Schema di Decreto correttivo del D.lgs.n.175/16, in *www.giustiziaamministrativa.it*

[74] - Idem.

[75] - Cfr. Cons. Stato, Parere n. 968/2016 su Schema di Decreto recante "Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica, in attuazione dell'articolo 2 della legge 7 agosto 2015, n 124", in *www.giustiziaamministrativa.it*

dell'oggetto sociale anche per le attività poste al di fuori dell'attività prevalente (oltre l'80%). Al riguardo, si ritiene che la destinazione delle attività ulteriori non deve necessariamente parametrarsi sulle medesime attività che vengono invece imposte e garantite per l'attività prevalente, quale requisito necessario dell'in house providing".

Rispetto a quanto già evidenziato, il comma 4 dell'art. 4 del "*Tusp*" va comunque letto in coordinazione con i commi 3 e 3-*bis* dell'art. 16 dello stesso testo legislativo.[76]

Sempre in tema di attività ulteriore a quella prevalente - quest'ultima, come detto, deve essere svolta in favore degli Enti costituenti o partecipanti o affidanti-, il Consiglio di Stato, nel parere allo Schema di Decreto "*originario*", evidenzia:"*la Corte Costituzionale ha affermato, con la Sentenza n. 439 del 2008, 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*"[77]. Ciò per dire che, in applicazione del suddetto principio, se per l'attività non prevalente non viene superata la fatidica soglia del 19% del fatturato, la società non è da considerare attiva sul mercato.

In virtù dell'art. 16, comma 4, del Tusp, il mancato rispetto dei limiti relativi al fatturato di cui al comma 3 dello stesso art. 16 costituisce grave irregolarità ai sensi dell'art. 2409 del c.c. e dell'art. 15 del citato D.lgs. La società può comunque – secondo quanto previsto dal comma 5 dell'art. 16 citato – sanare l'irregolarità optando, entro 3 mesi dalla data in cui la stessa si è manifestata, per una delle seguenti soluzioni: rinunciare a una parte dei rapporti di fornitura con soggetti terzi, sciogliendo i relativi rapporti contrattuali, ovvero agli affidamenti diretti da parte dell'Ente o degli Enti pubblici soci, sciogliendo i relativi rapporti. In quest'ultimo caso, le attività precedentemente affidate alla società controllata *in house* devono essere riaffidate, dall'Ente o dagli Enti pubblici soci, mediante procedure competitive regolate dalla disciplina in materia di contratti pubblici, entro i 6 mesi successivi allo scioglimento del rapporto contrattuale. Nelle more dello svolgimento delle procedure di gara i beni o servizi continueranno ad essere forniti dalla stessa società *in house*.

[76] - In proposito, giova segnalare che, con riferimento al comma 3 dell'art. 16 citato (versione originaria), la "*Relazione Air*" che accompagna le "*Linee-guida n. 7, di attuazione del Dlgs. n. 50/16, recanti 'Linee-guida per l'iscrizione nell'Elenco delle Amministrazioni aggiudicatrici e degli Enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie Società 'in house' previsto dall'art. 192 del Dlgs. n. 50/16* specifica che la "*... ratio della norma ... è nel senso di limitare lo svolgimento dell'attività all'esterno sia in termini quantitativi che in termini finalistici. ... l'attività ulteriore potrebbe essere consentita a condizione che l'offerta del servizio nei confronti di un numero maggiore di utenti consenta di beneficiare di una riduzione dei costi oppure di aumentare gli investimenti in tecnologie innovative, iniziative formative per i dipendenti, sviluppo e ricerca, con benefici che si rifletterebbero anche sull'attività svolta direttamente in favore dell'Amministrazione. ... solo nel momento in cui è nota la tipologia di tale attività è possibile valutare se la stessa consente di conseguire economie di scala o altri recuperi di efficienza*".

[77] - Cfr. Cons. Stato, Parere n. 968/2016, cit.

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore Professor Giuseppe Di Gaspare
ISSN 2038-3711

5. Conclusioni.

La tendenza legislativa, che sembra caratterizzare sia le recenti scelte comunitarie, sia quelle nazionali in tema di società *in house*, volte a cercare di circoscrivere l'ambito del modello derogatorio per ricondurlo allo *ius commune* delle società di capitali, ha ricevuto, da ultimo, una sorta di *imprimatur* anche dal giudice di legittimità nazionale: le Sezioni Unite, infatti, hanno sottolineato che il principio generale dettato dal citato art. 1, comma 3, è destinato a valere anche per le società *in house*, ove non vi siano disposizioni specifiche di segno diverso[78].

Senonchè, questa sorta di "despecializzazione" del modello della società *in house*, implicando il tendenziale pieno assoggettamento al diritto societario, finisce, in realtà, per enfatizzare i tratti incompatibili del modello *in house* come società-organo della P.A., che sembrano perdurare anche nella "nuova versione" prefigurata dal Tusp.

In definitiva, sono, per tal via, rimasti irrisolti dalla novella alcuni nodi critici di fondo, e, di conseguenza, sembra permanere l'anomala "specialità" della società *in house*: si pensi, ad esempio, al fatto che, per un verso, il citato art. 16, comma 2, lett. *a)*, permette la deroga alla previsione che sancisce il carattere esclusivo della competenza degli amministratori in materia gestionale, ma la portata della deroga è rinviata *in toto* all'autonomia statutaria; per l'altro verso, invece, non v'è alcuna deroga dell'art. 2247 c.c. o di altre previsioni del codice, volte o a far prevalere l'interesse del socio pubblico sugli interessi dei soci privati, ovvero di configurare la società *in house* come società-organo della P.A.[79]

In definitiva, la "nuova" società *in house* è destinata o ad essere ascrivibile, *pleno titulo*, alle società di diritto comune e, in quanto tale, assoggettabile al diritto societario, ovvero a rimanere quella forma organizzativa "speciale", in quanto tale anomala ed irriducibilmente non compatibile con il diritto comune.

Delle due l'una: *tertium non datur*.

[78] - Così, Cass., SS.UU., 1 dicembre 2016, n. 24591, par. 3, cit.

[79] - Cfr. E.CODAZZI, *Le "nuove" società in house: controllo cd. analogo e assetti organizzativi tra specialità della disciplina e "proporzionalità delle deroghe*", relazione all'VIII Convegno VIII Convegno annuale dell'Associazione italiana dei professori di diritto commerciale "Orizzonti del diritto commerciale" "Il diritto commerciale verso il 2020: i grandi dibattiti in corso, i grandi cantieri ancora aperti, Roma, 17-18 febbraio 2017, in *www.rivistaodc.eu.*