



Università  
Ca' Foscari  
Venezia

Corso di Laurea  
Magistrale  
in  
Amministrazione, finanza e controllo  
Ordinamento ex D.M. 270/2004

Tesi di laurea

**L'evoluzione dell'In house providing  
dalle origini dell'istituto ai giorni nostri**

**Relatore**

Ch. Prof. Cristina De Benetti

**Correlatore**

Ch. Prof. Marco Ticozzi

**Laureanda**

Arianna Callegari

Matricola 837465

**Anno Accademico**

2016 / 2017







# INDICE

<b>INTRODUZIONE.....</b>	<b>9</b>
--------------------------	----------

## **CAPITOLO I**

<b>Le modalità di erogazione dei servizi della Pubblica Amministrazione.....</b>	<b>15</b>
--	-----------

1. La Pubblica Amministrazione.....	15
2. I soggetti pubblici nel diritto dell'Unione Europea.....	17
3. Le forme di gestione dei servizi pubblici.....	19

## **CAPITOLO II**

<b>L'in house providing. Il percorso della giurisprudenza comunitaria.....</b>	<b>21</b>
--	-----------

1. Le origini dell'istituto.....	21
2. Le società a capitale misto. Il caso " <i>Stadt Halle</i> ".....	25
3. Un nuovo filone giurisprudenziale.....	28
3.1 La sentenza " <i>Parking Brixen</i> " e la definizione di "controllo analogo".....	29
3.2 La sentenza " <i>Anav</i> " e la libertà di scelta.....	35
3.3 Il caso " <i>Carbotermo</i> " e il requisito dell'attività prevalente.....	38

## **CAPITOLO III**

<b>I requisiti dell'in house providing.....</b>	<b>43</b>
---	-----------

1. Il controllo analogo.....	43
1.1 La "direzione" del controllo analogo.....	46
1.2 Gli attributi del controllo analogo.....	48

1.3 Il controllo analogo congiunto.....	53
1.4 Gli strumenti di diritto societario per il controllo analogo.....	56
1.4.1 I patti parasociali.....	59
1.4.2 Le clausole statutarie.....	61
1.5 Gli strumenti di diritto pubblico.....	66
2. Lo svolgimento della parte più importante dell'attività a favore dell'ente affidante.....	68

## **CAPITOLO IV**

### **Le società in house nella giurisprudenza italiana.....75**

1. I primordi dell'In house providing in Italia.....	75
2. L'articolo 113 T.U.E.L.....	78
2.1 La nuova veste dell'articolo 113 T.U.E.L.....	80
3. L'articolo 23 bis del D.lg. 112/2008 .....	85
3.1 L'illegittimità costituzionale dell'articolo 23 bis.....	94
3.2 Il referendum abrogativo.....	97
3.3 Le conseguenze del referendum.....	99
4. Articolo 4 D.Lg. 138/2011 e la dichiarazione di illegittimità costituzionale.....	102
5. La nuova disciplina in materia di servizi pubblici locali.....	109

## **CAPITOLO V**

### **L'In house providing dal 2014 ad oggi.....113**

1. Le nuove Direttive dell'Unione Europea.....	115
1.1 Il modello "classico" di in house providing.....	116
1.2 In house "bidirezionale" o in house "verticale capovolto".....	121

1.3 L'In house "frazionato" o "pluripartecipato".....	122
1.4 L'In house "orizzontale".....	124
2. Le conseguenze delle Direttive.....	125
3. Il recepimento delle Direttive in Italia.....	129
3.1 Il " <i>Codice dei contratti pubblici</i> ": D.lgs. 50/2016.....	130
<b>CONCLUSIONI.....</b>	<b>137</b>
<b>BIBLIOGRAFIA.....</b>	<b>141</b>





## Introduzione

Il presente elaboratore ha lo scopo di analizzare l'istituto dell'*In house providing*, affermatosi a livello comunitario dopo la sentenza "*Teckal*" della Corte di Giustizia dell'Unione Europea e, successivamente assimilato, con non poche difficoltà, dalla normativa nazionale.

L' *In house providing* è un istituto di origine pretoria, attraverso il quale la Pubblica Amministrazione può ricorrere a società formalmente terze - generalmente società di capitali - a cui affidare la gestione e l'erogazione dei propri servizi pubblici alla collettività; si tratta di un affidamento diretto di contratti pubblici, in deroga alla normale procedura ad evidenza pubblica.

La finalità principale contenuta nella disposizione di questo istituto, è quella di conseguire uno dei principi cardine del diritto europeo: "*la libera amministrazione delle autorità pubbliche*"; l'*in house providing* può essere considerato un fenomeno volto ad agevolare il conseguimento di una sempre maggiore possibilità di auto-organizzazione degli enti pubblici.

L'istituto è stato per la prima volta previsto in una sentenza della Corte di Giustizia - 18 novembre 1999, causa C-107/98 - relativa al "*caso Teckal*".

La Corte nella propria sentenza decretava che l'utilizzo di una procedura ad evidenza pubblica per la scelta del contraente non fosse indispensabile in presenza di determinate circostanze, quali: un ente pubblico aggiudicatore che esercita sull'aggiudicatario un "*controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi*" e, nel contempo, l'aggiudicatario "*svolga la parte più importante della propria attività a favore dell'ente locale che lo controlla*".

Nel tempo la giurisprudenza comunitaria ha provveduto a definire ed approfondire i requisiti suddetti, tipizzanti l'affidamento in house.

Agli albori dell'istituto, la definizione di "*controllo analogo*", era intesa come controllo c.d. "*strutturale*", perciò era sufficiente una partecipazione totalitaria dell'amministrazione aggiudicatrice sulla società considerata, affinché il requisito fosse considerato sussistente (Corte di Giustizia UE, 11 gennaio 2005, C-26/03, "*caso Stadt Halle*").

In un secondo momento, la Corte ritenne necessario integrare la descrizione del requisito, specificando come la partecipazione totalitaria della stazione appaltante dovesse permettere a quest'ultima una effettiva influenza sulla società controllata, relativamente sia alle decisioni importanti, sia agli obiettivi strategici (Corte di Giustizia UE, 13 ottobre 2005, C-458/03, "*caso Parking Brixen*").

Con riferimento, invece, alla necessità dello "*svolgimento dell'attività prevalente a favore dell'ente pubblico controllante*" da parte della società affidataria, il giudice comunitario ha provveduto a chiarire come si debba intendere l'esigenza che le prestazioni svolte dalla società siano destinate principalmente all'amministrazione aggiudicatrice (Corte di Giustizia UE, 13 novembre 2008, C-340/04, "*caso Carbotermo*").

La partecipazione pubblica totalitaria - in connessione con il requisito del controllo analogo - era considerata uno dei pilastri dell'in house providing formulato nel 1999; tale caratteristica permetteva di tutelare il "*principio della libera concorrenza*", ossia un altro dei principi cardine del diritto europeo. Quest'ultimo infatti, sarebbe stato compromesso - secondo il giudice comunitario - con la presenza, anche se minoritaria, di capitali privati, per due motivi: le scelte direzionali del soggetto affidatario influenzato da privati sarebbero state orientate verso obiettivi utilitaristici, e non pubblicistici come quelli

rimessi alle attenzioni dell'ente locale; un soggetto economico privato, con la propria partecipazione diretta avrebbe potuto ottenere indebiti vantaggi rispetto ai suoi concorrenti.

Negli anni anche questa previsione è stata mutata, ma sempre nell'ottica di non compromettere il principio della libera concorrenza; la concentrazione della totalità del capitale in mano pubblica è stata rigorosamente confermata, ma con l'introduzione di una novità. La partecipazione di privati al capitale della società è oggi ammessa, ma alla stringente condizione che questo sia previsto dalla legislazione nazionale, in conformità dei trattati, che non esercitino controllo o potere di veto, e che non esercitino un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata.

Il trattato affronterà l'evoluzione che questi requisiti hanno subito - ripercorrendo la giurisprudenza e la normativa a livello europeo e a livello nazionale - prima di arrivare a possedere una veste chiara e definitiva, giunta solo nel 2014 con le nuove Direttive Europee.

L'in house providing trova disciplina positiva con l'introduzione delle Direttive 2014/24/UE dei settori ordinari, 2014/25/UE sulle procedure d'appalto negli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali (cd. Settori speciali), e 2014/23/UE sui contratti di concessione.

È all'interno di queste disposizioni che per la prima volta, vengono puntualmente indicati i presupposti del fenomeno ed i parametri oggettivi con cui verificarli nel concreto; gli aspetti innovativi introdotti sono stati molteplici, ed hanno permesso un importante cambio di rotta alla materia degli affidamenti diretti "in house" che fino ad allora era stata sommersa da innumerevoli perplessità.

Le disposizioni introdotte dal giudice comunitario dovevano essere assimilate dai giudici nazionali entro il 18 aprile 2016; in Italia, la svolta definitiva della normativa in questione è avvenuta con l'emanazione del D.lgs. n. 50 del 18 aprile 2016, recante "*Codice dei contratti pubblici*".

Nel nostro Paese il percorso giuridico dell'in house providing è stato difficile e travagliato; più volte il legislatore nazionale ha cercato di introdurre l'istituto nelle proprie normative, a partire dall'articolo 113 del Testo Unico degli Enti Locali, passando per l'articolo 23 bis del D.Lg. 112/2008 abrogato da un referendum popolare, all'articolo 4 del D.Lg. 138/2011 dichiarato costituzionalmente illegittimo.

Anche il nuovo Codice dei Contratti, nella sua seppur breve esistenza non è rimasto indenne da perplessità; nonostante - a differenza di quanto fatto nel passato - il legislatore italiano abbia cercato di riportare in modo impeccabile quanto dettato a livello europeo, dopo nemmeno un anno dall'introduzione del nuovo Codice, è stato emanato un Decreto correttivo n. 56, del 19 aprile 2017.

Una delle novità più rilevanti introdotte da questo nuovo codice, è la costituzione in seno all'Autorità Nazionale Anticorruzione di un elenco contenente le generalità di tutte le amministrazioni aggiudicatrici che intendono far uso di questo istituto e delle relative società in house.

Si tratta di una innovazione ancora completamente in fase di sviluppo. Il Consiglio di Stato, con Parere del 5 settembre 2017, ha dato il via a questa procedura, prevedendo come termine per l'avvio della presentazione della domanda di iscrizione online all'elenco, il 30 ottobre 2017.

È evidente come sia una materia ancora relativamente giovane, che ha subito enormi cambiamenti in questi anni e che sembra essere ora approdata ad una certa stabilità solo grazie alle Direttive in Europa, e al Codice dei contratti pubblici in Italia.

Il trattato ha lo scopo di approfondire nel dettaglio la genesi dell'istituto dal 1999 ai giorni nostri ed i requisiti necessari per essere considerato legittimo.



# Capitolo I

## Le modalità di erogazione dei servizi della Pubblica Amministrazione

SOMMARIO: 1. La Pubblica Amministrazione - 2. I soggetti pubblici nel diritto dell'Unione Europea - 3. Le forme di gestione dei servizi pubblici

### 1. La Pubblica Amministrazione

La nozione di Pubblica Amministrazione è complessa e non univoca; al concetto di amministrazione può essere data una definizione in senso oggettivo e in senso soggettivo. *Amministrazione in senso oggettivo* indica l'attività rivolta alla soddisfazione di interessi pubblici che il soggetto stesso si propone di perseguire. *Amministrazione in senso soggettivo* è l'attività posta in essere dalle persone giuridiche pubbliche e dagli organi che hanno competenza alla cura degli interessi dei soggetti pubblici.

Queste due teorie sulla nozione di Pubblica Amministrazione, sono da considerarsi complementari e non contrapposte, al fine di avere una visione unitaria e completa del concetto stesso.

Nell'ordinamento Italiano vi sono una pluralità di soggetti che svolgono funzioni e compiti amministrativi, e sono quindi soggetti della Pubblica Amministrazione, essi sono gli *enti pubblici*.

Il più importante ente pubblico è lo *Stato*, inteso come Stato-Amministrazione; accanto a quest'ultimo vi è la c.d. *Pubblica Amministrazione indiretta*, cioè l'insieme di enti pubblici diversi dallo Stato che esercitano funzioni amministrative.

Gli enti pubblici sono persone giuridiche - qualità riconosciuta dalla legge - dotati di pubblici poteri, che cooperano con lo Stato per il raggiungimento di molteplici fini pubblici.

La natura pubblicista di un ente può essere desunta da una serie di indici di pubblicità elaborati dalla dottrina e dalla giurisprudenza; tali indici rivelatori sono:

- essere stato costituito per opera di un soggetto pubblico (Stato, Regioni, o altri enti pubblici)
- essere sottoposto ordinariamente a poteri di ingerenza, di vigilanza e di controllo da parte di Stato, Regioni o altri enti pubblici
- l'attribuzione di poteri autoritativi
- la fruizione di agevolazioni e finanziamenti pubblici.

Gli enti pubblici possono essere suddivisi in vari gruppi sulla base della finalità perseguita e al tipo di poteri ad essi attribuiti. La categoria di enti pubblici soggetti alla nostra attenzione sarà quella degli *enti pubblici economici*.

Sono denominati *enti pubblici economici* gli enti che operano nel campo della produzione e dello scambio di beni e servizi, e che svolgono prevalentemente o esclusivamente attività economica. Tale attività economica non ha scopo di lucro ma segue il criterio della obiettiva economicità, cioè l'impresa deve essere esercitata in modo tale che dall'attività si ricavi almeno quanto occorra per coprire i costi dei fattori di



produzione impiegati. L'ente quindi mira alla copertura dei propri costi di produzione e gestione mediante l'imposizione di tariffe alle prestazioni erogate.

## **2. I soggetti pubblici nel diritto dell'Unione Europea**

Il diritto comunitario non possiede una nozione organica ed unitaria di soggetto pubblico ma, nonostante ciò, ha profondamente contribuito all'inserimento di nuove figure soggettive pubbliche nell'ordinamento italiano: *organismo di diritto pubblico*, *impresa pubblica* e il soggetto c.d. "in house".

La direttiva 2004/18/CE del 31 marzo 2004, ha introdotto il concetto di *organismo di diritto pubblico*; tale figura, prevista nell'art. 1, par. 9, viene ricompresa tra le "amministrazioni aggiudicatrici" in materia di appalti, assieme allo Stato e agli enti pubblici territoriali.

Un *organismo di diritto pubblico*, per essere definito tale, deve essere: "a) istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale; b) dotato di personalità giuridica; c) la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi oppure il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico." <sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Art. 1, par. 9, Direttiva 2004/18/CE del 31 marzo 2004.

Le tre condizioni hanno carattere cumulativo secondo la sentenza della Corte di Giustizia CE, 20 settembre 1998, causa 31/87.

Alla figura soggettiva dell'organismo di diritto pubblico si affianca quella dell'*impresa pubblica*, inserita tra le amministrazioni aggiudicatrici nella Direttiva 2014/23/UE.

*Impresa pubblica* è quell'impresa su cui i poteri pubblici<sup>2</sup> possono esercitare un'influenza dominante, in modo diretto o indiretto, in quanto: o ne sono proprietarie, o vi hanno una partecipazione finanziaria, o in virtù di determinate norme che disciplinano l'impresa considerata.

La direttiva comunitaria specifica inoltre che l'influenza dominante si presume quando le amministrazioni aggiudicatrici detengono una partecipazione maggioritaria del capitale dell'impresa in oggetto, controllano la maggioranza dei voti a cui danno diritto le azioni emesse dall'impresa, nominano più della metà dei componenti degli organi di amministrazione o vigilanza. Ne deriva quindi che la nozione di impresa pubblica non si riferisce solamente agli enti pubblici economici ma anche alle società di capitali a dominanza pubblica o a prevalente partecipazione pubblica.

L'ultimo dei soggetti pubblici introdotti dal diritto comunitario è la c.d. "*società in house*" creata da una pronuncia della Corte di Giustizia Europea, la cui definizione è stata inserita nella Direttiva 2014/24/UE, all'art. 12, e di cui andremo a studiare il percorso giuridico in Europa ed in Italia.

---

<sup>2</sup> La Direttiva Europea specifica che per *poteri pubblici* s'intendono tutte le autorità pubbliche, compresi lo Stato, le amministrazioni regionali e locali e tutti gli altri enti territoriali.

### 3. Le forme di gestione dei servizi pubblici

Il sistema dei servizi pubblici è costantemente al centro dell'attenzione del legislatore, in particolar modo in questi ultimi anni in cui il quadro normativo ha subito una considerevole evoluzione in riferimento particolare ai servizi pubblici locali, cioè quei servizi erogati dagli enti locali (Comuni e Province).

La nozione di “*servizio pubblico locale*” ha diverse interpretazioni: una prima interpretazione considera pubblico ogni servizio prestato da un soggetto avente natura pubblica (c.d. “concezione soggettiva”), mentre una seconda interpretazione (c.d. “concezione oggettiva”) ritiene servizio pubblico ogni attività tesa a soddisfare l'interesse della collettività e assoggettata ad un regime giuridico implicante l'osservanza di doveri di imparzialità, obblighi di continuità, regolarità e obiettività, e idonea a soddisfare una serie indifferenziata di utenti.

Gli enti pubblici locali nell'espletamento delle loro funzioni possono considerare diverse alternative di erogazione dei servizi.

Una prima modalità è l'*autoproduzione*, o produzione in economia, cioè lo svolgimento da parte dell'ente locale di attività di impresa per la creazione del servizio. La scelta di autoprodurre i servizi pubblici è considerata legittima grazie al c.d. “*principio di auto-organizzazione amministrativa*”, derivante dal più generale principio comunitario di autonomia istituzionale, nonostante l'Unione Europea persegua come principale obiettivo la creazione di un mercato comune teso a favorire la libera iniziativa privata e basato quindi sulla tutela della concorrenzialità fra imprese, senza alcuna discriminazione tra settore pubblico e privato.

Un'altra modalità di erogazione dei servizi a disposizione degli enti pubblici è l'*esternalizzazione* che consiste nell'affidamento a terzi della gestione o produzione di attività o servizi, rispetto ai quali però la Pubblica Amministrazione mantiene a tutti gli effetti le funzioni di programmazione, progettazione e controllo. Il c.d. "appalto" e il c.d. "affidamento in gestione", sono tipici processi di esternalizzazione.

Ulteriori forme di gestione dei servizi pubblici enunciati nell'art. 22 della Legge 142 del 1990 prevedono l'utilizzo di istituzioni, aziende speciali e società di capitali, appositamente costituite.

Negli anni il legislatore ha apportato, con una serie di interventi normativi, consistenti modifiche alle varie modalità di erogazione dei servizi e si è potuto anche assistere all'introduzione, da parte della giurisprudenza comunitaria, di una nuova modalità quale il c.d. "*in house providing*".

Le società in house, non rientrano con chiarezza in una delle categorie di gestione dei servizi pubblici appena analizzate, a causa della diversa visione in merito da parte della giurisprudenza italiana e di quella comunitaria.

Mentre le istituzioni comunitarie considerano l'affidamento *in house* una particolare modalità di autoproduzione dell'amministrazione, le istituzioni italiane inquadrano l'*in house providing* come una forma eccezionale e derogatoria della normale procedura di esternalizzazione.

## Capitolo II

### L' In house providing. Il percorso della giurisprudenza comunitaria

SOMMARIO: 1. Le origini dell'istituto - 2. Le società a capitale misto. Il caso “*Stadt Halle*” - 3. Un nuovo filone giurisprudenziale - 3.1 La sentenza “*Parking Brixen*” e la definizione di “controllo analogo” - 3.2 La sentenza “*Anav*” e la libertà di scelta - 3.3 Il caso “*Carbotermo*” e il requisito dell'attività prevalente

#### 1. Le origini dell'istituto

L'effettivo ingresso delle società di diritto commerciale nel mondo degli enti pubblici risale al 1990.

L'art. 22<sup>3</sup> della Legge n. 142 introduceva per la prima volta la possibilità a Comuni e Province di gestire i servizi pubblici locali, oltre che in economia, per concessione a terzi, a mezzo di azienda speciale o istituzione, anche per mezzo di società per azioni a prevalente capitale pubblico locale, qualora fosse opportuna la partecipazione di altri soggetti pubblici o privati, e in relazione alla natura del servizio da erogare. Nel tempo

---

<sup>3</sup> Art. 22, comma 3: “I comuni e le province possono gestire i servizi pubblici nelle seguenti forme:

a) in economia, quando per le modeste dimensioni o per le caratteristiche del servizio non sia opportuno costituire una istituzione o una azienda;

b) in concessione a terzi, quando sussistano ragioni tecniche, economiche e di opportunità sociale;

c) a mezzo di azienda speciale, anche per la gestione di più servizi di rilevanza economica ed imprenditoriale;

d) a mezzo di istituzione, per l'esercizio di servizi sociali senza rilevanza imprenditoriale;

e) a mezzo di società per azioni a prevalente capitale pubblico locale, qualora si renda opportuna, in relazione alla natura del servizio da erogare, la partecipazione di altri soggetti pubblici o privati”.

questa disposizione subì alcuni mutamenti e con la Legge 127/97 venne estesa la possibilità di avvalersi anche di società a responsabilità limitata.

Fu sulla base di questo quadro normativo che nacque il famoso caso “*Teckal*”, la sentenza della Corte di Giustizia che introduceva per la prima volta la facoltà di avvalersi di società private nella produzione di servizi, senza procedere con il normale criterio di gara ad evidenza pubblica.

Il caso “*Teckal*”<sup>4</sup> è una causa nata in conseguenza ad un affidamento diretto da parte del comune di Viano per la gestione del servizio di riscaldamento degli edifici comunali, assegnata al consorzio AGAC (Azienda Gas-Acqua Consorziata, di Reggio Emilia). L’AGAC, dotato di personalità giuridica, era un consorzio costituito da diversi Comuni - tra cui quello di Viano - al fine di gestire in associazione diversi servizi quali la conduzione degli impianti termici degli edifici comunali, e la fornitura di combustibile. L’impresa privata Teckal, non potendo partecipare alla gara pubblica per l’assegnazione del servizio, essendo quest’ultima non indetta, provvide a contestare l’affidamento in questione; successivamente tale contestazione fu presentata dal Tribunale Amministrativo Regionale per l’Emilia-Romagna alla Corte di Giustizia Europea.

Fu in questo ambito che, per la prima volta, la Corte di Giustizia andò a delineare il fenomeno delle *società in house*.

La contestazione da parte dell’azienda Teckal, aveva come fondamento l’interpretazione dell’art. 6<sup>5</sup> della Direttiva del Consiglio 18 Giugno 1992, 92/50/CEE, che prevedeva la possibilità di esonerare da gara pubblica l’affidamento di servizi ad un ente considerato

---

<sup>4</sup> Causa C-107/98, 18 Novembre 1999

<sup>5</sup> Articolo 6: “*La presente direttiva non si applica agli appalti pubblici di servizi aggiudicati ad un ente che sia esso stesso un’amministrazione ai sensi dell’articolo 1, lettera b), in base a un diritto esclusivo di cui beneficia in virtù delle disposizioni legislative, regolamentari od amministrative pubblicate, purché tali disposizioni siano compatibili con il trattato*”.

esso stesso un'amministrazione aggiudicatrice; in particolare quindi, la direttiva che il giudice nazionale chiedeva di esaminare era quella inerente alla prestazione di servizi.

La Corte ritenne invece necessario andare ad esaminare la Direttiva 93/36/CEE in materia di forniture, in quanto giudicò prevalente il valore della fornitura di combustibile rispetto al valore della prestazione del servizio erogato dall'AGAC<sup>6</sup>.

La Direttiva 93/36/CEE, per definire obbligatoria la procedura di gara pubblica, prevedeva di verificare se l'aggiudicazione costituisse un appalto pubblico di forniture.

A tal fine la sentenza "Teckal" riportò<sup>7</sup> l'art. 1, lett. a) e b), della Direttiva 93/36/CEE:

*"Ai fini della presente Direttiva si intendono per:*

*a) "appalti pubblici di forniture" i contratti a titolo oneroso, aventi per oggetto l'acquisto, il leasing, la locazione, l'acquisto a riscatto con o senza opzione per l'acquisto di prodotti, conclusi per iscritto fra un fornitore (persona fisica o giuridica) e una delle amministrazioni aggiudicatrici definite alla lettera b). La fornitura di tali prodotti può comportare, a titolo accessorio, lavori di posa e installazione;*

*b) "amministrazioni aggiudicatrici", lo Stato, gli enti locali, gli organismi di diritto pubblico, le associazioni costituite da detti enti od organismi di diritto pubblico."*

Per poter risolvere la questione pregiudiziale, era necessario capire se le condizioni esposte nella definizione di appalto pubblico (art. 1, lett. a)) si verificassero tra Comune di Viano e Consorzio AGAC.

---

<sup>6</sup> Il contratto affidato al Consorzio aveva natura mista in quanto il suo oggetto prevedeva sia la fornitura di combustibile, sia la prestazione di servizi, e l'art. 2 della Direttiva 92/50 precisava: «*Se un appalto pubblico ha per oggetto sia dei prodotti di cui alla direttiva 77/62/CEE che dei servizi di cui agli allegati IA e IB della presente direttiva, esso rientra nel campo d'applicazione della presente direttiva qualora il valore dei servizi in questione superi quello dei prodotti previsti dal contratto*».

Nel caso di specie il corrispettivo a favore dell'AGAC era stato fissato in 86 mln per la fornitura di combustibile e 36 mln per il servizio di conduzione e manutenzione degli impianti.

<sup>7</sup> Punto 7 della sentenza "Teckal", 18.11.1999, causa C-107/98.

La Corte di Giustizia diede quindi indicazione al Giudice nazionale di assodare se tra le due parti fosse stato concluso un contratto per iscritto, a titolo oneroso, e se tale contratto rispecchiasse un incontro di volontà tra soggetti distinti.

Con la suddetta indicazione la Corte introdusse un elemento fondamentale di riconoscimento per l'applicazione della Direttiva 93/36/CEE: la sostanziale terzietà dei soggetti del contratto.<sup>8</sup> A seguire, i giudici della Corte precisarono che: *“a questo proposito, conformemente all’art. 1, lett. a), della direttiva 93/36, basta, in linea di principio, che il contratto sia stato stipulato, da una parte, da un ente locale e, dall’altra, da una persona giuridicamente distinta da quest’ultimo. Può avvenire diversamente solo nel caso in cui, nel contempo, l’ente locale eserciti sulla persona di cui trattasi un controllo analogo a quello da esso esercitato sui propri servizi e questa persona realizzi la parte più importante della propria attività con l’ente o con gli enti locali che la controllano.”*<sup>9</sup>

Questo passo della Sentenza *“Teckal”* può essere considerato il più importante perché va, innanzitutto a sottolineare il requisito della terzietà che determina l'applicazione della Direttiva in materia di forniture, e delinea l'unica eccezione prevista dalla Corte che permette di non effettuare la procedura di gara pubblica d'appalto: l'*“in house providing”*.

La Corte ritenne che: il Consorzio non godeva di un'autonomia sostanziale e non vi era quindi la terzietà sostanziale richiesta nella Direttiva in materia di forniture; la parte più importante dell'attività realizzata dall'AGAC consisteva nella gestione dei servizi

---

<sup>8</sup> Punto 49 della sentenza Teckal: *“Relativamente all’esistenza di un contratto, il giudice nazionale deve verificare se vi sia stato un incontro di volontà tra due persone distinte.”*

<sup>9</sup> Punto 50 della Sentenza *“Teckal”*, 18.11.1999, Causa C-107/98



pubblici del Comune di Viano e, quest'ultimo, esercitava un controllo nei confronti dell'affidatario paragonabile a quello esercitato sui propri uffici.

Per tutti questi motivi, considerò il caso di specie rientrante nell'eccezione che prevedeva la possibilità di non effettuare una gara pubblica per l'affidamento della gestione del servizio.

## **2. Le società a capitale misto. Il caso “*Stadt Halle*”**

A pochi anni dalla prima sentenza che ha delineato i profili dell'in house providing, alla Corte fu presentata la richiesta di chiarimenti sui presupposti del fenomeno introdotti dal caso “*Teckal*”.

La controversia principale del caso “*Stadt Halle*” ha avuto origine per il ricorso attuato dalla società privata Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna (in seguito: la «TREA Leuna»), nei confronti della Stadt Halle (città di Halle in Germania) e la società RPL Recyclingpark Lochau GmbH (in seguito: la «RPL Lochau»).

La Stadt Halle aveva affidato senza gara pubblica di appalto, il servizio di trattamento dei rifiuti urbani alla RPL Lochau: quest'ultima era una società di natura mista, il cui capitale era in parte detenuto dalla Stadt Halle - per mezzo di società pubblica<sup>10</sup> - (75,1%) e in parte detenuto da una società privata (24,9%).

La questione pregiudiziale posta alla Corte dal giudice tedesco riguardava l'applicazione della Direttiva 92/50/CEE in materia di appalti di servizi; in particolare il

---

<sup>10</sup> Società il cui socio unico è la Verwaltungsgesellschaft für Versorgungs- und Verkehrsbetriebe der Stadt Halle mbH, a sua volta appartenente al 100 % alla Stadt Halle.

giudice tedesco chiedeva di chiarire se una amministrazione aggiudicatrice potesse non applicare le procedure ad evidenza pubblica nella stipulazione di un contratto a titolo oneroso con una società a capitale misto.

Il giudice comunitario si trovava perciò ad affrontare un nuovo punto di vista in merito al fenomeno che esso stesso aveva definito; innanzitutto, a differenza del caso “*Teckal*”, doveva analizzare l’*in house providing* in materia di appalti di servizi, e doveva poi giudicarne la legittimità in riferimento a una società a capitale misto.

In sua difesa la Stadt Halle sostenne che la RPL Lochau per la consistente partecipazione pubblica nel suo capitale, essendo quest’ultima emanazione di un ente pubblico, sarebbe rientrata nei canoni del fenomeno delle “*in house*”.<sup>11</sup>

La Corte, nella sentenza dell’11 Gennaio 2005, elencò le varie fattispecie al ricorrere delle quali era possibile non attuare la Direttiva 92/50/CEE e quindi applicare la normale procedura di gara pubblica d’appalto.

---

<sup>11</sup> In sua difesa la Stadt Halle richiamò la normativa nazionale tedesca contro le restrizioni della concorrenza, in cui vi era precisato che in merito ai ricorsi sugli affidamenti di appalti pubblici “*l’offerente o candidato ha un diritto soggettivo a che vengano rispettate le disposizioni che disciplinano le procedure di affidamento degli appalti*», il quale gli consente di azionare nei confronti dell’amministrazione aggiudicatrice le pretese giuridicamente riconosciutegli dall’art. 97, n. 7, della legge suddetta «*intese ad ottenere che venga compiuto od omesso un determinato atto nell’ambito di una procedura di affidamento di appalto (...)*» (Punto 12 della sentenza 11 gennaio 2005).

Una parte della giurisprudenza e della dottrina tedesca, interpretava queste indicazioni giudicando il ricorso ammissibile solo se ad essere contestato era il comportamento dell’amministrazione aggiudicatrice durante lo svolgimento della procedura di gara pubblica. Essendo quest’ultima non indetta nel caso in giudizio, il giudice del rinvio considerava il ricorso inammissibile e chiedeva alla Corte di chiarire anche tale profilo. In particolare, il giudice del rinvio chiedeva di chiarire l’art.1, n. 1, della Direttiva 665/89, in cui vi era precisato che gli Stati membri dovevano garantire mezzi di ricorso efficaci nel caso in cui le amministrazioni aggiudicatrici non avessero applicato la normale procedura in materia di appalti pubblici. A tal proposito la Corte rispose che l’art. 1, n. 1, della Direttiva 665/89, era da interpretare nel senso che gli Stati membri avevano l’obbligo di garantire ricorsi rapidi ed efficaci, a qualsiasi soggetto interessato ad ottenere l’appalto in questione, anche se non vi era stata procedura formale di affidamento; secondo la Corte, non poteva essere a discrezione dello Stato membro accettare o meno un ricorso, sulla base della decisione dell’amministrazione aggiudicatrice di attuare o meno la procedura di affidamento di appalto pubblico.

Innanzitutto la sentenza specificò che secondo l'art. 1, lett. c), della Direttiva 92/50/CEE, anche gli enti pubblici erano ricompresi tra i soggetti definiti prestatori di servizi e quindi vincolati all'applicazione della direttiva stessa. Secondo la Corte però, gli enti pubblici dovevano anche avere la libertà di svolgere le proprie funzioni con i propri strumenti, senza dover ricorrere ad entità terze.

Questa considerazione implicava quindi che le amministrazioni aggiudicatrici potessero omettere la procedura di gara pubblica, nel caso in cui la controparte fosse organo dell'amministrazione stessa e non comportasse quindi la chiusura di un contratto a titolo oneroso.

Questa prima deroga all'applicazione della Direttiva 92/50/CEE, richiamava le conclusioni tratte nella sentenza "*Teckal*".

La seconda eccezione alla normale procedura di affidamento di appalto, richiamava ancora una volta la sentenza del 1999; fu ribadito come, nel caso di entità formalmente terze, non era necessario applicare le normali regole della concorrenza se l'amministrazione aggiudicatrice avesse esercitato un controllo analogo a quello sui propri servizi e la controparte avesse realizzato la parte più consistente della propria attività con l'autorità pubblica.<sup>12</sup>

La Corte continuò però puntualizzando che diversamente da quanto successe nella sentenza "*Teckal*", la RPL Lochau era in parte posseduta da un soggetto privato e questo nuovo aspetto doveva essere analizzato ed approfondito.

La giurisprudenza comunitaria si espresse in merito, affermando che: "*l'attribuzione di un appalto pubblico ad una società mista pubblico-privata senza far appello alla*

---

<sup>12</sup> Punto 49 della sentenza "*Stadt Halle*" della Corte di Giustizia Europea, 11.01.2005.

*concorrenza pregiudicherebbe l'obiettivo di una concorrenza libera e non falsata ed il principio della parità di trattamento degli interessati contemplato dalla direttive 92/50, in particolare nella misura in cui una procedura siffatta offrirebbe ad un'impresa privata presente nel capitale della detta società un vantaggio rispetto ai suoi concorrenti”.*

Fu specificato inoltre, come la partecipazione privata al capitale, seppur minoritaria, non avrebbe permesso all'amministrazione aggiudicatrice di esercitare il controllo analogo - requisito fondamentale delle società in house - a causa della differente natura degli interessi perseguiti da un ente pubblico rispetto ad una società privata.

Per tutti questi motivi, con la sentenza “*Stadt Halle*” dell'11 gennaio 2005, la Corte dettò un nuovo orientamento giurisprudenziale in merito alle società in house; non fu precisato cosa si intendesse per controllo analogo, ma fu constatato che non potesse di certo sussistere nel caso in cui il soggetto affidatario fosse una società a partecipazione mista pubblico-privata.<sup>13</sup>

### **3. Un nuovo filone giurisprudenziale**

La giurisprudenza comunitaria dopo le prime sentenze che hanno dato origine al fenomeno dell'in house providing ha intrapreso un nuovo filone giurisprudenziale volto a individuare condizioni e limiti di utilizzo dell'istituto stesso. A partire dal 2005 la Corte

---

<sup>13</sup> Nel Luglio del 2005, con la sentenza “*Coname*”, la Corte precisò che nemmeno “*una società aperta, almeno in parte, al capitale privato*”, quindi “*potenzialmente mista*”, potesse derogare le procedure ad evidenza pubblica. (C. IAIONE, *Le società in house*, p. 147).

In merito alla questione sull'eventuale apertura del capitale sociale della società affidataria al capitale privato, la Corte si esprime anche successivamente nella sentenza “*ANAV*” - causa C-410/04 - nata da una controversia tra l'Associazione nazionale autotrasporto viaggiatori e il Comune di Bari, per l'affidamento diretto del servizio di trasporto pubblico locale concesso alla AMTAB Servizio S.p.A., società partecipata al 100% dal Comune stesso. Fu ribadito che l'apertura del capitale sociale (anche successivamente) al capitale privato, anche per quote minoritarie, escludeva a priori la possibilità di essere considerata società in house dell'ente pubblico.

fu sempre più frequentemente interpellata per chiarire e mettere a punto i caratteri del fenomeno introdotto dalla prima ondata di sentenze.

### **3.1 La sentenza “*Parking Brixen*” e la definizione di “controllo analogo”**

Nell’ottobre del 2005 la Corte di Giustizia Europea fu ancora una volta interrogata in materia di società in house, e nello specifico fu portata a definire il requisito del controllo analogo - introdotto nel '99 con la sentenza “*Teckal*” - e di cui non furono mai in concreto delineati i confini.

La richiesta di pronuncia pregiudiziale pervenuta alla Corte, chiedeva di mettere a punto due questioni: la prima riguardante la qualificazione del servizio come appalto di servizi o come concessione; la seconda, relativa alla legittimità di un affidamento diretto ad una società per azioni nata dalla trasformazione di un’azienda speciale, partecipata al 100% dall’amministrazione aggiudicatrice, ma in cui il Consiglio di amministrazione gode di ampi poteri.

La controversia principale verteva sull’affidamento diretto del servizio di gestione di due parcheggi, affidato dal Comune di Bressanone alla ASM Bressanone S.p.A., società partecipata totalitariamente dal Comune stesso.

La ASM Bressanone S.p.A., in precedenza era un ente autonomo del comune, dotato di personalità giuridica, e incaricato specificamente all’esercizio unitario ed integrato di servizi pubblici locali. Prima della sua conversione in società per azioni<sup>14</sup>, la ASM

---

<sup>14</sup> La trasformazione in società per azioni avvenne in applicazione dell’art. 115 del D.lgs. 267/2000 - recante “*Testo Unico delle leggi sull’ordinamento degli enti locali*” - comma 1: “*i comuni, le provincie, e gli altri enti locali possono, per atto unilaterale trasformare le aziende speciali, in società di capitali, di cui possono restare azionisti unici per un periodo comunque non superiore a due anni dalla trasformazione (...). Le società conservano tutti i diritti e gli obblighi anteriori alla trasformazione e subentrano pertanto in tutti i rapporti attivi e passivi delle aziende originarie*”.

Bressanone S.p.A. era denominata “*Servizi municipalizzati Bressanone*” e l’oggetto del suo statuto prevedeva la possibilità di gestire parcheggi ed autosilo, compreso l’esercizio di tutte le attività connesse; con la conversione in S.p.A., la nuova società si sostituì in toto (diritti e obblighi, rapporti attivi e passivi) alla vecchia azienda speciale. Il nuovo Statuto conferiva al Comune di Bressanone alcune prerogative: prevedeva la facoltà di nominare la maggioranza dei componenti del consiglio di amministrazione e prevedeva che la quota di partecipazione del comune stesso non potesse mai essere inferiore alla maggioranza assoluta delle azioni ordinarie; inoltre, all’oggetto dello statuto era stato inserito che la gestione di parcheggi ed autosilo potesse avvenire sia su base locale, ma anche su base nazionale e internazionale.

Viste le caratteristiche della nuova S.p.A., il Comune di Bressanone provvide ad assegnarle la gestione di due parcheggi senza indire un bando pubblico di affidamento del servizio.

La Parking Brixen, lesa da questo affidamento diretto, in quanto interessata alla gestione del servizio, fece ricorso al Tribunale amministrativo - Sezione autonoma per la Provincia di Bolzano - che sospese il procedimento e interpellò la Corte di giustizia.

La prima questione sottoposta alla Corte riguardava la qualificazione dell’affidamento a favore della ASM Bressanone S.p.A. come appalto pubblico o come concessione di servizio, considerato che il corrispettivo della ASM perveniva direttamente da una tassa di parcheggio degli utenti.

La Corte innanzitutto specificò che non era suo compito qualificare l’operazione oggetto della controversia principale, ma, nonostante ciò, diede alcune indicazioni al giudice nazionale per poter risolvere questa prima questione.

Attraverso la lettura dell'art. 1, lett. a), della Direttiva 92/50, in cui gli *“appalti pubblici di servizi”* erano definiti come *“contratti a titolo oneroso stipulati in forma scritta tra un prestatore di servizi ed un'amministrazione aggiudicatrice”*, si poteva desumere che in un appalto pubblico il corrispettivo dovesse essere direttamente erogato dall'amministrazione e non, come nel caso in questione, derivante da una tassa pagata dagli utilizzatori del servizio. Questa forma di remunerazione faceva inoltre intuire che il prestatore del servizio si assumesse tutti i rischi di gestione.

Per tutti questi motivi la Corte affermò *“si deve pertanto risolvere la prima questione dichiarando che l'attribuzione, da parte di un'autorità pubblica ad un prestatore di servizi, della gestione di un parcheggio pubblico a pagamento, per la quale il prestatore riceve come corrispettivo le somme versate dai terzi per l'utilizzo del parcheggio, costituisce una concessione di pubblici servizi a cui la direttiva 92/50 non è applicabile”*.

(Punto 43 della sentenza 13.10.2005 – Causa C-458/03)

Entrando nel merito della seconda questione pregiudiziale, la Corte si trovò ad affrontare le problematiche sull'in house providing applicato ad una concessione di servizi.

Il giudice del rinvio chiedeva in sostanza se secondo la giurisprudenza comunitaria era possibile affidare la gestione di un servizio ad una società per azioni, costituita mediante trasformazione di azienda speciale, senza svolgere una gara pubblica di appalto; elementi fondamentali da considerare nella risoluzione del caso erano che l'autorità pubblica concedente il servizio possedeva l'intero capitale sociale della S.p.A. e che il Consiglio di Amministrazione godeva di ampi poteri amministrativi.

Nel caso di specie la Direttiva 92/50/CEE non era automaticamente applicabile in quanto, come sopra analizzato, si trattava di concessione di servizi.

La Corte però ritenne che dovessero essere rispettati determinati principi enunciati negli artt. 12, 43 e 49 del TCE che imponevano alle pubbliche autorità di garantire appropriati livelli di pubblicità dell'affidamento in modo tale che ogni potenziale offerente potesse partecipare all'aggiudicazione (anche residenti in un diverso Stato membro) e ciò implicava che dovesse sempre essere rispettato il procedimento di gara pubblica. Sebbene quindi la Direttiva 92/50 fosse inapplicabile, dovevano essere rispettati i principi di parità di trattamento, di non discriminazione e di trasparenza.

In merito a ciò, il Comune ne invocava l'inapplicabilità - richiamando quanto esposto nella sentenza "*Teckal*" - perché la ASM Bressanone S.p.A. non era un ente indipendente.

La Corte assecolò la posizione del Comune in merito all'imposizione della Direttiva 92/50 in quanto applicabile solo nel caso di contratto stipulato per iscritto a titolo oneroso tra enti indipendenti; e continuò precisando come l'esistenza del contratto potesse essere esclusa al verificarsi dei requisiti del "*controllo analogo*" e "*dell'attività prevalente*", come previsto in alcune sentenze precedenti (sentenza "*Teckal*" e sentenza "*Stadt Halle*").

Proseguì poi specificando in che modo definire l'applicabilità dei principi del Trattato (artt. 12, 43 e 49): quest'ultimo non presupponeva l'esistenza di un contratto ai fini dell'applicabilità ma, presupponeva la sostanziale terzietà tra i soggetti in questione.

Ne derivava quindi che le norme del Trattato sarebbero state irrilevanti se l'ente pubblico avesse svolto i propri servizi senza avvalersi di soggetti terzi.



Alla luce di queste riflessioni il giudice comunitario affermò quindi che i presupposti del “controllo analogo” e “dell’attività prevalente” sarebbero stati fondamentali per determinare se vi fosse la terzietà dei soggetti o meno e se fosse quindi obbligatoria l’applicabilità delle norme del Trattato.

Era a quel punto necessario verificare l’esistenza o meno dei requisiti dell’in house providing.

Per poter determinare la sussistenza del primo requisito era necessario verificare che il Comune esercitasse sulla S.p.A. un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che gli permettesse di esercitare “un’influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti”<sup>15</sup>.

Secondo le analisi della Corte la ASM Bressanone S.p.A. prima di essere trasformata permetteva all’autorità pubblica di esercitare un controllo determinante su di essa, ma con la sua conversione rendeva precario il controllo del Comune e questa precarietà derivava da una serie di fattori:

- la natura del tipo di società e la sua vocazione commerciale
- l’estensione dell’oggetto sociale volto ad operare in nuovi ed importanti settori
- l’apertura del capitale sociale al capitale privato dopo due anni dalla trasformazione
- l’apertura a livello nazionale e internazionale delle attività della società
- gli importanti poteri conferiti al Consiglio di amministrazione.<sup>16</sup>

---

<sup>15</sup> Punto 65 sentenza “Parking Brixen”, 13.10.2005.

<sup>16</sup> Punto 67: “La ASM Bressanone S.p.A. ha invece acquisito una vocazione commerciale che rende precario il controllo del comune. In questo senso militano:

a) la trasformazione della Servizi municipalizzati Bressanone — azienda speciale del Comune di Bressanone — in una società per azioni (ASM Bressanone S.p.A.) e la natura di questo tipo di società;

Inoltre, il giudice del rinvio precisò come il controllo del Comune sulla società era limitato ai provvedimenti consentiti dal diritto societario alla maggioranza dei soci.

Alla luce di tutti questi elementi, la Corte ritenne insussistente il requisito del controllo analogo<sup>17</sup>. Fu quindi dichiarata obbligatoria l'attuazione degli articoli del Trattato nel rispetto dei principi di parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza.

La sentenza "*Parking Brixen*" delineò così nuovi confini al concetto di "controllo analogo", introdotto dalla sentenza "*Teckal*" e mai realmente definito.

Con questa nuova interpretazione, la Corte chiarì come non fosse sufficiente pensare ad un controllo analogo in termini azionari cioè sulla base della partecipazione posseduta dall'ente pubblico; il controllo doveva essere anche analizzato in termini organizzativo-amministrativi, quindi sulla base dei poteri decisionali che effettivamente l'amministrazione aggiudicatrice esercita sull'ente affidatario. La Corte in questo modo esclude che si potesse parlare di controllo analogo solo sulla base dei poteri che il diritto societario attribuisce sulla base della partecipazione posseduta.<sup>18</sup>

---

b) *l'ampliamento dell'oggetto sociale, giacché la società ha cominciato ad operare in nuovi importanti settori, in particolare quelli del trasporto di persone e merci, dell'informatica e delle telecomunicazioni. Si deve rilevare che la società ha conservato la vasta gamma di attività precedentemente esercitate dall'azienda speciale, tra cui quella di adduzione dell'acqua e di depurazione delle acque reflue, di fornitura di calore ed energia, di smaltimento dei rifiuti e di costruzione di strade;*  
c) *l'apertura obbligatoria della società, a breve termine, ad altri capitali;*  
d) *l'espansione territoriale delle attività della società a tutta l'Italia e all'estero;*  
e) *i considerevoli poteri conferiti al Consiglio di amministrazione, senza che in pratica venga esercitato alcun controllo gestionale da parte del comune."*

<sup>17</sup> Considerato che i requisiti della società in house devono sussistere contemporaneamente, non fu ritenuto necessario continuare la verificare sulla sussistenza del secondo requisito "*attività prevalente*".

<sup>18</sup> Questo approccio interpretativo era già stato applicato anche dall'Avvocato generale C. Stix-Hackl nelle conclusioni presentate il 23 settembre 2004 nella causa C-26/03, Stadt Halle. Secondo l'Avv. Stix-Hackl il concetto del controllo analogo andava interpretato "*in senso funzionale e non formale*", si doveva cioè andare ad analizzare "*la configurazione del caso di specie quindi il reale grado di intensità con cui era esercitato il controllo e non era sufficiente una verifica astratta effettuata sulla base della forma giuridica della società considerata*". (Paragrafi 62-78, conclusioni dell'Avv. Stix-Hackl presentate il 23.09.2004 nella Causa C-26/03)

Secondo l'Avvocato era compito del giudice nazionale andare ad esaminare il potere che effettivamente l'amministrazione aggiudicatrice sarebbe stata in grado di esercitare; la quota di partecipazione non

### 3.2 La sentenza “Anav” e la libertà di scelta

Un'altra sentenza appartenente al filone giurisprudenziale intrapreso in quegli anni dal legislatore comunitario, fu la sentenza “Anav”. Alla Corte fu richiesto di chiarire il limite di discrezionalità che un ente locale aveva nella scelta tra le diverse forme di gestione di un servizio pubblico locale.

Il caso in oggetto riguardava una società per azioni, la AMTAB Servizio S.p.A. - il cui capitale era interamente posseduto dal Comune di Bari - che aveva ricevuto in affidamento diretto il servizio di trasporto pubblico locale; inizialmente il Comune aveva emesso un bando pubblico per l'affidamento del servizio ma fu revocato dopo pochi mesi<sup>19</sup>.

L'Associazione Nazionale Autotrasporto Viaggiatori – ANAV – associazione che rappresenta le imprese operanti nel mercato del trasporto e interessata alla tutela degli interessi di quest'ultimi, fece ricorso contestando non tanto la figura della società in house, ma la discrezionalità di scelta concessa agli enti pubblici tra affidamento in house e affidamento mediante gara pubblica.

Il giudice dell'ordinanza del Tar Puglia chiese al giudice comunitario se la questione pregiudiziale fosse “*compatibile con il diritto comunitario, ed in particolare con gli*

---

poteva essere l'unico elemento decisivo in quanto determinati strumenti esistenti (es. il contratto di dominio che assicura ad un unico socio, indipendentemente dalla quota posseduta, ulteriori diritti rispetto a quelli già posseduti) potevano alterare i poteri derivanti dalla sola quota azionaria. L'Avvocato a sostegno della sua tesi continuava poi precisando che nella sentenza “Teckal” non vi era limitazione dell'oggetto del controllo a determinate decisioni; si poteva quindi desumere che “*era necessario verificare l'esistenza di un controllo esaustivo, non limitato a decisioni strategiche di mercato, ma comprensivo anche di singole decisioni di natura gestionale*”. (Cfr. CHRISTIAN IAIONE, Le società in house, 153)

<sup>19</sup> Il Comune di Bari avviò una procedura di gara ad evidenza pubblica al fine di affidare il servizio di trasporto pubblico sul territorio di tale comune, ma in seguito alla modifica dell'art. 113, quinto comma, del D.lgs. n. 267/2000 da parte dell'art. 14 del D.L. n. 269/2003, revocò tale procedura di gara ad evidenza pubblica ed emanò un provvedimento di affidamento diretto a favore della società AMTAB Servizio S.p.A.

*obblighi di trasparenza e libera concorrenza di cui agli artt. [43 CE], 49 CE e 86 CE, l'art. 113, comma quinto, D.lgs. n. 267/00, come modificato dall'art. 14 D.L. n. 269/03<sup>20</sup>, nella parte in cui non pone alcun limite alla libertà di scelta dell'Amministrazione pubblica tra le diverse forme di affidamento del servizio pubblico, ed in particolare tra l'affidamento mediante procedura di gara ad evidenza pubblica e l'affidamento diretto a società da essa interamente controllata". (Punto 14 sentenza "Anav", 6 aprile 2006)*

La Corte nella sentenza pronunciata stabilì innanzitutto di trovarsi dinanzi ad un caso di concessione di servizi pubblici data la tipologia di finanziamento derivante, almeno parzialmente, dagli utenti del servizio pubblico; dalla precedente sentenze "Parking Brixen" (13 ottobre 2005) era stato chiarito come nel caso di concessione di servizi non si era soggetti all'applicazione delle direttive sugli appalti pubblici, ma si era assoggettati agli artt. 43 e 49 del Trattato CE.

La sentenza proseguì esponendo come "l'obbligo di attuazione dei principi di non discriminazione sulla base della nazionalità e della parità di trattamento tra offerenti comporta, in particolare, un obbligo di trasparenza che permette all'autorità pubblica concedente di assicurarsi che tali principi siano rispettati. L'obbligo di trasparenza posto a carico di detta autorità consiste nel dovere di garantire, ad ogni potenziale offerente, un adeguato livello di pubblicità, che consenta l'apertura della concessione di servizi

---

<sup>20</sup> "L'erogazione del servizio avviene secondo le discipline di settore e nel rispetto della normativa dell'Unione europea, con conferimento della titolarità del servizio:

a) a società di capitali individuate attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica;

b) a società a capitale misto pubblico-privato nelle quali il socio privato venga scelto attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica che abbiano dato garanzia di rispetto delle norme interne e comunitarie in materia di concorrenza secondo le linee di indirizzo emanate dalle autorità competenti attraverso provvedimenti o circolari specifiche;

c) a società a capitale interamente pubblico a condizione che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano".

*alla concorrenza, nonché il controllo sull'imparzialità delle procedure di aggiudicazione*". (Punto 21 sentenza "Anav", 6 aprile 2006)

Alla luce di tale considerazione la Corte giudicò il caso di specie non conforme al diritto comunitario, in quanto l'assenza totale di una procedura ad evidenza pubblica contrastava con i principi sopra esposti. Continuò però precisando come, anche in materia di concessioni, esisteva l'eccezione che permetteva di derogare i principi del Trattato della Comunità Europea: se l'ente pubblico esercitava sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e, simultaneamente, la società realizzava la parte più importante della sua attività con l'amministrazione aggiudicatrice<sup>21</sup>.

L'art. 113 del D.lgs. 267/00 riportava la medesima considerazione sopra esposta, per questo motivo la Corte giudicò la normativa nazionale in linea con la normativa comunitaria. La prima questione pregiudiziale era quindi risolta.

A seguire, fu data un'altra precisazione importante ai fini della definizione della società in house.

Nell'analisi del caso di specie, in merito alla possibilità della società affidataria di aprire il proprio capitale ad azionisti privati, precisò come tale possibile apertura - seppur minoritaria - avrebbe escluso a priori la possibilità di rientrare nell'affidamento in house. Insieme a questa puntualizzazione, la giurisprudenza comunitaria dettò un ulteriore elemento utile alla configurabilità dell'*in house providing*: il requisito della partecipazione pubblica totalitaria – come anche quello dell'attività prevalente – doveva “*sussistere permanentemente*”, cioè per l'intera durata dell'affidamento in house.

---

<sup>21</sup> La Corte continuò il proprio iter argomentativo precisando come, essendo quest'ultima un'eccezione alle regole generali del diritto comunitario, era onere di chi intendeva avvalersene, dimostrare la sussistenza dei requisiti del controllo analogo e dell'attività prevalente.

In merito invece alla richiesta del giudice nazionale di chiarire se vi era un limite alla libertà di scelta dell'ente pubblico fra autoproduzione ed esternalizzazione, la Corte non diede risposta.

Questo silenzio della Corte ebbe diverse interpretazioni in giurisprudenza.

Una parte della dottrina considerò il silenzio come un'omissione, mentre una delle linee interpretative più considerate fu quella di leggere il silenzio della Corte come un tacito ribadire la libertà dell'ente locale di optare per *l'in house providing*, all'unica condizione espressamente elencata nella sentenza di rientrare nei requisiti restrittivi dell'autoproduzione<sup>22</sup>.

### **3.3 Il caso “Carbotermo” e il requisito dell'attività prevalente**

Altro caso del nuovo filone giurisprudenziale fu quello della *Carbotermo* nel maggio del 2006. La Corte fu interpellata per dare interpretazione della Direttiva 93/36/CEE, e per la prima volta, si trovò a dare chiarimenti in merito al secondo requisito legittimante l'affidamento in house.

La controversia verteva su un affidamento diretto da parte del Comune di Busto Arsizio all'impresa AGESP S.p.A. relativo “*alla fornitura di combustibili, alla manutenzione, all'adeguamento normativo e alla riqualificazione tecnologica degli impianti termici degli edifici del comune stesso*”, contestato dall'impresa Carbotermo e dal Consorzio Alisei interessati al servizio in oggetto.

Il Comune di Busto Arsizio motivò l'affidamento diretto illustrando come, a suo parere, fossero verificati i requisiti per la configurabilità dell'affidamento in house.

---

<sup>22</sup> CHRISTIAN IAIONE, “*Le società in house*”, 2012, p. 157-158

Il controllo analogo era verificato dalla subordinazione derivante dalle quote possedute; il Comune possedeva il 99,98% della AGESP Holding, alla quale apparteneva il 100% della AGESP S.p.A.

Il requisito dell'attività prevalente era assodato, secondo il Comune, dalla realizzazione del 65,59% del fatturato globale sul territorio comunale, e oltre il 28% per prestazioni direttamente fornite al Comune.

La prima questione sottoposta alla Corte riguardava il requisito del controllo analogo. Il giudice nazionale chiedeva di chiarire se tale requisito potesse sussistere in presenza di un controllo azionario indiretto, esercitato tramite una holding.

Dall'ordinanza di rinvio risultava che la holding era posseduta al 99,98% dal Comune e al 0,02% da altri enti locali; vista la praticamente totalitaria partecipazione pubblica la Corte ritenne inizialmente che il requisito del controllo analogo potesse essere soddisfatto.

Proseguì però la sua analisi verificando i poteri che gli Statuti delle società attribuivano ai Consigli di Amministrazione e, appurato che quest'ultimi godevano di ampi poteri nella gestione ordinaria e straordinaria delle società, la conclusione fu che il Comune esercitava sulle due società esclusivamente poteri, derivanti dal diritto societario, e riconosciuti alla maggioranza dei soci; ciò non era sufficiente per l'esistenza del requisito del controllo analogo<sup>23</sup>.

---

<sup>23</sup> Secondo la Corte inoltre il controllo dell'ente pubblico era di per sé indebolito dalla partecipazione indiretta, in quanto l'influenza del Comune sulle decisioni della AGESP sarebbe stata mediata dalla società holding.

In questa sentenza la Corte non ritenne rilevante - ai fini della determinazione del requisito del controllo analogo - considerare il fatto che negli Statuti della società era prevista la possibilità di ingresso di azionisti privati al capitale sociale; condizione che, come visto nella precedente sentenza "Anav", escluderebbe a priori la sussistenza del requisito del controllo analogo.

La seconda questione pregiudiziale sottoposta alla Corte riguardava il secondo requisito delle società in house, e si articolava in due punti.

Fu innanzitutto richiesto se per accertare che la parte più importante dell'attività fosse svolta con l'ente pubblico, era necessario applicare l'art. 13 della Direttiva 93/38.

La Corte a questa prima domanda rispose precisando come il caso di specie rientrasse nella Direttiva 93/36 sugli appalti di forniture e non nella Direttiva 93/38 sugli appalti di servizi<sup>24</sup>; era quindi esclusa l'applicabilità dell'art. 13.

Il secondo quesito posto prevedeva di chiarire se era possibile ritenere verificato il requisito dell'attività prevalente *“nel caso in cui l'impresa realizzi la prevalenza dei proventi con l'ente pubblico che la detiene o nel territorio dell'ente stesso”*<sup>25</sup>.

La Corte si ritrovò così per la prima volta a delineare i confini del requisito sull'attività prevalente introdotto anni prima dalla sentenza *“Teckal”*.

Come prima cosa fu richiamata la finalità principale delle direttive comunitarie, cioè *“la libera circolazione delle merci e dei servizi nonché l'apertura ad una concorrenza non falsata in tutti gli Stati membri”*. Nel rispetto di tale obiettivo le società in house devono in via esclusiva prestare il proprio servizio all'ente pubblico affidante; solo in questo caso la società in questione può essere considerata non operante nel mercato o in competizione con altri soggetti.

---

<sup>24</sup> Questo punto era già stato chiarito nella prima parte della sentenza. Secondo quanto già sancito nella sentenza *“Teckal”*, in presenza di appalto avente natura mista come nel caso di specie, si doveva applicare la Direttiva 93/36 se il valore dei prodotti oggetto della fornitura superava il valore dei servizi.

<sup>25</sup> Sentenza *“Carbotermo”*, 11.05.2006, Causa C-340/04, punto 49.



Per determinare se la condizione di prestazione dell'attività era esclusiva presso l'ente affidante, la Corte indirizzò il giudice ad effettuare una valutazione qualitativa e quantitativa.

In riferimento all'aspetto quantitativo *“il fatturato determinante è rappresentato da quello che l'impresa in questione realizza in virtù delle decisioni di affidamento adottate dall'ente locale controllante, compreso quello ottenuto con gli utenti in attuazione di tali decisioni”*<sup>26</sup>.

Per quanto riguarda l'aspetto qualitativo *“le attività di un'impresa aggiudicataria da prendere in considerazione sono tutte quelle che quest'ultima realizza nell'ambito di un affidamento effettuato dall'amministrazione aggiudicatrice, indipendentemente dal fatto che il destinatario sia la stessa amministrazione aggiudicatrice o l'utente delle prestazioni”*<sup>27</sup>.

Chiariti gli aspetti necessari a definire il concetto di “attività prevalente”, la Corte entrò nel merito del caso in questione affermando la necessità di chiarire se l'attività da prendere in considerazione fosse solo quella relativa all'ente affidante o anche quella a favore degli altri enti locali, vista la suddivisione del capitale sociale della società stessa. A tal proposito, il giudice richiamò un passo della sentenza *“Teckal”* in cui vi era affermato che l'attività prevalente doveva essere realizzata *“con l'ente o con gli enti locali che la controllano”*.

Era quindi desumibile che, nel caso di un'impresa detenuta da più enti locali la prestazione di attività da considerare non fosse solo quella nei confronti dell'ente

---

<sup>26</sup> Punto 65, sentenza *“Carbotermo”*, 11.05.2006

<sup>27</sup> Punto 66, sentenza *“Carbotermo”*, 11.05.2006

affidante, ma l'attività complessivamente svolta a favore di tutti gli enti pubblici interessanti.

Riassumendo quindi le indicazioni presentate dalla Corte: per la valutazione del secondo requisito non è necessario considerare l'identità del destinatario (ente pubblico o utente della prestazione), la tipologia di rapporto intercorrente (appalto o concessione) e la provenienza della remunerazione delle prestazioni. In ogni caso, inoltre, è irrilevante il territorio sul quale l'attività viene svolta.

Con le conclusioni appena esposte la Corte dettò i confini del requisito dell'attività prevalente, mai individuati prima.

## Capitolo III

### I requisiti dell'*in house providing*

SOMMARIO: 1. Il controllo analogo - 1.1 La “direzione” del controllo analogo - 1.2 Gli attributi del controllo analogo - 1.3 Il controllo analogo congiunto - 1.4 Gli strumenti di diritto societario per il controllo analogo - 1.4.1 I patti parasociali - 1.4.2 Le clausole statutarie - 1.5 Gli strumenti di diritto pubblico - 2. Lo svolgimento della parte più importante dell’attività a favore dell’ente affidante

#### 1. Il controllo analogo

Il controllo analogo è il primo requisito che la Corte di Giustizia Europea elencò nella sentenza “*Teckal*” (1999) per definire l’*in house providing*; unica deroga ammessa in alternativa all’applicazione delle direttive comunitarie in materia di appalti e servizi pubblici.

Come già evidenziato nei capitoli precedenti, la situazione necessaria per rientrare nei confini di tale fenomeno è che i soggetti coinvolti, anche se giuridicamente distinti, possano ritenersi appartenenti alla “stessa” amministrazione; viene così a mancare un reale rapporto contrattuale tra le parti coinvolte che non possono essere considerate soggetti distinti.

Il rapporto instaurato tra le parti assume quindi le sembianze di una “*delega interorganica*”, cioè una prestazione effettuata da un ente strumentale delegato, a favore della pubblica amministrazione, entrambi appartenenti alla stessa sfera amministrativa.<sup>28</sup>

In merito a questo requisito, la Commissione Europea in una Nota del 26 giugno 2006, diede una sua interpretazione definendo il controllo analogo come un “*assoluto potere di direzione, coordinamento e supervisione dell’attività del soggetto partecipato, e che riguarda l’insieme dei più importanti atti di gestione del medesimo*”. E precisò inoltre: “*non è sufficiente il semplice esercizio degli strumenti di cui dispone il socio di maggioranza secondo le regole proprie del diritto societario*”.

Come stabilito anche dalla Corte di Giustizia, i soci pubblici devono godere di diritti aggiuntivi e più forti rispetto a quelli ordinari; solo in questo modo si rende l’*in house providing* compatibile con un modulo organizzativo privatistico quale una società di capitali.

Nel tempo, oltre alle varie sentenze pronunciate dalla Corte, diedero indicazioni utili a delimitare i confini del controllo analogo anche le conclusioni presentate dagli avvocati nazionali, alla Corte Europea. In particolar modo, definizioni utili furono date dall’Avv. Stix-Hackl, nelle conclusioni presentate in riferimento alla causa C-340/04, “*Carbotermo*”. Secondo l’Avv. Stix-Hackl i diritti posseduti dall’ente pubblico “*devono estendersi alla gestione della società in generale*”, non devono cioè permettere solo di esercitare un’influenza sulle decisioni a rilevanza strategica. In merito ai mezzi per esercitare il controllo, devono essere “*poteri direttivi, ispettivi e di nomina*”. Per provare la sussistenza del controllo analogo su una società di capitali “*andranno specificamente*

---

<sup>28</sup> Cfr. CHRISTIAN IAIONE, “*Le società in house*”, 2012, p. 192

*esaminate tanto disposizioni generali ed astratte, come il diritto societario nazionale, quanto la configurazione concreta, come lo statuto del soggetto interessato”.*

Rilevanza concreta assume perciò lo Statuto della società strumentale delegata dalla Pubblica Amministrazione. A favore di una configurazione valida e concreta dei rapporti tra società e i soci pubblici, il diritto societario italiano permette alle parti ampia autonomia negoziale grazie a strumenti “sociali” e “parasociali” per regolamentare l’assetto organizzativo della società.

Gli strumenti adottati dal diritto societario italiano (ampliati dalla riforma del diritto societario – D.lgs. n. 6 del 2003) permettono di regolamentare i rapporti tra gli organi della società, e tra la società stessa e i soci pubblici, in funzioni dei loro interessi.

Grazie a questi strumenti è possibile instaurare un rapporto di controllo analogo che le forme giuridiche di diritto privato della società per azioni o della società a responsabilità limitata non permetterebbero.

Se il diritto societario non avesse permesso questa autonomia negoziale, le società in house non avrebbero gli strumenti per esercitare la tipologia di controllo richiesto e agli enti locali rimarrebbe la scelta *“tra la privatizzazione dei servizi pubblici locali e l’esecuzione diretta di essi per mezzo di propri uffici amministrativi strutturati al più in forma di aziende autonome oppure di società di capitale integrate nella gerarchia amministrativa e prive di significativa autonomia”*.<sup>29</sup>

I poteri pubblici possono esercitare un controllo analogo a quello sui propri servizi grazie alla determinazione dei propri poteri e del loro esercizio nello Statuto della società o nell’atto costitutivo. Tale tipologia di controllo instaura una relazione di direzione tra

---

<sup>29</sup> CHRISTIAN IAIONE, *“Le società in house degli enti locali”*, 2006, p. 102

amministrazione aggiudicatrice e società partecipata, riconosciuta anche dal diritto societario all'art. 2497-septies c.c.; secondo quest'ultimo il potere di direzione di una società di capitali può essere anche in capo *“all'ente che [...] esercita attività di direzione e coordinamento di società sulla base di un contratto con le società medesime o di clausole dei loro statuti”*.

In questo modo, con la riforma del diritto societario, è stata riconosciuta l'esistenza di rapporti organizzatori di sovraordinazione-subordinazione; è stata estesa la disciplina dei gruppi anche a chi esercita attività di direzione e coordinamento su società giuridicamente terze, sulla base di un contratto o di una clausola statutaria.

Nella configurazione del requisito del “controllo analogo” uno dei punti cruciali è quindi quello di stabilire il reale significato di direzione, ed individuare le distinzioni dal concetto di gerarchia, tipico del settore amministrativo.

### **1.1 La “*direzione*” del controllo analogo**

La “direzione” richiesta in materia di società in house, per definire il concetto di controllo analogo deve essere distinta dalla definizione di controllo gerarchico tipico degli organi amministrativi.

La “gerarchia” è configurabile come il rapporto tra organi e uffici dipendenti; in tale relazione gli uffici dipendenti sono sottoposti agli ordini e le direttive di un altro ufficio che esprime i propri poteri di comando, indirizzo e controllo. Si tratta di un rapporto che permette di avere un'unità di indirizzo e attuare per gradi i fini generali preposti dagli organi sovrani.

Nel tempo il processo di decentramento della funzione amministrativa ha portato a ridimensionare l'importanza del concetto di gerarchia ed ha portato ad una visione pluralistica del sistema amministrativo.<sup>30</sup>

In questo contesto si inserisce la costruzione del concetto di direzione cioè un rapporto intermedio tra la gerarchia che esprime una totale subordinazione e il rapporto di equiordinazione<sup>31</sup>.

La direzione consiste in un rapporto organizzativo la cui peculiarità è che l'organo subordinato è titolare di poteri autonomi; l'organo superiore esercita un potere di direzione finalizzato a mantenere una unità di indirizzo.

In questo contesto gli organi sono dotati di competenze autonome che non si sovrappongono con quelle degli organi superiori. È quindi necessario tracciare i limiti al di là dei quali le direttive risultano una interferenza nelle competenze del soggetto subordinato.

La difficoltà nel definire i limiti appena accennati, ha portato a ritenere necessaria una valutazione caso per caso del quadro istituzionale e normativo in cui si trova inserito l'atto espressione del potere di direzione.

In merito alla definizione dei concetti "controllo analogo" e "direzione", si è espresso anche il Consiglio di Stato in una sentenza del 13 marzo 2014.

La Quinta Sezione del Consiglio di Stato ha richiamato la giurisprudenza già affermata, ed ha ribadito come il controllo analogo non deve essere ritenuto un controllo

---

<sup>30</sup> L'art. 97 della Costituzione, comma 2, stabilisce il principio secondo cui devono essere definite *"le sfere di competenza, le attribuzioni e le responsabilità proprie dei funzionari"*.

<sup>31</sup> *"Si tratta dei rapporti tra più organi equiordinati, il modello organizzativo necessario per mantenere l'unità del sistema si fonda essenzialmente sul potere di coordinamento"* - Enciclopedia Treccani.

di tipo civilistico, derivante dal semplice controllo della maggioranza in assemblea; deve invece essere considerato un controllo di tipo amministrativo comparabile al controllo di tipo gerarchico.

Questa conclusione deriva dalle precedenti affermazioni della Corte di Cassazione che qualifica la società in house come un ente pubblico e non come un ente di diritto privato; per questi motivi il controllo è qualificabile come amministrativo.

Nella sentenza in oggetto si è anche affrontata la questione sull'intensità che il controllo deve avere. Secondo il Consiglio di Stato l'intensità necessaria perché il controllo possa dare luogo all'in house providing, deve essere paragonabile a quello esercitato sugli organi amministrativi tradizionali.

Si tratta di un controllo duplice: un controllo strutturale quindi relativo alla capacità di nomina e revoca dei componenti degli organi di gestione, amministrazione e controllo; e di un controllo sugli atti più significativi della società, con la capacità di autorizzarli o annullarli.

In questo modo quindi, la società in house assume le sembianze di una società solo apparentemente perché in realtà, dal punto di vista sostanziale, si tratta di un'articolazione della pubblica amministrazione da cui deriva.

## **1.2 Gli attributi del controllo analogo**

Al fine di chiarire i limiti e le caratteristiche del requisito del controllo analogo, si sono susseguite nel tempo numerose pronunce, tanto delle Corti Europee quanto dei Tribunali Amministrativi nazionali.



Una ricostruzione completa ed esaustiva di ciò che nel tempo è stato pronunciato, è stata effettuata anche nelle decisioni dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato del 3 marzo 2008, n. 1.

Fin dalla nascita dell'istituto – sentenza “*Teckal*” del 1999 – relativamente al requisito del controllo analogo, condizione legittimante all'affidamento diretto, si è sempre specificato che potesse sussistere solo in presenza di una partecipazione pubblica totalitaria. Tale condizione può essere ritenuta una dei principali “*indici rivelatori*” del controllo analogo.

La Corte ha sempre ritenuto che l'ente locale dovesse possedere totalitariamente le partecipazioni della società in oggetto e che la presenza anche minima di una partecipazione privata facesse escludere l'affidamento diretto; la partecipazione privata infatti includerebbe fini privatistici, in contrasto con gli interessi pubblici necessariamente perseguiti dalle società in house.<sup>32</sup> Anche la sola previsione nello Statuto di una società di una “*apertura obbligatoria*” del capitale sociale ai privati, escluderebbe a priori la sussistenza del controllo analogo.<sup>33</sup>

---

<sup>32</sup> In merito, si sono già analizzate le sentenze “*Stadt Halle*” (11.01.2005, causa 26/03), “*Coname*” (21.07.2005, causa 231/03) e “*Anav*” (06.04.2006, causa 410/04). Anche l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato e l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato si sono espresse in tal senso.

L'AGCM ha ribadito - nell'Atto di segnalazione 4.08.2008, n. 894 – l'eccezionalità dell'in house providing ed ha affermato che “*la presenza di soggetti non pubblici nel capitale sociale della società affidataria, fa dubitare della sussistenza delle condizioni di legittimità dell'affidamento secondo le modalità in house. L'interpretazione restrittiva dei requisiti di legittimità dell'affidamento in house è stata recentemente confermata dall'intervento della Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, il quale ha escluso in via generale la riconducibilità del modello organizzativo della società mista a quello dell'in house providing*”.

<sup>33</sup> Tale previsione è stata affrontata nella sentenza “*Parking Brixen*”; furono elencati gli elementi che secondo la Corte avrebbero reso precario il concetto di controllo analogo, tra questi: l'obbligo di apertura del capitale sociale ai privati, l'ampliamento dell'oggetto sociale e l'espansione territoriale delle attività della società a tutta l'Italia e all'estero.

Posizione diversa invece ha assunto la Corte nei confronti di quelle clausole statutarie che prevedono una “*astratta possibilità*” di cessione del capitale sociale ai privati.<sup>34</sup>

Mentre secondo la Corte l’*obbligo* di apertura del capitale sociale è un avvenimento certo che esclude perciò a priori la possibilità di un affidamento diretto, l’*astratta possibilità* di apertura del capitale non escluderebbe dal principio l’affidamento in house in quanto avvenimento ipotetico che potrebbe anche non verificarsi.

In quest’ultimo caso però sarebbe necessario un controllo periodico successivo all’affidamento del servizio, e per tutta la durata dello stesso. Un controllo in tal senso si rende necessario per verificare che, immediatamente dopo l’affidamento diretto, non sia avvenuta la cessione di partecipazione ai privati, perché starebbe a significare che la previsione statutaria di “*astratta possibilità*” era solo un modo per eludere il principio di concorrenza e di evidenza pubblica.

Parere diverso ha invece espresso in merito la giurisprudenza nazionale, secondo la quale la mera *possibilità* di cessione del capitale a soggetti privati escluderebbe la legittimità

---

<sup>34</sup> Questo argomento è stato affrontato dalla Corte con la sentenza “*Modling*”, 10 novembre 2005, causa C-29/04. La causa riguardava l’affidamento diretto da parte del Comune del servizio di raccolta e smaltimento dei rifiuti, a favore di una società partecipata al 100% ma che prevedeva la cessione del capitale a privati (49%) immediatamente dopo l’affidamento. In questo caso la Corte chiarì che nonostante la certezza del diritto richiedesse solamente di esaminare la condizione esistente al momento dell’affidamento, era anche necessario considerare eventuali avvenimenti successivi per escludere un comportamento elusivo dell’amministrazione aggiudicatrice.

Questa questione è stata poi affrontata anche nella sentenza del 17 agosto 2008, causa C-371/05, in cui la Corte ribadì che “*circostanze particolari, segnatamente qualora risulti che l’apertura del capitale dell’ente interessato a soci privati era prevista sin dall’assegnazione del suddetto appalto pubblico, possono, di certo, richiedere che sia presa in considerazione la partecipazione effettiva di detti soci intervenuta successivamente a tale assegnazione*”; posizione riaffermata anche successivamente nella sentenza 10.09.2009, causa C-573/07.

Anche la Commissione Europea nella “*Comunicazione interpretativa della Commissione sull’applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati (PPPI)*”, 05.02.2008, si è espressa in tal senso: “[...]l’aggiudicazione «interna» di un appalto pubblico o di una concessione a un’impresa pubblica è esclusa se l’intenzione è di aprirne il capitale a soggetti privati nel corso dell’esecuzione dell’appalto o della concessione di cui trattasi. Al contrario, la semplice possibilità teorica della partecipazione di un soggetto privato al capitale di una società controllata da un’amministrazione aggiudicatrice non mette in discussione, secondo la Commissione, la relazione «interna» tra l’amministrazione aggiudicatrice e la sua controllata”.

dell'affidamento in house; questo orientamento ha limitato considerevolmente l'utilizzo dell'in house providing in Italia.

Novità rilevanti in merito alla partecipazione dei privati, sono state introdotte a livello nazionale dal Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica del 19 agosto 2016, di cui parleremo più avanti.

Il comma 1, dell'art. 16 del Testo Unico, specificava: *“le società in house ricevono affidamenti diretti di contratti pubblici dalle amministrazioni che esercitano su di esse il controllo analogo o da ciascuna delle amministrazioni che esercitano su di esse il controllo analogo congiunto solo se non vi sia partecipazione di capitali privati, ad eccezione di quella prescritta da norme di legge e che avvenga in forme che non comportino controllo o potere di veto, né l'esercizio di un'influenza determinante sulla società controllata”*.

Questa nuova prospettiva introduceva quindi la possibile partecipazione di privati al capitale della società in house, a condizione che non si trattasse di una partecipazione di maggioranza e che non fosse decisiva attraverso possibili poteri di veto.

Altra caratteristica del controllo analogo che ha “diviso” la giurisprudenza è la possibilità per l'ente pubblico di possedere la società in house tramite partecipazione indiretta; in sostanza la dottrina ha cercato di chiarire se il controllo analogo possa essere riconosciuto anche nel caso in cui la società in house sia detenuta da una società “holding” a sua volta detenuta dall'ente pubblico affidante.

La Corte si è trovata ad affrontare siffatta questione nella sentenza “Carbotermo”, già in precedenza esaminata; in tale pronuncia il giudice comunitario non diede una risposta così precisa da fugare ogni dubbio, e fu per questo motivo che ne derivarono varie

interpretazioni. In particolare, si limitò a definire “indebolito” il controllo su una società affidataria se esercitato tramite *holding*.

Una parte della dottrina interpretò questa affermazione nel senso di una incompatibilità della partecipazione indiretta con l’affidamento in house; un’altra parte della dottrina, invece, lesse questa affermazione come compatibilità dell’in house providing con l’affidamento indiretto tramite holding, a condizione che la partecipazione - sia dell’ente pubblico nella holding, sia della holding nella società affidataria - fosse totalitaria.

Il Consiglio di Stato nell’aprile del 2007 si schierò a favore della seconda tesi, affermando che l’in house providing poteva essere considerato ammissibile anche quando la partecipazione era detenuta in maniera indiretta dall’ente pubblico, purché in possesso del 100% del capitale della holding intermediaria; il controllo in questo modo risultava indebolito, ma pur sempre in astratto compatibile con la giurisprudenza comunitaria.

Altre caratteristiche che definiscono il requisito del controllo analogo, e che sono state ribadite fin dalle prime pronunce della Corte di Giustizia Europea, sono:

- l’ente pubblico deve godere di poteri maggiori rispetto a quelli normalmente posseduti dai soci di maggioranza, e maggiori rispetto a quelli posseduti dal consiglio di amministrazione;
- l’amministrazione aggiudicatrice deve poter effettuare un vaglio preventivo sulle decisioni di maggiore rilievo;
- la società in house non deve acquisire una configurazione commerciale in quanto indebolirebbe il controllo dell’ente affidante<sup>35</sup>.

---

<sup>35</sup> La tendenza commerciale può derivare - come già visto in precedenza nella sentenza “*Parking Brixen*” - “dall’ampliamento dell’oggetto sociale, dall’apertura obbligatoria della società (a breve termine) ad altri capitali, dall’espansione territoriale dell’attività a l’Italia e all’estero”.

### 1.3 Il controllo analogo congiunto

Negli anni più recenti è stato affrontato il caso delle società in house posseduta da più enti pubblici, e ci si è chiesti se possa essere legittimo un controllo analogo esercitato congiuntamente da questi ultimi.

Le società che presentano il problema di un controllo analogo congiunto, sono le c.d. società in house “*multicomunali*”.

Le società in house multicomunali sono società in cui, a differenza delle società “*unicomunali*”, non vi è un’unica amministrazione aggiudicatrice ma più soci pubblici diversi tra di loro e possessori di una quota di minoranza.

In riferimento a queste società, si è posta alla Corte la richiesta di chiarire come debba essere considerato l’esercizio del controllo analogo congiunto.

Per evitare che gli enti con partecipazione ridotta non siano in grado di esercitare un’influenza dominante sulla società, con il pericolo che l’interesse pubblico del socio in questione non sia perseguito, è necessario che tutti i soci pubblici “*congiuntamente*” esercitino un controllo direzionale sulla società in house.

La società in house deve essere vista come una società creata dagli enti pubblici soci allo scopo di svolgere in modo unitario e coordinato i servizi pubblici, attraverso una collaborazione intercomunale.

La Corte di Giustizia si è espressa in merito, con una prima sentenza nel 2008<sup>36</sup> ed ha affermato che “*ove le decisioni relative alle attività di una società cooperativa*

---

<sup>36</sup> 13 novembre 2008, C-324/07, “*Coditel Brabant SA*”. La causa riguarda l’assegnazione da parte di un Comune della gestione della rete di teledistribuzione comunale ad una società cooperativa intercomunale.

L’associazione intercomunale è un’associazione tra più comuni, creata per perseguire obiettivi di interesse comunale; “*sono persone giuridiche di diritto pubblico che non hanno carattere commerciale*” e ogni

*intercomunale detenuta esclusivamente da autorità pubbliche, sono adottate da organi statuari di detta società composti da rappresentanti delle autorità pubbliche associate, il controllo esercitato su tali decisioni dalle autorità pubbliche in parola può essere considerato tale da consentire loro di esercitare sulla società di cui trattasi un controllo analogo a quello che esercitano sui propri servizi”<sup>37</sup>.*

La Corte con questa pronuncia rispose alla seconda questione pregiudiziale, specificando come il controllo analogo possa anche essere esercitato per mezzo di organi collegiali composti dai rappresentati dei diversi enti pubblici.

In merito alla terza questione pregiudiziale che chiedeva chiarimenti sull’esercizio individuale o congiunto del controllo analogo, la Corte asserì *“l’importante è che il controllo esercitato sull’ente concessionario sia effettivo, pur non risultando indispensabile che sia individuale”<sup>38</sup>.*

Sulla stessa linea d’onda si è espresso anche il Consiglio di Stato nel 2009<sup>39</sup> il quale ha precisato che *“il requisito del controllo analogo non sottende una logica ‘dominicale’, rivelando piuttosto una dimensione ‘funzionale’: affinché il controllo sussista anche nel caso di una pluralità di soggetti pubblici partecipanti al capitale della società affidataria, non è dunque indispensabile che ad esso corrisponda simmetricamente un “controllo”*

---

associazione *“deve dotarsi di un’assemblea generale, un consiglio di amministrazione e un collegio di commissari”.*

Al Comune affidante, entrato nell’associazione intercomunale, è stato contestato di violare il principio di non discriminazione e l’obbligo di trasparenza sanciti dal diritto comunitario. In particolare, le questioni pregiudiziali sottoposte alla Corte chiedevano di chiarire (i) se il Comune, senza gara d’appalto, potesse associarsi all’associazione intercomunale realizzante la parte essenziale delle proprie attività con i soli associati, ed affidare ad essa la gestione del servizio; (ii) se il potere esercitato da ciascun socio pubblico tramite gli organi statuari possa essere considerato analogo a quello esercitato sui propri servizi; (iii) se per configurare il controllo analogo questo debba essere esercitato da ciascun socio individualmente o se sia sufficiente che venga esercitato dalla maggioranza degli associati.

<sup>37</sup> Punto 42 della sentenza *“Coditel Brabant SA”*, 13 novembre 2008

<sup>38</sup> Punto 46 della sentenza *“Coditel Brabant SA”*, 13 novembre 2008

<sup>39</sup> Consiglio di Stato, 9 marzo 2009, n. 1365

*della governance societaria*". Anche il Consiglio di Stato si appresta quindi a puntualizzare che l'elemento fondamentale non è la governance di ciascun ente pubblico, ma la necessaria sottoposizione delle decisioni più importanti al vaglio preventivo di tutti gli enti pubblici soci.

Il Consiglio di Stato si è pronunciato in merito anche successivamente nel 2011, nella sentenza n. 1447. In questa occasione, ha ribadito come nel caso di affidamento in house pluripartecipato non fosse strettamente necessario l'esercizio del controllo analogo da parte di ciascun ente singolarmente, ma fosse sufficiente un controllo congiunto degli enti pubblici-soci, anche deliberando a maggioranza, a condizione della sussistenza di un controllo effettivo<sup>40</sup>.

Al fine però di assicurare un penetrante controllo, la giurisprudenza considera indispensabile la creazione di un unico organo costituito da tutti gli enti-soci, per esercitare al meglio le funzioni di coordinamento e controllo; solo in questo modo può essere garantito un controllo tanto sulla gestione straordinaria, quanto su quella ordinaria.

Una delle sentenze più recenti in materia di in house pluripartecipato è quella della Corte di Giustizia del novembre 2012, nella quale è stato affermato che *“quando più autorità pubbliche, nella loro veste di amministrazioni aggiudicatrici, istituiscono in comune un'entità incaricata di adempiere compiti di servizio pubblico ad esse spettanti, oppure quando un'autorità pubblica aderisce ad un'entità siffatta, la condizione*

---

<sup>40</sup> Consiglio di Stato, 8 marzo 2011, n. 1447, *“nel caso di affidamento in house, conseguente all' istituzione da parte di più enti locali di una società di capitali da essi interamente partecipata per la gestione di un servizio pubblico, il controllo, analogo a quello che ciascuno di essi esercita sui propri servizi, deve intendersi assicurato anche se esercitato non individualmente ma congiuntamente dagli enti associati, deliberando se del caso anche a maggioranza, ma a condizione che il controllo sia effettivo. Il requisito del controllo analogo deve essere quindi verificato secondo un criterio sintetico e non atomistico, sicché è sufficiente che il controllo della mano pubblica sull'ente affidatario, purché effettivo e reale, sia esercitato dagli enti partecipanti nella loro totalità, senza che necessiti una verifica della posizione di ogni singolo ente”*.

*enunciata dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, secondo cui tali autorità, per essere dispensate dall'obbligo di avviare una procedura di aggiudicazione di appalto pubblico in conformità alle norme del diritto dell'Unione, debbono esercitare congiuntamente sull'entità in questione un controllo analogo a quello da esse esercitato sui propri servizi, è soddisfatta qualora ciascuna delle autorità stesse partecipi sia al capitale sia agli organi direttivi dell'entità suddetta”<sup>41</sup>.*

Per fare in modo che ciò si verifichi, è necessario che ciascun ente pubblico, indipendentemente dalla quota posseduta, goda di strumenti giuridici che gli permettano di esercitare una effettiva forma di controllo sulla gestione della società.

La necessità di utilizzare determinati strumenti giuridici per l'esercizio del controllo analogo è già stata vista anche in precedenza, in riferimento alle società in house unipersonali.

#### **1.4 Gli strumenti di diritto societario per il controllo analogo**

Gli strumenti utili ad esercitare la direzione, unipersonale o congiunta, necessaria per configurare il requisito del controllo analogo, possono derivare sia dal diritto amministrativo, sia dal diritto societario.

Il diritto societario fornisce strumenti in grado di garantire con successo il controllo analogo richiesto per le società in house, in termini di tipologia ed intensità. Anche nell'ambito delle società in house pluripartecipate, tali strumenti consentono di rispettare i canoni imposti dalla giurisprudenza comunitaria, a prescindere dalla quota di partecipazione posseduta da ciascun socio.

---

<sup>41</sup> C.G.U.E. – sez. III – sentenza 29 novembre 2012 in cause riunite C-182/11 e 183/11



In particolare, vengono utilizzati lo statuto e l'atto costitutivo della società per modulare i poteri, e le loro forme di esercizio, e permettere all'amministrazione aggiudicatrice di esercitare un controllo analogo a quello sui propri servizi.

Grazie all'autonomia statutaria è possibile stabilire l'influenza sulla società attribuita a ciascun socio, anche se azionista di minoranza; in questo modo ai soci pubblici sono concessi diritti ulteriori e più incisivi rispetto a quelli forniti in una società di capitali ai propri azionisti, e ciò permette di combinare il controllo analogo con un modello organizzativo privatistico.

La relazione organizzativa appena esposta, è riconosciuta anche nell'art. 2497-septies c.c., già in precedenza accennato, il quale dichiara che il potere di direzione di una società di capitali può verificarsi anche in capo *“all'ente che [...] esercita attività di direzione e coordinamento di società sulla base di un contratto con le società medesime o di clausole dei loro statuti”*.

Un'osservazione importante deve essere effettuata in merito alla diversa concezione di “intensità di controllo” - e conseguentemente di “controllo analogo” - intesa dal diritto societario e dal diritto pubblico.

Il diritto societario permette di esercitare un controllo così come inteso dalla giurisprudenza comunitaria ai fini della configurabilità dell'in house providing, mentre il diritto pubblico deve rispettare un principio fondamentale enunciato all'art. 118 della Costituzione, secondo il quale la funzione amministrativa deve essere assegnata a soggetti che siano espressione della sovranità. Seguendo questo orientamento quindi, gli enti pubblici possono avvalersi di organismi privati per lo svolgimento delle loro funzioni, ma devono mantenere un determinato grado di indirizzo e controllo.

Perseguendo questi termini ne deriva che il “controllo analogo” deve nascere dall’incontro tra la visione privatista e la visione pubblicista. Questo procedimento è stato definito “*modello a doppio grado*”: vi è una fase pubblicista iniziale in cui vengono delineati gli interessi pubblici da perseguire e tutelare, e solo successivamente vi è la fase privatistica in cui viene data attuazione degli interessi precedentemente individuati<sup>42</sup>.

Si tratta di un processo in cui vi è un rapporto di dipendenza del diritto pubblico con il diritto privato; il diritto pubblico non interviene sulla governance della società e non va quindi ad alterare il modello societario che rimane a tutti gli effetti privatistico, ma allo stesso tempo assicura il rispetto del principio costituzionale durante la fase privatistica.

Un’ulteriore appunto molto importante al fine di individuare gli strumenti di diritto societario più utili a garantire il controllo analogo, è la distinzione di quest’ultimo tra il controllo in termini strutturali e il controllo sull’attività.

Il controllo strutturale si estrinseca con la nomina dei membri degli organi di direzione, vigilanza e amministrazione della società; il controllo sull’attività, invece, è la capacità da parte dell’amministrazione aggiudicatrice di far attuare indirizzi e strategie all’ente affidatario<sup>43</sup>.

La prima tipologia di controllo elencata, è quella ritenuta più incisiva dalla dottrina al fine di avere un effettivo controllo.

Ricapitolando quanto detto fino ad ora, le condizioni che permettono di avere un effettivo controllo sono la presenza di amministratori e sindaci nominati direttamente

---

<sup>42</sup> Cfr. CHRISTIAN IAIONE, “*Le società in house*”, p. 227

<sup>43</sup> Si vedrà in seguito come queste due tipologie di controllo rientrano nel controllo interno pubblicistico che viene manifestato con il controllo di gestione e quello strategico.

dall'amministrazione aggiudicatrice, e la previsione di poteri nei patti parasociali o negli statuti, strumenti del diritto societario che ora andremo ad analizzare.

### **1.4.1 I patti parasociali**

I patti parasociali sono uno degli strumenti di diritto societario adottati per garantire all'ente pubblico determinati diritti di nomina dei membri degli organi della società, e determinati poteri da esercitare sugli stessi per avere l'influenza necessaria a configurare un controllo analogo a quello sui propri servizi.

Questo strumento consiste in un accordo tra i soci, sottoscritto con atto separato dall'atto costitutivo<sup>44</sup>, le cui clausole vanno a regolare i diritti derivanti dallo statuto e/o dalla legge.

I patti parasociali sono accordi a tempo determinato<sup>45</sup> con efficacia obbligatoria; le condizioni statuite nei patti vincolano unicamente i soci che le hanno sottoscritte e restano opponibili solo nei confronti di quest'ultimi.

Questi accordi, secondo quanto disposto dal codice civile, hanno come funzione quella di *“stabilizzare gli assetti proprietari o il governo della società”* e ciò è reso possibile in quanto *“hanno per oggetto l'esercizio del diritto di voto nelle società per azioni o nelle società che le controllano; pongono limiti al trasferimento delle relative azioni o delle*

---

<sup>44</sup> Esistono anche casi in cui singole clausole dei patti parasociali sono inserite nell'atto costitutivo o nello statuto.

<sup>45</sup> L'art. 2341 bis c.c. afferma che i patti parasociali *“non possono avere durata superiore a cinque anni e si intendono stipulati per questa durata anche se le parti hanno previsto un termine maggiore; i patti sono rinnovabili alla scadenza.”*

*partecipazioni in società che le controllano; hanno per oggetto o per effetto l'esercizio anche congiunto di un'influenza dominante su tali società”<sup>46</sup>.*

I patti tradizionali si esauriscono in sindacati di voto o sindacati di blocco.

I primi intervengono in merito alle delibere assembleari – tutte o solo alcune – regolando i comportamenti dei soci in assemblea o nell'organizzazione societaria. Possono inoltre prefissare le modalità di voto (unanimità o maggioranza).

I sindacati di blocco invece consistono in divieto di alienare le azioni o limitano alla loro disponibilità per un determinato periodo di tempo.

In determinate situazione i patti non esauriscono le loro conseguenze nella sfera individuale dei soci sottoscrittori, ma vanno anche ad incidere nell'organizzazione della società e nei rapporti tra soci e società. Questi sono i patti parasociali che interessano ai fini del soddisfacimento del requisito del controllo analogo, ovvero patti che regolano la composizione e i diritti di voto dell'assemblea e il funzionamento e la nomina dell'organo amministrativo e del collegio sindacale. Si tratta in sostanza di patti che intervengono direttamente nella corporate governance della società, influenzandone la gestione e il controllo.

Quelli di cui stiamo parlando sono patti speciali, distinti da quelli tradizionali precedentemente analizzati, che permettono anche ai soci di riconoscere ai propri rappresentanti in consiglio di amministrazione peculiari poteri di veto in merito a questioni che li riguardano particolarmente.

---

<sup>46</sup> Art. 2341 bis c.c., “Patti parasociali”

Grazie a questo strumento anche i soci pubblici minoritari possono assicurarsi una rappresentanza in consiglio di amministrazione, e possono esercitare determinati diritti di veto in merito a materie sensibili come i servizi che la società svolge a suo favore.

Questo tipo di strumento però presenta anche dei limiti ai quali bisogna prestare molta attenzione se utilizzati nell'ambito dell'in house providing. Avendo questo strumento efficacia obbligatoria solo tra i soci sottoscrittori, ciò significa che gli accordi in esso sottoscritti non sono opponibili nei confronti della società o di terzi; ne deriva quindi che, se il patto non dovesse essere rispettato, il socio sottoscrittore avrebbe una tutela puramente risarcitoria e unicamente da parte degli altri soci coinvolti nel patto.

Per ovviare a ciò, si può ricorrere alle clausole statutarie che presentano una differenza sostanziale rispetto ai patti parasociali: hanno efficacia reale.

### **1.4.2 Le clausole statutarie**

Le clausole statutarie sono uno strumento ad efficacia reale, utilizzato per raggiungere il fine del controllo analogo nelle società in house.

L'efficacia reale di cui si parla, deriva dalla capacità di vincolare tutti i soci, anche quelli futuri, e dall'opponibilità *erga omnes* del contenuto della clausola.

Conseguentemente alla riforma del diritto societario, le S.p.a. hanno acquisito una maggiore flessibilità - grazie all'ampliamento dell'autonomia statutaria - che permette di utilizzarle efficacemente nell'in house providing.

Lo statuto o l'atto costitutivo possono contenere clausole che ammettono ai soci, indipendentemente dalla loro quota azionaria, di intervenire con poteri di direzione e controllo nella gestione della società e nella sua amministrazione.

La rilevante autonomia statutaria e l'efficacia reale delle clausole, rendono questo strumento particolarmente adatto a configurare da parte degli enti pubblici un controllo sulle società in house, analogo a quello sui propri servizi. Particolarmente utili a questo fine sono anche due istituti del diritto societario: gli amministratori di nomina pubblica e il sistema di governance societaria.

Il diritto societario all'art. 2449 c.c. concede, all'ente pubblico che possiede partecipazioni in società di capitali, la possibilità – tramite clausola inserita nello statuto di quest'ultima - di nominare direttamente dei membri degli organi amministrativi e di controllo.<sup>47</sup> Si tratta quindi di una deroga al normale principio secondo il quale la nomina degli organi spetta all'assemblea; la deroga riguarda inoltre il principio secondo il quale

---

<sup>47</sup> Art. 2449 c.c.: *“se lo Stato o gli enti pubblici hanno partecipazioni in una società per azioni che non fa ricorso al mercato del capitale di rischio, lo statuto può ad essi conferire la facoltà di nominare un numero di amministratori e sindaci, ovvero componenti del consiglio di sorveglianza, proporzionale alla partecipazione al capitale sociale.*

*Gli amministratori e i sindaci o i componenti del consiglio di sorveglianza nominati a norma del primo comma possono essere revocati soltanto dagli enti che li hanno nominati. Essi hanno i diritti e gli obblighi dei membri nominati dall'assemblea.”*

Questo articolo è stato integrato di nuove disposizioni con Legge 25 febbraio 2008, n. 34, *“Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee (Legge comunitaria 2007)”*. In particolare è stato precisato che *“gli amministratori non possono essere nominati per un periodo superiore a tre esercizi e scadono alla data dell'assemblea convocata per l'approvazione del bilancio relativo all'ultimo esercizio della loro carica”* e che *“i sindaci, ovvero i componenti del consiglio di sorveglianza, restano in carica per tre esercizi e scadono alla data dell'assemblea convocata per l'approvazione del bilancio relativo al terzo esercizio della loro carica”*. Le nuove disposizioni sono state inserite allo scopo di *“parificare”* la durata della carica e il relativo momento di cessazione tra soci privati e pubblici di una società di capitali; e con l'intento di evitare che potessero essere previste clausole statutarie contenenti una diversa durata della carica dei soggetti di nomina pubblica.

l'organizzazione della società spetta alla maggioranza, e tramite l'art. 2449 invece, anche alla minoranza è concessa l'ingerenza nella gestione della società.<sup>48</sup>

Le deroghe ammesse dal diritto societario, sono giustificate dal particolare interesse pubblico perseguito dalle società in questione; l'ente pubblico necessita fortemente di poterne indirizzare la politica aziendale e ciò gli è permesso dai poteri direttivi ad esso concessi.

Vi è stato nel tempo un lungo dibattito della dottrina in merito alla questione dell'interesse pubblico perseguito con le deroghe ammesse: (i) una parte della dottrina riteneva fortemente limitante l'ingerenza dell'interesse pubblico nell'operato dell'organo amministrativo; (ii) un'altra parte della dottrina riteneva che gli amministratori dovessero operare perseguendo l'interesse pubblico ma sempre compatibilmente allo scopo di lucro perseguito dalla società; (iii) una terza parte riteneva che l'interesse pubblico potesse avere efficacia vincolante solo in merito all'ordinaria gestione della società.

Da queste molteplici visioni, si arrivò ad una posizione comune, tuttora sostenuta, secondo la quale l'ente pubblico può esercitare un controllo sulla società tramite gli amministratori da esso nominati, e può dare indirizzo alla politica aziendale, a condizione

---

<sup>48</sup> Ulteriore deroga ai tradizionali principi del diritto societario è stata concessa dall'art. 2450 c.c., il quale dispone che *"le disposizioni dell'articolo precedente si applicano anche nel caso in cui la legge o lo statuto attribuisca allo Stato o a enti pubblici, anche in mancanza di partecipazione azionaria, la nomina di uno o più amministratori o sindaci o componenti del consiglio di sorveglianza [...]"*; con questa disposizione sono stati quindi ammessi alla nomina dei membri della società anche soggetti terzi possedenti alcuna partecipazione azionaria. L'articolo in questione, ritenuto eccessivamente permissivo e non in linea con i principi comunitari, è stata abrogato con il D.lg. 15 febbraio 2007, n. 10, *"Disposizioni volte a dare attuazione ad obblighi comunitari ed internazionali"*. Secondo la Commissione e la Corte di Giustizia un privilegio così nei confronti del potere pubblico è ingiustificato e ostacola la libertà di movimento dei capitali, in quanto potenziali investitori potrebbero essere dissuasi dall'investire in una società dove il potere pubblico è così sproporzionato.

che tutto ciò avvenga nel rispetto della configurazione della società-strumento prescelta e che sia quindi in grado di operare sul mercato in maniera competitiva.<sup>49</sup>

Andiamo ora ad analizzare le principali novità introdotte dal diritto societario in merito all'altro istituto a disposizione degli enti pubblici per instaurare un controllo societario analogo sulle società di capitali: i sistemi di *governance* societaria.

Il D.lgs. 6/2003 ha previsto la possibilità di “costruire” un controllo analogo sulla base del sistema di *governance* adottato dalla società: il sistema tradizionale, quello monistico o quello dualistico.

Il sistema di *governance* tradizionale<sup>50</sup> si rivela in realtà poco affine alle esigenze delle società in house in quanto non è particolarmente adatto ad implementare l'esercizio di un controllo analogo.

---

<sup>49</sup> A questa posizione comune si è arrivati anche grazie alla previsione dell'art. 2497 c.c. (nel seguito) che attribuisce agli enti che esercitano attività di direzione delle società, l'eventuale responsabilità nei confronti dei soci di una *mala gestio*; in questo modo si evita che l'ente pubblico dirigente agisca a danno dell'interesse sociale.

Art. 2497 c.c.: *“le società o gli enti che, esercitando attività di direzione e coordinamento di società, agiscono nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società medesime, sono direttamente responsabili nei confronti dei soci di queste per il pregiudizio arrecato alla redditività ed al valore della partecipazione sociale, nonché nei confronti dei creditori sociali per la lesione cagionata all'integrità del patrimonio della società.”*

<sup>50</sup> Il sistema tradizionale è composto: (i) dall'assemblea dei soci che assolve la funzione di rappresentanza e le sono attribuite una serie di competenze elencate dall'art. 2364 c.c. (quali: *“approvazione del bilancio; nomina e revoca degli amministratori; nomina dei sindaci, del presidente del collegio sindacale, del soggetto a cui è affidato il controllo contabile; determinazione dei compensi degli amministratori e dei sindaci, se tale disposizione non è prevista nello statuto; deliberazione sulle responsabilità degli amministratori e dei sindaci; deliberazione sugli altri oggetti devoluti dalla legge alla competenza assembleare; deliberazione sulle autorizzazioni eventualmente richieste dallo statuto per il compimento di atti degli amministratori, ferma la responsabilità di questi per gli atti compiuti; approvazione dell'eventuale regolamento dei lavori assembleari”*); (ii) dal consiglio di amministrazione che assolve la funzione di amministrazione e gestione della società; (iii) dal collegio sindacale che svolge la funzione di controllo generale; (iv) da un revisore contabile, o una società di revisione iscritta all'albo, che assolve la funzione di controllo contabile. Il Consiglio di Amministrazione e il Collegio Sindacale sono entrambi nominati dall'assemblea.



Il sistema monistico<sup>51</sup>, invece, può essere adottato nei casi di società in house detenuta unicamente da un ente pubblico che esercita solitariamente un controllo analogo a quello sui propri servizi.

Il sistema più opportuno in assoluto per una società in house pluripartecipata da enti pubblici in cui deve essere svolto un controllo analogo congiunto, è quello dualistico<sup>52</sup>. La sua composizione - caratterizzata da un consiglio di gestione che compie in modo esclusivo le funzioni di gestione e amministrazione e un consiglio di sorveglianza che assolve la funzione di controllo generale e di indirizzo della gestione - determina una netta distinzione tra la proprietà, quindi i soci, e il potere di gestione della società, quindi gli organi sociali. In questo modo, il consiglio di sorveglianza esercita professionalmente scelte e valutazioni imprenditoriali tipicamente esercitate dall'assemblea e simultaneamente esercita il controllo sull'amministrazione. Si tratta di un sistema "vincente" in presenza di un azionariato diffuso che potrebbe comportare una certa instabilità dovuta dall'ingerenza nella gestione di interessi extra-sociali.

Si può quindi affermare che il sistema dualistico apporta una serie di vantaggi, quali la "professionalizzazione" dell'intervento dei soci pubblici all'interno della società,

---

<sup>51</sup> Il sistema monistico è composto: (i) dall'assemblea dei soci che svolge la funzione di rappresentanza e possiede tutte le competenze attribuite ad essa dall'art. 2364 c.c. come nel sistema tradizionale; (ii) dal consiglio di amministrazione che possiede, in modo esclusivo, la funzione di amministrazione e gestione della società; (iii) dal comitato per il controllo sulla gestione che svolge la funzione di controllo generale; (iv) da un revisore contabile, o una società di revisione iscritta all'albo, che assolve la funzione di controllo contabile. L'assemblea nomina il Consiglio di Amministrazione.

<sup>52</sup> Il sistema dualistico è composto: (i) dall'assemblea dei soci con la funzione di rappresentanza e tutti i compiti ad essa attribuiti dall'art. 2364 bis ("*nomina e revoca i consiglieri di sorveglianza; determina il compenso ad essi spettante, se non è stabilito nello statuto; delibera sulla responsabilità dei consiglieri di sorveglianza; delibera sulla distribuzione degli utili; nomina il soggetto incaricato di effettuare la revisione legale dei conti*"); (ii) dal consiglio di gestione a cui è affidata, in modo esclusivo, l'amministrazione e la gestione della società; (iii) dal consiglio di sorveglianza con la funzione di controllo generale e a cui spettano anche alcuni compiti di indirizzo che nel sistema tradizionale sono attribuiti all'assemblea; (iv) da un revisore contabile, o una società di revisione iscritta all'albo, che assolve la funzione di controllo contabile. L'assemblea nomina il Consiglio di Sorveglianza, e quest'ultimo nomina il Consiglio di Gestione.

adottando un sistema di controllo e gestione esercitato da amministratori professionisti indipendenti; una netta distinzione tra sfera politica e burocratica; e permette un'ampia rappresentanza di tutti i soci, nonostante l'articolata partecipazione pubblica al capitale sociale.

## 1.5 Gli strumenti di diritto pubblico

Anche nel diritto pubblico possiamo ritrovare alcuni strumenti utili al fine del soddisfacimento del requisito del controllo analogo. In particolare, si fa riferimento al contratto di servizio e delle forme attraverso cui viene esercitato il controllo direzionale e il controllo strategico nelle società in house, da parte dell'ente pubblico.

Il *contratto di servizio* è un contratto, disciplinato nell'art. 113 del Testo Unico, necessario a “prevedere i livelli dei servizi da garantire e adeguati strumenti di verifica del rispetto dei livelli previsti”<sup>53</sup>. Nel particolare caso delle società in house il contratto di servizio è necessario a tutelare e promuovere l'efficienza, l'efficacia del servizio erogato e regolare il rapporto tra ente pubblico concedente e società gestore del servizio. Il suddetto contratto si rileva utile non solo al fine di esercitare un controllo “analogo” sulla società, ma anche al fine di promuovere l'efficienza, l'efficacia e l'economicità del gestore pubblico stesso.

Il contratto deve necessariamente contenere gli standard da perseguire nell'erogazione del servizio e deve contenere criteri di valutazione dell'efficacia e dell'economicità; a tal

---

<sup>53</sup> Art. 113 T.U.E.L., “Gestione delle reti ed erogazione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica”, comma 11: “I rapporti degli enti locali con le società di erogazione del servizio e con le società di gestione delle reti e degli impianti sono regolati da contratti di servizio, allegati ai capitolati di gara, che dovranno prevedere i livelli dei servizi da garantire e adeguati strumenti di verifica del rispetto dei livelli previsti”.

fine è necessario garantire all'ente pubblico la disponibilità di elementi di valutazione economici e produttivi relativi alla gestione, in modo da porlo in condizione di definire coerentemente gli *standard* quali-quantitativi del servizio.

Si considera necessario che il contratto assuma un carattere vincolante tra le parti, in modo da dare garanzia di certezza agli operatori, circa le modalità di determinazione delle tariffe, i termini di pagamento e le risorse messe a disposizione, e che vengano assicurate prestazioni rispondenti a quanto richiesto, anche grazie all'assunzione di opportuni automatismi di sostegno e di verifica.

Il controllo effettuato con la determinazione degli standard può essere però ritenuto insufficiente ai fini del requisito del controllo analogo, in quanto si tratta di un controllo meramente preventivo sull'attività; ciò che è veramente necessario invece è un controllo anche successivo sull'attività della società, e un controllo sulla struttura stessa.

La definizione degli standard da perseguire è ritenuta inutile se non supportata da una struttura di controllo creata appositamente per monitorare il raggiungimento o meno degli standard stessi. Il controllo sulla struttura abbiamo visto poter essere effettuato con gli strumenti tipici del diritto societario; è però anche necessario dare un tratto pubblico al controllo e ciò è possibile disponendo un sistema di controllo interno.

Il controllo di gestione praticato nel sistema del controllo interno, verifica *“l'efficacia, l'efficienza e l'economicità dell'azione amministrativa, al fine di ottimizzare, anche mediante tempestivi interventi correttivi, il rapporto tra obiettivi e azioni realizzate, nonché tra risorse impiegate e risultati”*.<sup>54</sup> Si tratta di un controllo che coinvolge l'intera

---

<sup>54</sup> Decreto Legislativo 18 agosto 2000, n. 267 TESTO UNICO DELLE LEGGI SULL'ORDINAMENTO DEGLI ENTI LOCALI, Art. 147, *“Tipologia dei controlli interni”*, comma 2.

attività amministrativa e gestionale dell'ente pubblico e talvolta può essere imposto anche alla società stessa.

In particolare, vengono inserite nel contratto di servizio le modalità di svolgimento del controllo gestionale che la società in house deve attuare e i flussi di informazioni che devono essere trasmessi all'ente pubblico, in modo che quest'ultimo sia in grado di monitorare la gestione del servizio e l'eventuale scostamento dagli obiettivi prefissati.

Grazie all'utilizzo di questo strumento interno, è possibile avere uno stretto controllo sull'attività e cioè sulle modalità di esecuzione del servizio pubblico.

Il controllo strategico, invece, altro strumento utilizzato ai fini del controllo interno, è necessario *“alla rilevazione dei risultati conseguiti rispetto agli obiettivi predefiniti, degli aspetti economico-finanziari connessi ai risultati ottenuti, dei tempi di realizzazione rispetto alle previsioni, delle procedure operative attuate confrontate con i progetti elaborati, della qualità dei servizi erogati e del grado di soddisfazione della domanda espressa, degli aspetti socio-economici”*<sup>55</sup>.

Si tratta in sostanza di un stringente controllo “pubblicistico”, volto a valutare l'adeguatezza delle scelte compiute in sede di attuazione dei piani e dei programmi politici.

## **2. Lo svolgimento della parte più importante dell'attività a favore dell'ente affidante**

La Corte di Giustizia, fin dalla nascita del fenomeno dell'*in house providing*, affiancò al requisito *“controllo analogo”*, il requisito *“attività prevalente”*.

---

<sup>55</sup>Decreto Legislativo 18 agosto 2000, n. 267 TESTO UNICO DELLE LEGGI SULL'ORDINAMENTO DEGLI ENTI LOCALI, Art. 147 *ter*, *“Controllo strategico”*, comma 1.

Questo secondo requisito, è stato anch'esso inizialmente pronunciato nella sentenza "Teckal", in cui la Corte di Giustizia definì che ai fini della sussistenza dell'in house providing doveva essere contemporaneamente verificato che "[...] l'ente locale eserciti sulla persona di cui trattasi un controllo analogo a quello da esso esercitato sui propri servizi e che questa persona realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che lo controllano"<sup>56</sup>.

La Corte di Giustizia richiedeva quindi che affinché si potesse parlare di in house providing, la società c.d. "in house" dovesse realizzare la parte più consistente della propria attività, a favore dell'ente locale; questa previsione era giustificata dall'esigenza che la società in questione non esercitasse la propria attività anche nel mercato privato, in quanto questo sarebbe stato sintomo di "pericolo" per la concorrenza. Il solo requisito del "controllo analogo" ai fini di tutelare il gioco della concorrenza, non era sufficiente; "un'impresa non è necessariamente privata della libertà di azione per la sola ragione che le decisioni che la riguardano sono prese dall'ente pubblico che la detiene, se essa può esercitare ancora una parte importante della sua attività economica presso altri operatori"<sup>57</sup>.

Il giudice comunitario, definita la necessità della presenza di questo secondo requisito, non si prestò però a dare chiarimenti in merito alle modalità con cui definire se l'attività svolta dalla società in house potesse essere considerata "prevalente" o meno.

L'unica indicazione utile che si prestò a dare, arrivò qualche anno dopo, e fu quella in merito all'attività da considerare nell'analisi, e cioè "tener conto di tutte le attività realizzate da tale impresa sulla base di un affidamento effettuato dall'amministrazione

---

<sup>56</sup> Corte di Giustizia CE, Sentenza "Teckal", punto 50.

<sup>57</sup> Corte di Giustizia, 11 maggio 2006, C-340/04, "Corbotermo", punto 61.

*aggiudicatrice, indipendentemente da chi remunera tale attività, potendo trattarsi della stessa amministrazione aggiudicatrice o dell'utente delle prestazioni erogate, mentre non rileva il territorio in cui è svolta l'attività*"<sup>58</sup>.

Con questa indicazione il giudice comunitario rispose ad un dubbio della dottrina nato fin dalla pronuncia della sentenza "*Teckal*". Il dubbio in questione riguardava il caso dei contratti di concessione di servizi, in cui il servizio non è svolto a favore dell'ente affidante, ma a favore degli utenti che usufruiscono dello stesso; la dottrina dubitava di poter rinvenire in questo tipo di contratto, il requisito dell'attività prevalente. In realtà, la Corte, con l'indicazione fornita nella sentenza "*Carbotermo*", chiarì come l'attività prevalente potesse essere considerata sia quella a favore dell'ente controllante, sia quella a favore degli utenti, in quanto comunque svolta per conto dell'ente stesso.

Si tratta di un requisito che sussiste esclusivamente se ogni altra attività, non rivolta all'ente locale, risulta avere un carattere marginale.

Il giudice competente, per definire la sussistenza del requisito, deve prendere in considerazione l'attività, sia in termini qualitativi, sia in termini quantitativi. Il giudice comunitario però non diede inizialmente una indicazione in termini numerici, e si limitò ad utilizzare una serie di concetti giuridici indeterminati, quali: "*la parte più importante*", "*sostanzialmente destinata in via esclusiva*", "*solo se l'attività di detta impresa è principalmente destinata all'ente in questione ed ogni altra attività risulta avere solo un carattere marginale*"<sup>59</sup>.

---

<sup>58</sup> Corte di Giustizia, 11 maggio 2006, C-340/04, "*Corbotermo*", punto 72.

<sup>59</sup> S. Foà, D. Greco, "*In house providing e requisito dell'attività prevalente tra nuove direttive e rinvii pregiudiziali*".

Questi concetti erano troppo indefiniti e non permettevano di avere una singolare modalità di accertamento; si trattava di un giudizio che doveva essere svolto di volta in volta sulla base delle circostanze presentate.

Alle origini del fenomeno dell'in house providing questo requisito era quindi visto più come un requisito qualitativo, piuttosto che quantitativo; nel tempo però si sono susseguite una serie di pronunce da parte dei giudici nazionali, e recentemente da parte della Corte Comunitaria, che hanno portato ad una considerazione anche quantitativa dell'attività prevalente.

Nel 2006, il TAR di Sicilia, emise una sentenza<sup>60</sup> in cui affermò che un'attività esterna superiore al 40% in termini di fatturato, dell'attività totale svolta dalla società in questione, era da considerare eccessiva e quindi non rispettosa del requisito in esame. Per la prima volta quindi si parlava di "attività prevalente" in termini quantitativi e più precisamente in termini percentuali di fatturato.

Poco dopo, nella sentenza "*Carbotermo*" - sentenza fondamentale ai fini della definizione di questo requisito – fu richiamato il concetto di fatturato per la determinazione dell'attività prevalente, ma senza dare indicazione numerica di ciò che poteva essere realmente considerato "prevalente": "*[...] il fatturato determinante è rappresentato da quello che l'impresa in questione realizza in virtù delle decisioni di affidamento adottate dall'ente locale controllante, compreso quello ottenuto con gli utenti in attuazione di tali decisioni*"<sup>61</sup>.

La sentenza appena richiamata prevedeva, come già accennato, una valutazione sia quantitativa, sia qualitativa del requisito dell'attività prevalente.

---

<sup>60</sup> Sentenza 13 febbraio 2006, n. 198

<sup>61</sup> Corte di Giustizia, 11 maggio 2006, C-340/04, "*Carbotermo*", punto 65.

Vista questa considerazione, la Corte Costituzionale emise nel 2008 una sentenza<sup>62</sup> in merito alla questione di costituzionalità di una legge della provincia autonoma di Bolzano. La legge in questione prevedeva che per la configurazione del requisito dell'attività prevalente, fosse considerata "la prevalenza" esclusivamente sulla base del fatturato e delle risorse economiche impiegate<sup>63</sup>. La formulazione di questa legge escludeva quindi in modo totalitario la valutazione qualitativa dell'attività prevalente, e fu per questo motivo che ne venne richiesta una valutazione di costituzionalità. La Corte Costituzionale, viste le indicazioni fornite dal giudice comunitario, dichiarò la legge in questione incostituzionale.

Questo a sottolineare come inizialmente fosse considerato strettamente necessario affiancare una valutazione qualitativa dell'attività prevalente, ad una valutazione quantitativa.

Più recentemente, nel 2014, il giudice comunitario si è occupato di definire un limite percentuale all'attività minima che la società in house deve svolgere a favore dell'ente locale controllante; perché sia verificato il requisito dell'attività prevalente, oltre l'80%<sup>64</sup> dell'attività svolta dalla società controllata deve corrispondere all'esecuzione dei compiti affidati dall'amministrazione aggiudicatrice controllante o da altre persone controllate dall'amministrazione aggiudicatrice.

Per la prima volta quindi, si è parlato di questo requisito in termini numerici, agevolando il giudice nazionale nella definizione caso per caso.

---

<sup>62</sup> Sentenza n. 439, 23 dicembre 2008.

<sup>63</sup> Legge 16 novembre 2007, n. 12, art. 3, comma 3: *"La rilevanza dell'attività ai sensi del comma 1, lettera c), è considerata in base al fatturato e alle risorse economiche impiegate"*.

<sup>64</sup> La proposta iniziale effettuata dalla Commissione Europea prevedeva un limite del 90% ma venne considerato troppo restrittivo e limitativo per gli enti che avessero deciso di adottare questo fenomeno; nel testo definitivo fu quindi abbassato all'80% per dare una maggiore elasticità all'utilizzo dell'in house providing.



La novità di questa nuova direttiva, non riguarda solo l'introduzione di una soglia numerica, ma riguarda anche le tipologie di attività da considerare ai fini del requisito in questione. Vi è infatti stato un ampliamento del tipo di affidamenti da considerare nel calcolo del requisito che comprende non più solo gli affidamenti diretti effettuati dall'amministrazione aggiudicatrice, ma considera anche gli affidamenti effettuati da altre persone giuridiche controllate dall'amministrazione stessa.

Nel tempo è stata anche affrontata la questione delle società in house pluripartecipate e la relativa relazione con il requisito dell'attività prevalente. In particolare, ci si è posti il problema se l'attività da considerare debba essere esercitata nei confronti di uno o più degli enti locali considerati, e quali attività siano da considerare.

La Corte di Giustizia, in merito a questo particolare caso ha affermato che il requisito “[...] può ricorrere qualora l’impresa in questione svolga la parte più importante della propria attività non necessariamente con questo o quell’ente locale ma con tali enti complessivamente considerati”<sup>65</sup>, e che “[...] l’attività da prendere in considerazione nel caso di un’impresa detenuta da vari enti locali è quella realizzata da detta impresa con tutti questi enti”<sup>66</sup>.

La giurisprudenza si è occupata anche di affrontare la possibile perdita del requisito dell'attività prevalente, nel caso di società già affidatarie dirette “in house”, che partecipano a gare indette dalle amministrazioni locali per l'affidamento di ulteriori servizi pubblici.

Di questo particolare caso si è occupato il TAR della Lombardia, nella sentenza 23 settembre 2013, n. 780.

---

<sup>65</sup> Corte di Giustizia, 11 maggio 2006, C-340/04, *Corbotermo*, punto 70.

<sup>66</sup> Corte di Giustizia, 11 maggio 2006, C-340/04, *Corbotermo*, punto 71.

Nello specifico, la sentenza ha ribadito innanzitutto che *“l’affidamento in house nel rispetto dello schema comunitario è sempre legittimo”*, ed ha sottolineato poi che *“anche la partecipazione alle gare da parte di soggetti in house è legittima, come pure lo svolgimento di attività a favore di terzi, ma espone al rischio di fuoriuscire dallo schema comunitario (se la parte più importante dell’attività non è più svolta con gli enti che detengono il controllo)”*<sup>67</sup>.

Le società in house che decidono legittimamente di partecipare a nuove gare indette per l’affidamento di servizi pubblici, devono effettuare una valutazione molto accurata in quanto rischiano di perdere una delle condizioni legittimanti del proprio affidamento diretto originario. L’ampliamento delle attività svolte potrebbe infatti portare a una riduzione “della prevalenza” dell’attività svolta nei confronti degli enti che detengono il controllo; qualora la società perda tale requisito non potrà più risultare affidataria diretta di servizi pubblici locali da parte degli enti soci e gli stessi affidamenti in essere risulterebbero privi di una delle due condizioni essenziali per il loro mantenimento.

---

<sup>67</sup> Sentenza 23 settembre 2013, n. 780, Tribunale Amministrativo Regionale Lombardia - Brescia, Sezione II.

## **Capitolo IV**

### **Le società in house nella giurisprudenza italiana**

SOMMARIO: 1. I primordi dell'In house providing in Italia - 2. L'articolo 113 T.U.E.L. - 2.1 La nuova veste dell'articolo 113 T.U.E.L. - 3. L'articolo 23 bis del D.lg. 112/2008 - 3.1 L'illegittimità costituzionale dell'articolo 23 bis – 3.2 Il referendum abrogativo -3.3 Le conseguenze del referendum - 4. Articolo 4 D.Lg. 138/2011 e la dichiarazione di illegittimità costituzionale - 5. La nuova disciplina in materia di servizi pubblici locali

#### **1. I primordi dell'In house providing in Italia**

L'istituto della società in house, nato grazie alla giurisprudenza comunitaria al fine delimitare l'ipotesi di deroga alle regole della “concorrenza per il mercato” mediante il ricorso alla forma di affidamento diretto, si è nel tempo ampiamente diffuso anche a livello nazionale.

Numerose disposizioni in materia si sono susseguite nelle sentenze nazionali, seguendo le orme della giurisprudenza comunitaria; nel contempo il legislatore italiano ha previsto l'inserimento dell'istituto “in house”, in testi normativi costantemente modificati ed aggiornati.

Questa nuova forma di gestione dei servizi pubblici è stata introdotta, per la prima volta, nella disciplina dei servizi pubblici locali.

L'art. 22 della Legge n. 142 del 1990 introduceva, nell'elenco delle varie forme di gestione possibili per i servizi pubblici locali, l'opportunità di utilizzare *“società per azioni a prevalente capitale pubblico locale, qualora si renda opportuna, in relazione alla natura del servizio da erogare, la partecipazione di altri soggetti pubblici o privati”*.<sup>68</sup>

La società mista pubblico-privata aveva già fatto la sua apparizione nel panorama giuridico italiano, non si trattava quindi di certo di una novità; la vera innovazione era la possibilità di utilizzarla per la gestione di servizi pubblici.

La particolarità di questa previsione era il fatto che - a differenza della società in house nella forma più recente - in questa fase introduttiva, la società per azioni a prevalente capitale pubblico era affidataria del servizio in virtù della sua costituzione e senza il bisogno di attuare eventuali procedure di concessione; a suddetta società era attribuita natura strumentale dell'ente locale.

Altra previsione della Legge 142 su cui porre l'attenzione, è quella in riferimento alla concessione a terzi. Era prevista come una forma del tutto eccezionale di gestione, implementata sulla base di particolari *“ragioni tecniche, economiche e di opportunità sociale”*, ed in caso contrario, la gestione del servizio doveva necessariamente essere di competenza dell'ente locale.

---

<sup>68</sup> Legge 142/1990, art. 22, comma 3: *“I comuni e le province possono gestire i servizi pubblici nelle seguenti forme: a) in economia, quando per le modeste dimensioni o per le caratteristiche del servizio non sia opportuno costituire una istituzione o una azienda; b) in concessione a terzi, quando sussistano ragioni tecniche, economiche e di opportunità sociale; c) a mezzo di azienda speciale, anche per la gestione di più servizi di rilevanza economica ed imprenditoriale; d) a mezzo di istituzione, per l'esercizio di servizi sociali senza rilevanza imprenditoriale; e) a mezzo di società per azioni a prevalente capitale pubblico locale, qualora si renda opportuna, in relazione alla natura del servizio da erogare, la partecipazione di altri soggetti pubblici o privati.”*

La Legge in questione, principio dell'”*in house providing*”, non prevedeva però ancora la possibilità di affidare la gestione di un servizio pubblico ad una società per azioni totalmente partecipata dall'ente stesso, previsione caratterizzante delle società *in house*.

A distanza di qualche anno, nel 1992, il legislatore italiano emanò una nuova legge in cui riconfermò la volontà di utilizzare gli strumenti societari per gestire i servizi pubblici locali.

L'articolo 12 della Legge n. 498 del 1992 stabiliva che province e comuni potessero servirsi, allo scopo di gestire i propri servizi pubblici, di società per azioni appositamente costituite, anche senza il vincolo della proprietà maggioritaria<sup>69</sup>. Ciò significava che - al contrario di quanto stabilito nella vecchia legge del 1990 - potessero essere costituite ed utilizzate anche società a capitale prevalentemente privato, alla sola condizione che il socio privato fosse individuato necessariamente attraverso una procedura ad evidenza pubblica.

Una ulteriore novità fu prevista dal legislatore nel 1997. Con la Legge 127/1997 introdusse la possibilità di utilizzare anche le società a responsabilità limitata nella gestione dei servizi pubblici locali.

---

<sup>69</sup> Legge n. 498, 23 dicembre 1992, art. 12, primo comma: *“Le province e i comuni possono, per l'esercizio di servizi pubblici e per la realizzazione delle opere necessarie al corretto svolgimento del servizio nonché per la realizzazione di infrastrutture ed altre opere di interesse pubblico, che non rientrino, ai sensi della vigente legislazione statale e regionale, nelle competenze istituzionali di altri enti, costituire apposite società per azioni, anche mediante gli accordi in programma di cui al comma 9, senza il vincolo della proprietà maggioritaria di cui al comma 3, lettera e ), dell'art. 22 della legge 8 giugno 1990, n. 142, e anche in deroga a quanto previsto dall'art. 9, primo comma, lettera d ), della legge 2 aprile 1968, n. 475, come sostituita dall'art. 10 della legge 8 novembre 1991, n. 362. Gli enti interessati provvedono alla scelta dei soci privati e all'eventuale collocazione dei titoli azionari sul mercato con procedure di evidenza pubblica. L'atto costitutivo delle società deve prevedere l'obbligo dell'ente pubblico di nominare uno o più amministratori e sindaci. Nel caso di servizi pubblici locali una quota delle azioni può essere destinata all'azionario diffuso e resta comunque sul mercato”*.

Rispetto alla normativa previgente, inoltre, non era più strettamente indispensabile che le società strumentali fossero costituite ex novo, ma l'ente pubblico era previsto potesse anche acquisire la maggioranza di società già esistenti<sup>70</sup>.

Come è possibile notare, il legislatore praticò un ulteriore cambio di rotta relativamente alla quota di partecipazione dell'ente locale nella società strumentale; nella Legge 498/1992, non era considerato necessario "*il vincolo della proprietà maggioritaria*", nella Legge 127/1997 si è tornati a parlare di "*acquisire la maggioranza*" della società partecipata.

La regolamentazione delle società in house subì un forte impulso dall'introduzione nel 2000 del Testo Unico degli Enti Locali.

La legge 142/1990 – così come modificata dalla legge 498/1992 – fu interamente abrogata e sostituita dall'art. 274 del D.lgs. 267 del 18 agosto 2000.

## **2. L'articolo 113 T.U.E.L.**

Nel 2000 un forte impulso alla normativa in materia di gestione dei servizi pubblici locali, fu data dall'art. 113 del Testo Unico degli Enti Locali. Fondamentalmente, il Testo Unico riproduceva nell'articolo 113 l'elenco delle forme di gestione già individuate nell'articolo 22 del 1990, integrandolo delle novità avviate, e precedentemente contemplate, dalla Legge 498/1992.

---

<sup>70</sup> La Legge 127 del 15 maggio 1997, prevedeva al comma 58 che la lettera e), del comma 3, art. 22, della Legge 142/1990 fosse sostituita dalla seguente: "*e) a mezzo di società per azioni o a responsabilità limitata a prevalente capitale pubblico locale costituite o partecipate dall'ente titolare del pubblico servizio, qualora sia opportuna in relazione alla natura o all'ambito territoriale del servizio la partecipazione di più soggetti pubblici o privati*".

Una precisazione degna di nota e trascurata dalle precedenti norme è che l'ente locale possessore del capitale della società in questione deve essere quello direttamente titolare del pubblico servizio.

L'assunzione delle disposizioni dell'articolo 22, nel nuovo Testo Unico degli Enti Locali, fu però immediatamente contestato dalla Comunità Europea che avviò un processo di infrazione contro l'Italia (n. 1999/2184).

La Commissione Europea nel novembre del 2000, inviò al Governo italiano una lettera di costituzione in mora (SG (2000) D/108243) dichiarando violati gli obblighi ad esso imposti dalla Direttiva 92/50/CEE in materia di procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, le disposizioni della Direttiva 93/38/CEE<sup>71</sup>, ed i principi di non discriminazione, parità di trattamento e trasparenza (artt. 43 e 49).

Il Dipartimento per le politiche comunitarie della Presidenza del Consiglio - in attesa dell'approvazione della riforma legislativa in materia di affidamento della gestione dei servizi pubblici locali contenuta nel disegno di Legge finanziaria 2002 - rispose alla Commissione Europea con circolare 19 ottobre 2001, n. 12727 (pubblicata in G.U. n. 264 del 13 novembre 2001). La circolare emessa aveva lo scopo di fornire alcuni elementi interpretativi, utili a chiarire la normativa contestata sugli enti locali.

La Presidenza del Consiglio dei Ministri rispose alle contestazioni della Commissione Europea, richiamando la normativa comunitaria. Innanzitutto richiamò le Direttive e gli articoli citati nella lettera di costituzione in mora, sottolineando come tali erano da applicare *“agli appalti pubblici di servizi, intesi questi, come contratti a titolo oneroso conclusi in forma scritta tra un'amministrazione aggiudicatrice ed un soggetto prestatore di servizi”*<sup>72</sup>.

---

<sup>71</sup> Disposizioni in materia di procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, relativamente ai cosiddetti “settori esclusi” dalla Direttiva 92/50/CEE, cioè riguardante gli enti erogatori di acqua, energia, servizi di trasporto e telecomunicazioni.

<sup>72</sup> Punto 2, CIRCOLARE 19 ottobre 2001, n.12727 – *“Affidamento a società miste della gestione di servizi pubblici locali”* – Gazzetta Ufficiale n. 264 del 13.11.2001.

Continuò poi, richiamando l'eccezione prevista dalla Corte di Giustizia in materia "in house" che escludeva l'applicazione delle direttive comunitarie sopra citate; ed infine ricordò la normativa comunitaria in tema di concessione di servizi.

A seguito di questo excursus normativo, la circolare terminava con la richiesta *"di tenere conto delle valutazioni espresse dalla Commissione europea e di interpretare l'art. 113 del Decreto Legislativo 18 agosto 2000, n. 267, recante "Testo Unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali", nel senso di ritenere implicito il richiamo ai principi e alle norme del Trattato, alle direttive n. 92/50/CEE e n. 93/38/CEE e alle relative disposizioni attuative, in conformità alle interpretazioni fornite dalla ricordata giurisprudenza della Corte di giustizia"*<sup>73</sup>.

Nel contempo, fu approvata la *"Legge finanziaria 2002"* - Legge n. 448 del 2001 - contenente l'articolo 35 che modificava integralmente l'articolo 113, allo scopo di adeguare la disciplina italiana in materia di servizi pubblici locali alla disciplina dettata dalle istituzioni comunitarie.

## **2.1 La nuova veste dell'articolo 113 T.U.E.L.**

L'articolo 35 della Legge n. 448 del 2001 introdusse, ai fini di regolamentare la materia dei servizi pubblici locali, una nuova distinzione tra servizi pubblici a rilevanza industriale, regolamentati dall'articolo 113 e servizi pubblici privi di tale rilevanza, regolamentati dall'articolo 113 *bis*<sup>74</sup>.

---

<sup>73</sup> Punto 10, CIRCOLARE 19 ottobre 2001, n.12727 – *"Affidamento a società miste della gestione di servizi pubblici locali"* – Gazzetta Ufficiale n. 264 del 13.11.2001.

<sup>74</sup> La normativa non diede nessuna indicazione utile a chiarire le modalità di distinzione dei servizi. La dottrina produsse numerosi interpretazioni al riguardo e quella ritenuta più significativa individuava nell'espressione "a rilevanza industriale" tutte quelle attività operanti in un mercato concorrenziale e



Il nuovo testo dell'articolo 113 - "*Gestione delle reti ed erogazione dei servizi pubblici locali di rilevanza industriale*" - faceva una netta distinzione tra erogazione dei servizi, e gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali.

Per quanto riguardava la gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali, agli enti locali era permesso avvalersi: "*a) di soggetti allo scopo costituiti, nella forma di società di capitali con la partecipazione maggioritaria degli enti locali, anche associati, cui può essere affidata direttamente tale attività; b) di imprese idonee, da individuare mediante procedure ad evidenza pubblica, ai sensi del comma 7*".

Era quindi prevista la possibilità di utilizzare gli affidamenti diretti, ma solo nel caso di società mista pubblico-privata e con partecipazione maggioritaria posseduta dall'ente locale; altrimenti era necessario il ricorso alla normale procedura ad evidenza pubblica.

A proposito dell'erogazione del servizio<sup>75</sup>, invece, l'articolo 113, comma 5, stabiliva: "*l'erogazione del servizio, da svolgere in regime di concorrenza, avviene secondo le discipline di settore, con conferimento della titolarità del servizio a società di capitali individuate attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica*".

In questo caso, perciò, non vi era alcuna possibilità di ricorrere all'affidamento diretto, ma la gestione del servizio poteva avvenire unicamente con affidamento mediante gara ad evidenza pubblica.

Contrariamente, ai servizi privi di rilevanza industriale regolamentati dall'articolo 113 bis, erano ammesse sostanzialmente le forme di affidamento contenute nel testo originario

---

caratterizzate da una consistente produttività; al contrario le attività "prive di rilevanza industriale" erano da considerarsi tutte le attività non interessate ad ottenere un risultato economico.

<sup>75</sup> Era necessariamente richiesta la separazione tra erogazione del servizio e gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali.

dell'articolo 113: in economia, in affidamento a terzi, a mezzo di aziende speciali, a mezzo di istituzioni, a mezzo di società di capitali, tramite consorzi.<sup>76</sup>

Anche dopo la riformulazione dell'articolo 113, ad opera della Legge finanziaria del 2002, la Commissione Europea giudicò la normativa italiana non conforme alle previsioni comunitarie e diede nuovamente seguito ad un procedimento di infrazione comunitaria.

Il 26 giugno 2002 l'Italia fu formalmente messa in mora, in quanto, secondo la Commissione Europea, l'art. 35 della legge 448/2001 continuava ad autorizzare alcune ipotesi di affidamento diretto dei servizi pubblici locali, incompatibilmente con la normativa europea.

Per questo motivo, l'art. 113 fu nuovamente ritoccato dall'articolo 14 del Decreto Legge 30 settembre 2003, n. 269, convertito - con modificazioni - dalla Legge 24 novembre 2003, n. 326.

Per la prima volta, nel 2003, venne introdotta, in un testo normativo italiano, la reale figura di "*In house providing*", così come da configurazione comunitaria.

Innanzitutto, l'articolo 14 del D.lg. 269/2003 sostituì il concetto della "rilevanza industriale" con quello della "rilevanza economica", ai fini dell'applicabilità della normativa; il legislatore non diede però alcuna indicazione sul significato di "servizio pubblico a rilevanza economica", lasciando così alla giurisprudenza e alla dottrina il compito di trovarne la giusta interpretazione.

La più recente formulazione dell'articolo 113 concedeva agli enti pubblici a rilevanza economica diverse soluzioni per la gestione dei loro servizi pubblici. Il nuovo comma 5,

---

<sup>76</sup> Cfr. ANTONINO CALAMIA, ROBERTO MASTROFINI, "*La riforma dei servizi pubblici locali*"

disponeva che la titolarità del servizio potesse essere attribuita: “a) a società di capitali individuate attraverso l’espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica; b) a società a capitale misto pubblico privato nelle quali il socio privato venga scelto attraverso l’espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica che abbiano dato garanzia di rispetto delle norme interne e comunitarie in materia di concorrenza secondo le linee di indirizzo emanate dalle autorità competenti attraverso provvedimenti o circolari specifiche<sup>77</sup>; c) a società a capitale interamente pubblico a condizione che l’ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l’ente o gli enti pubblici che la controllano”.

Come è evidente, questa ultima previsione riproduceva i tratti dell’In house providing delineati dalla Corte di Giustizia Europea, con la nota sentenza “Teckal”.

In questo modo, il diritto nazionale si uniformò alle previsioni comunitarie, nella prospettiva di agevolare il principio di auto-organizzazione amministrativa, ma sempre nel rispetto dei principi di tutela della concorrenza e del mercato.

Anche in merito ai servizi privi di rilevanza economica fu fatta precisazione che l’affidamento era permesso “nei confronti di società di capitale interamente pubblico a condizione che gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un

---

<sup>77</sup> Il legislatore introdusse, ancora una volta, la possibilità di affidare la gestione di un servizio pubblico ad una società mista pubblico-privata, previsione precedentemente abrogata nell’art. 35 della Legge 448/2001. Questa volta però fornendo indicazione di come il soggetto in possesso della partecipazione privata dovesse essere scelto tramite procedura ad evidenza pubblica per rispettare il principio di concorrenza e di tutela del mercato.

*controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano*"<sup>78</sup>.

Nonostante il tentativo del legislatore italiano di allineare la giurisprudenza italiana con quella comunitaria, nemmeno questa nuova regolamentazione fu immune a dubbi e critiche.

Secondo parte della giurisprudenza e della dottrina, la più recente formulazione dell'articolo 113 lasciava agli enti locali un'eccessiva discrezionalità di scelta tra le varie modalità di affidamento; e questo era fermamente in contrasto con la disciplina comunitaria che attribuiva all'In house providing carattere esclusivamente eccezionale. Alla luce di questa riflessione, fu il Tar Puglia, a chiedere, con rinvio pregiudiziale<sup>79</sup> alla Corte di Giustizia, di pronunciarsi in merito alla conformità dell'articolo 113 - così come introdotto dal Decreto Legge n. 269 del 2003 - con i principi enunciati dagli articoli 46, 49 e 86 del Trattato, nella parte in cui non stabilisce alcun limite alla libertà di scelta dell'ente pubblico tra le diverse forme di affidamento, ed in particolare tra l'affidamento tramite procedura di gara ad evidenza pubblica e l'affidamento diretto a società da esso interamente controllata.

A porre rimedio - cercando di evitare un aggiuntivo richiamo da parte della comunità europea - intervenne, qualche anno dopo, l'articolo 23 bis del Decreto Legge 25 giugno 2008, n. 112. La normativa in questione non sostituì integralmente il precedente articolo 113 T.U.E.L., ma abrogò solo le parti con esso incompatibili.

---

<sup>78</sup> Comma 1, lettera c), articolo 113 bis, T.U.E.L., così come modificato dall'articolo 14 del Decreto-Legge 30 settembre 2003, n. 269, convertito dalla Legge 24 novembre 2003, n. 326.

<sup>79</sup> 8 settembre 2004, n. 885.

### **3. L'articolo 23 bis del D.lg. 112/2008**

L'articolo 23 bis del D.lg. 112/2008 - convertito con Legge n. 133, 6 agosto 2008 - nacque con l'intento di tracciare le linee di una riformata disciplina nel settore dei servizi pubblici locali di rilevanza economica; in particolare con il fine di *“disciplinare l'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, in applicazione della disciplina comunitaria e al fine di favorire la più ampia diffusione dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi di tutti gli operatori economici interessati alla gestione di servizi di interesse generale in ambito locale [...]”* (comma 1).

Si voleva pertanto giungere all'allineamento del diritto nazionale con quello comunitario, prestando la massima attenzione al principio di concorrenza del mercato, anche alla luce dei procedimenti di infrazione implementati dalla Comunità Europea nei confronti dell'Italia. In questo senso, vi fu anche la scelta del legislatore italiano di delineare un articolo molto più stringente e limitativo, rispetto al legislatore europeo, in materia di *“In house providing”*.

L'aspetto assolutamente innovativo di questo articolo - che cercò di andare a porre rimedio alle disposizioni contestate dell'articolo 113 - fu prevedere una suddivisione nella regolamentazione, tra gli affidamenti considerati *“ordinari”* e gli affidamenti considerati *“straordinari”*.

Come precedentemente visto infatti, all'articolo 113 T.U.E.L. fu criticato di lasciare una eccessiva libertà di scelta nelle modalità di affidamento dei servizi pubblici, senza limitare l'utilizzo degli affidamenti diretti a determinate condizioni eccezionali. In questo modo

perciò, il legislatore italiano cercò di dare un ordine di priorità alle possibili modalità di gestione dei servizi pubblici.

Al comma 2 dell'art. 23 bis si individuò quale modalità ordinaria di affidamento della gestione dei servizi pubblici, quella mediante "*procedura competitiva ad evidenza pubblica*".<sup>80</sup>

Al fine di rispettare i principi generali dettati dalla Comunità Europea in materia di contratti pubblici, il legislatore determinò come regola generale quella dell'affidamento mediante gara pubblica.

Nonostante l'obiettivo positivo del legislatore di distinguere i casi considerati "ordinari", da quelli considerati "non ordinari", la disciplina ancora una volta non era chiara su quali tipologie di affidamento rientrassero in questa seconda categoria.

Al comma 3 dell'articolo in questione, si faceva riferimento a delle modalità di affidamento "*in deroga*", che si verificavano ogni qualvolta "*a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento*" non era permesso "*un efficace e utile ricorso al mercato*".

In tutti questi casi era dettato che l'affidamento potesse avvenire "*nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria*".

Ancora una volta, la disciplina italiana non era soddisfacente nelle sue indicazioni in merito agli affidamenti eccezionali della gestione dei servizi pubblici. Il legislatore non

---

<sup>80</sup> Comma 2, articolo 23 bis: "*Il conferimento della gestione dei servizi pubblici locali avviene, in via ordinaria, a favore di imprenditori o di società in qualunque forma costituite individuati mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi del Trattato che istituisce la Comunità europea e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità.*"

si preoccupò di dare indicazione sulle modalità con cui individuare queste situazioni anomale<sup>81</sup>, e si limitò oltretutto a richiamare, in modo molto grossolano, i principi della comunità europea senza riportare in modo esaustivo i tratti rilevanti.

L'unica precisazione in merito a queste modalità di affidamento "in deroga", fu quella del comma 4. L'ente pubblico doveva dare una "*adeguata pubblicità alla scelta*" effettuata, giustificandola con "*un'analisi di mercato*", e trasmettere in una relazione i risultati di quest'ultima all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. L'AGCM avrebbe, a quel punto, espresso un parere "*entro sessanta giorni dalla ricezione della predetta relazione*".

Si trattava dunque di una valutazione che l'ente locale era obbligato ad effettuare; dopo aver valutato i sistemi ottimali di realizzazione del servizio con riguardo ai costi ed ai relativi margini di copertura, e alle più adeguate modalità di organizzazione del servizio in termini di efficienza, efficacia ed economicità - avendo sempre riguardo a rispettare i principi di tutela della concorrenza - si sarebbe dovuto impegnare a giustificare la scelta dell'autoproduzione tramite un'accurata analisi di mercato e presentarla all'AGCM, per acquisire il parere previsto dalla norma.

Anche questa formulazione dell'articolo 23 bis, in sostituzione del contestato articolo 113 T.U.E.L., era da considerarsi insoddisfacente. Le ambiguità e le lacune, ancora una volta presenti nella disciplina dei servizi pubblici locali, portarono ad un nuovo intervento del legislatore.

---

<sup>81</sup> Il testo normativo in questione non faceva in alcun modo riferimento all'affidamento *in house*, che era stato invece introdotto dal precedente articolo 113 T.U.E.L., e non si faceva nemmeno più riferimento all'affidamento a società mista pubblico-privata.

A poco più di un anno dall'emanazione del Decreto Legge 112/2008, fu formulato un nuovo Decreto Legge n. 135, del 25 settembre 2009 – approvato e convertito in Legge il 20 novembre 2009 - che con l'articolo 15 condusse a significativi cambiamenti nel precedente testo normativo.

Innanzitutto l'esclusione dall'applicazione della normativa fu estesa ai servizi di trasporto ferroviario regionale, di distribuzione di energia elettrica e al servizio delle farmacie comunali, oltre che al servizio di distribuzione del gas escluso fin dalla prima stesura dell'articolo 23 bis.

La parte più importante delle modifiche alla normativa riguardavano il richiamo - per la prima volta espressamente previsto - all'*In house providing* come modalità di affidamento dei servizi pubblici locali.

Come prima cosa, in un rinnovato comma 2, furono esposte le modalità di affidamento considerate "ordinarie".

La lettera a), del comma in questione, non introduceva alcuna novità rispetto al testo previgente; era previsto infatti che *"il conferimento della gestione dei servizi pubblici locali"*, potesse avvenire *"a favore di imprenditori o di società in qualunque forma costituite"* semplicemente utilizzando procedure ad evidenza pubblica.

La successiva lettera b), invece, reintroduceva la possibilità di affidamento della gestione dei servizi, a favore di società miste pubblico-private.

Le condizioni imposte per l'utilizzo di questa tipologia di affidamento erano che la selezione del socio privato avvenisse tramite procedura ad evidenza pubblica, nel rispetto



dei principi del Trattato comunitario e dei principi generali relativi ai contratti pubblici, e che al socio non fosse concessa una partecipazione inferiore al 40 per cento<sup>82</sup>.

Si ritornò così a dare definizione all'affidamento a società a capitale misto pubblico-privato, che non aveva ancora trovato regolamentazione precisa e un collocamento sicuro tra gli affidamenti "ordinari" o gli affidamenti "in deroga".

Il nuovo testo normativo, si rivolgeva poi agli affidamenti "in deroga", introducendo in modo definitivo il richiamo all'in house providing previsto a livello comunitario, con i relativi requisiti richiesti.

Fu precisato come, tale tipologia di affidamento, potesse essere utilizzato solo in casi "eccezionali", che non avrebbero permesso "un efficace e utile ricorso al mercato". Il legislatore poi richiamò i tratti essenziali dell'istituto, quali la necessità della partecipazione totalitaria al capitale della società affidataria da parte dell'ente pubblico, e la necessità di rispettare "i principi della disciplina comunitaria in materia di controllo analogo sulla società e di prevalenza dell'attività svolta dalla stessa con l'ente o gli enti pubblici che la controllano"<sup>83</sup>.

---

<sup>82</sup> Comma 2, art. 15, D.L. 135/2009: "Il conferimento della gestione dei servizi pubblici locali avviene, in via ordinaria: a) a favore di imprenditori o di società in qualunque forma costituite individuati mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi del Trattato che istituisce la Comunità europea e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento e proporzionalità; b) a società a partecipazione mista pubblica e privata, a condizione che la selezione del socio avvenga mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi di cui alla lettera a), le quali abbiano ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio e che al socio sia attribuita una partecipazione non inferiore al 40 per cento".

<sup>83</sup> Comma 3, art. 15, D.L. 135/2009: "In deroga alle modalità di affidamento ordinario di cui al comma 2, per 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, l'affidamento può avvenire a favore di società a capitale interamente pubblico, partecipata dall'ente locale, che abbia i requisiti richiesti dall'ordinamento comunitario per la gestione cosiddetta "in house" e, comunque, nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria in materia di controllo analogo sulla società e di prevalenza dell'attività svolta dalla stessa con l'ente o gli enti pubblici che la controllano".

Nonostante la decisione di allinearsi in modo integrale alla disciplina comunitaria, il legislatore italiano emarginò a soli casi del tutto eccezionali, la possibilità di ricorrere alle forme di affidamento diretto della gestione dei servizi.

Ciò era evidente anche dalla lettura del comma successivo, in cui vi era precisato: *“nei casi di cui al comma 3 l’ente affidante deve dare adeguata pubblicità alla scelta, motivandola in base ad un’analisi del mercato e contestualmente trasmettere una relazione contenente gli esiti della predetta verifica all’Autorità garante della concorrenza e del mercato per l’espressione di un parere preventivo”*<sup>84</sup>.

Nessuna novità quindi, relativamente a questo aspetto; anche secondo il nuovo testo normativo, era compito dell’ente interessato dimostrare - allo scopo di conseguire un parere favorevole - di aver svolto una accurata valutazione delle condizioni di mercato. Non era considerato soddisfacente un generico richiamo alla circostanza che la realizzazione di una procedura ad evidenza pubblica non avrebbe condotto alcun esito positivo<sup>85</sup>.

---

<sup>84</sup> Nei casi di affidamento diretto, l’ente affidante doveva dare una adeguata pubblicità alla propria scelta, esponendo le proprie motivazioni e le verifiche effettuate, e, trasmettere una relazione all’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato per l’espressione di un parere preventivo. A tale scopo l’AGCM provvede a diramare un’apposita comunicazione per indirizzare gli enti locali nell’affidamento in house dei servizi pubblici di rilevanza economica.

<sup>85</sup> A sottolineare la rigidità del legislatore nazionale in materia “in house”, al comma 9 dell’articolo analizzato, erano posti dei divieti in capo ai titolari di servizi pubblici locali affidati senza gara ad evidenza pubblica, allo scopo di ostacolare loro l’acquisizione di ulteriori servizi, ovvero la possibilità di operare in ambiti territoriali diversi da quelli originari, svolgere servizi o attività per altri enti pubblici o privati. Comma 9: *“Le società, le loro controllate, controllanti e controllate da una medesima controllante, anche non appartenenti a Stati membri dell’Unione europea, che, in Italia o all’estero, gestiscono di fatto o per disposizioni di legge, di atto amministrativo o per contratto servizi pubblici locali in virtù di affidamento diretto, di una procedura non ad evidenza pubblica ovvero ai sensi del comma 2, lettera b), nonché i soggetti cui è affidata la gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali degli enti locali, qualora separata dall’attività di erogazione dei servizi, non possono acquisire la gestione di servizi ulteriori ovvero in ambiti territoriali diversi, né svolgere servizi o attività per altri enti pubblici o privati, né direttamente, né tramite loro controllanti o altre società che siano da essi controllate o partecipate, né partecipando a gare. Il divieto di cui al primo periodo opera per tutta la durata della gestione e non si applica alle società quotate in mercati regolamentati. I soggetti affidatari diretti di servizi pubblici locali possono comunque concorrere alla prima gara svolta per l’affidamento, mediante procedura competitiva ad evidenza pubblica, dello specifico servizio già a loro affidato”*.

Il procedimento così delineato è stato riconosciuto come costituzionalmente legittimo in quanto porre delle rigorose condizioni all'affidamento diretto figura un'opzione legislativa che - senza implicare alcun contrasto tra diritto interno ed europeo - avrebbe solo permesso di avere quel livello minimo di protezione della concorrenza assicurato dalla normativa sovranazionale.

A completamento della disciplina dei servizi pubblici locali, è stato emanato, il 7 settembre 2010<sup>86</sup>, il D.P.R. n. 168 recante “*Regolamento in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica, a norma dell’articolo 23 bis, comma 10, del Decreto Legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n.133*”.

Lo scopo del regolamento attuativo era integrare e definire l’assetto dei servizi pubblici locali di rilevanza economica. Si trattava di una questione assai delicata in quanto orientava nella sostanza l’atteggiamento che le pubbliche amministrazioni avrebbero dovuto assumere riguardo al fenomeno degli affidamenti in house.

Il regolamento andava a confermare la tendenza nazionale in favore della concorrenza e del mercato, ribadendo la necessità di ricorrere innanzitutto alle procedure ad evidenza pubblica per l’affidamento dei servizi pubblici, e facendo una serie di puntualizzazioni all’affidamento diretto alle società in house.

Innanzitutto, era precisato come determinate categorie di servizi fossero escluse dall’applicazione del regolamento, quali: “*servizio di distribuzione di gas naturale, di cui al Decreto Legislativo 23 maggio 2000, n. 164; b) del servizio di distribuzione di energia elettrica, di cui al Decreto Legislativo 16 marzo 1999, n. 79 e alla Legge 23 agosto 2004, n. 239; c) del servizio di trasporto ferroviario regionale, di cui al Decreto Legislativo 19*

---

<sup>86</sup> Pubblicato in G.U.R.I., n. 239, del 12.10.2010

novembre 1997, n. 422; d) della gestione delle farmacie comunali, di cui alla Legge 2 aprile 1968, n. 475; e) dei servizi strumentali all'attività o al funzionamento degli enti affidanti di cui all'articolo 13, comma 1, del Decreto Legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito, con modificazioni, dalla Legge 4 agosto 2006, n. 248, e successive modificazioni”.

Particolarmente rilevanti, erano le disposizioni praticate dall'articolo 2 “*misure in materia di liberalizzazione*”.

Era attribuito all'ente locale il compito di verificare, in via preliminare, la realizzabilità di una gestione concorrenziale, allo scopo di limitare l'attribuzione di diritti di esclusiva, ai soli casi in cui “*in base ad una analisi di mercato, la libera iniziativa economica privata non risulti idonea, secondo criteri di proporzionalità, sussidiarietà orizzontale ed efficienza, a garantire un servizio rispondente ai bisogni della comunità*”. Il D.P.R. limitava in modo categorico il ricorso a procedure non concorrenziali, con il fine di liberalizzare tutte le attività economiche.

Il processo di verifica in capo all'ente pubblico era previsto fosse effettuato in modo periodico, ed in ogni caso, prima di procedere al conferimento e al rinnovo della gestione dei servizi. Nel caso in cui, i servizi pubblici locali, lasciati alla libera iniziativa economica privata, non fossero risultati idonei a “*garantire un servizio rispondente ai bisogni della comunità*”, sarebbero stati sottratti al mercato; viceversa, sarebbero state liberalizzate tutte le attività economiche compatibili con i criteri di “*universalità ed accessibilità del servizio*”.

L'articolo 2 del regolamento introduceva poi la “*delibera quadro*”; si trattava di uno strumento con cui gli enti locali illustravano le modalità di compimento della verifica precedentemente detta, con l'onere di esporre “*per i settori sottratti alla liberalizzazione,*

*i fallimenti del sistema concorrenziale e, viceversa, i benefici per la stabilizzazione, lo sviluppo e l'equità all'interno della comunità locale derivanti dal mantenimento di un regime di esclusiva del servizio”.*

Il regolamento dopo aver proceduto con specifiche in merito alle procedure competitive da seguire nella selezione dei gestori di servizi pubblici, è passato a disciplinare gli affidamenti “in house”.

In riferimento a questa particolare categoria, il D.P.R. al fine di restringere l'intervento dell'AGCM, richiedeva che fosse espresso il parere preventivo di quest'ultimo solamente nel caso in cui il valore economico degli affidamenti diretti di servizi pubblici avesse superato 200.000 euro annui.

Una serie di altre disposizioni erano poi rivolte direttamente all'istituto. Nell'articolo 5 era stabilito che le società partecipate dagli enti pubblici fossero sottoposte al patto di stabilità interno<sup>87</sup>; nei successivi articoli 6 e 7, era previsto che le società in house dovessero applicare procedure ad evidenza pubblica per l'acquisto di beni e servizi e l'assunzione di personale.

Come già precedentemente accennato, la lettura del modificato articolo 23 bis e del relativo decreto attuativo, fanno emergere una tendenza estremamente ristrettiva del legislatore italiano nei confronti del fenomeno “in house”.

La volontà di emarginare il fenomeno a casi del tutto eccezionali, era rilevabile dalla necessità di dimostrare preventivamente che l'affidamento diretto non era un modo per eludere i sistemi concorrenziali del mercato; ma, all'opposto, necessario per evitare che

---

<sup>87</sup> Articolo dichiarato costituzionalmente illegittimo con sentenza della Corte Costituzionale, n. 325 del 2010.

una serie di cause anomale portassero al fallimento dello stesso. Il ricorso a questo fenomeno quindi, era estremamente limitato a casi del tutto eccezionali e giustificabili. Questa volontà del legislatore era rinvenibile anche dalla richiesta di effettuare un'analisi preventiva di mercato, di inserire quest'ultima in una relazione da trasmettere all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, al fine di ottenere un parere preventivo al ricorso di un affidamento diretto.

Ad un mese dalla pubblicazione del regolamento di attuazione, la Corte Costituzionale dichiarò l'illegittimità costituzionale dell'articolo 23 bis, e implicitamente del relativo Decreto di attuazione 168/2010.

### **3.1 L'illegittimità costituzionale dell'articolo 23 bis**

Con la sentenza n. 325 del 17 novembre 2010, la Corte Costituzionale si esprime in merito alla costituzionalità di alcuni punti dell'art. 23 bis del D.lg. 112/2008 (convertito con Legge 133/08), sia del testo originario che del testo derivante dalle modifiche apportate dall'articolo 15 del D.lg. 135/2009 (convertito con Legge 166/09).

La prima questione affrontata riguardava la compatibilità dell'articolo con il diritto comunitario. Furono contestate le restrizioni praticate dalla normativa nazionale sulla possibilità delle pubbliche amministrazioni di ricorrere all'uso degli affidamenti diretti per la gestione dei servizi pubblici.

La risposta del legislatore italiano a queste contestazioni cercò di evidenziare come la normativa comunitaria non obbligava il ricorso alle società in house, ma lo acconsentiva, in via di eccezione e per alcuni casi determinati. Alla luce di ciò, quindi, le disposizioni nazionali che vietavano di regola l'affidamento diretto, non potevano essere considerate

illegittime; il legislatore italiano aveva semplicemente fatto uso della sfera di discrezionalità attribuitagli dall'ordinamento comunitario.

A seguire, la Corte sottolineò come la normativa nazionale, all'art. 23 bis, non avesse previsto solo le condizioni richieste a livello europeo ma avesse inserito ulteriori condizioni da rispettare per l'utilizzo dell'istituto in house.

In particolare, la normativa nazionale prevedeva - come già ampiamente analizzato - che:

- › Dovesse essere data una adeguata pubblicità alla scelta dell'affidamento diretto, affiancata dalle motivazioni della scelta e dall'analisi di mercato effettuata; il tutto esposto in una relazione presentata all'AGCM per un parere preventivo
- › Dovessero sussistere particolari condizioni eccezionali che per motivi economici, sociali e ambientali non permettessero un efficace ricorso al mercato.

Tali restrizioni furono attentamente analizzate dalla Corte ma apparirono solamente come *“espressione di un margine di apprezzamento del legislatore nazionale e valutate come non irragionevoli”*<sup>88</sup>.

Per quanto riguarda il “margine di apprezzamento” tenuto dal legislatore, si riferiva alla tutela del principio di concorrenza del mercato praticato in modo più ampio dalla normativa italiana rispetto a quanto imposto dalla normativa comunitaria.

Con l'espressione “valutata come non irragionevole”, invece, riferita alle ulteriori restrizioni sull'affidamento in house, la Corte decretò che quanto stabilito nell'art. 23 bis si univa coerentemente ad un sistema normativo interno in cui i casi di affidamento di

---

<sup>88</sup> LUIGI ALLA, *“Corte Costituzionale, sentenza 17 novembre 2010, n. 325 in tema di legittimità costituzionale della disciplina dei servizi pubblici locali”*. Tratto da 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. [www.amministrazioneincammino.luiss.it](http://www.amministrazioneincammino.luiss.it)

gestione diretta dei servizi da parte dell'ente pubblico, dovevano essere eccezionali e tassativamente previsti.

In definitiva, il diritto comunitario *“stabilisce solo un minimo inderogabile per il legislatore degli Stati membri e, pertanto, non osta a che la legislazione interna disciplini più rigorosamente, nel senso di favorire l'assetto concorrenziale di un mercato, le modalità di tale affidamento. Pertanto, il legislatore nazionale ha piena libertà di scelta tra una pluralità di discipline ugualmente legittime”*.<sup>89</sup> Perciò, relativamente a questo aspetto dell'articolo 23 bis, la Corte non ritenne necessaria alcuna contestazione.

La reale questione di legittimità, affrontata dalla Corte in merito all'articolo 23 bis, riguardava il comma 10. Quest'ultimo - così come modificato dall'art. 15, comma 1, lett. f), D.Lg. 25 settembre 2009, n. 135 - prevedeva l'assoggettamento delle società in house al patto di stabilità interno, e l'osservanza di procedure ad evidenza pubblica per l'acquisto di beni e servizi e l'assunzione di personale.

La contestata legittimità dell'assoggettamento della società in house al patto di stabilità interno, fu accolta dalla Corte in quanto *“l'ambito di applicazione del patto di stabilità interno attiene alla materia del coordinamento della finanza pubblica (sentenze n. 284 e n. 237 del 2009; n. 267 del 2006), di competenza legislativa concorrente, e non a materie di competenza legislativa esclusiva statale, per le quali soltanto l'art. 117, sesto comma, Costituzione, attribuisce allo Stato la potestà regolamentare”*<sup>90</sup>.

---

<sup>89</sup> LUIGI ALLA, *“Corte Costituzionale, sentenza 17 novembre 2010, n. 325 in tema di legittimità costituzionale della disciplina dei servizi pubblici locali”*. Tratto da 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. [www.amministrazioneincammino.luiss.it](http://www.amministrazioneincammino.luiss.it)

<sup>90</sup> LUIGI ALLA, *“Corte Costituzionale, sentenza 17 novembre 2010, n. 325 in tema di legittimità costituzionale della disciplina dei servizi pubblici locali”*. Tratto da AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO - Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del



In merito invece all'imposizione dell'osservanza di procedure ad evidenza pubblica per l'acquisto di beni e servizi e l'assunzione del personale, la Corte ritenne la questione di legittimità infondata; la disposizione, secondo la Corte, era diretta ad eludere che, successivamente all'affidamento diretto, si potessero creare distorsioni della concorrenza del mercato. Alla luce di ciò, e considerato che la materia è di competenza esclusiva dello Stato in quanto impone alla particolare categoria di società in house una specifica modalità di acquisto di beni e servizi e di assunzione del personale, ne conseguì che la previsione non ledeva alcuna competenza regionale, come invece reclamato dinanzi alla Corte.

La disciplina fin qui esaminata, poco tempo dopo essere passata al vaglio della Corte, fu sottoposta a referendum abrogativo e questo decretò una inversione degli orientamenti di politica legislativa adottati fin dall'inizio del secolo.

### **3.2 Il referendum abrogativo**

Il 12 e 13 giugno 2011, gli Italiani furono chiamati a esprimere il loro parere in un referendum abrogativo riguardante quattro quesiti, uno dei quali relativo l'articolo 23 bis del D.lg. 112/2008.

Il quesito posto al popolo italiano presentava un titolo alquanto sviante che richiedeva di esprimersi in merito alla privatizzazione dell'“*acqua bene comune*”, occultando quindi,

almeno apparentemente, l'effettiva proposta<sup>91</sup> di integrale soppressione dell'art. 23 bis del D.Lg. 112/2008.

La gestione dei servizi idrici in Italia, in quel momento, era affidata ai Comuni che per legge, dovevano associarsi in Ambiti Territoriali Ottimali (ATO). Il D.lg. 112/2008, detto anche "Decreto Ronchi", prevedeva che gli ATO dovessero affidare i servizi idrici in concessione, tramite gare aperte sia ad aziende pubbliche che ad aziende private, oppure costituire un Partenariato Pubblico Privato (PPP)<sup>92</sup>. Il decreto pertanto, obbligava l'Ente locale ad affidarsi al mercato per la gestione del servizio, limitando quanto previsto a livello europeo in materia di affidamenti in house.

Il referendum a cui furono sottoposti gli italiani era un referendum abrogativo. In riferimento a tutti i servizi pubblici di rilevanza economica, il testo del referendum chiedeva agli elettori: *"Volete voi che sia abrogato l'art. 23 bis (Servizi pubblici locali di rilevanza economica) del Decreto Legge 25 giugno 2008, n. 112 recante «Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria», convertito, con modificazioni, dalla Legge 6 agosto 2008, n. 133, come modificato dall'art. 30, comma 26, della Legge 23 luglio 2009, n. 99, recante «Disposizioni per lo sviluppo e l'internazionalizzazione delle imprese, nonché in materia di energia», e dall'art. 15 del Decreto Legge 25 settembre 2009, n. 135, recante «Disposizioni urgenti per l'attuazione di obblighi comunitari e per*

---

<sup>91</sup> La richiesta di referendum popolare abrogativo fu ammessa e la Corte Costituzionale, nell'esprimersi affermò: *"Oggetto dell'abrogazione ... è, infatti, l'intero art. 23 bis del Decreto-Legge n. 112 del 2008"* (cfr. ALESSANDRO BONANNI, *"La disciplina dei servizi pubblici locali dell'art. 23-bis D.L.112/2008"*). Ciò a conferma del fatto che dietro al quesito proposto in merito al servizio idrico, era celata la reale richiesta di abrogazione della normativa dei servizi pubblici locali.

<sup>92</sup> Un'azienda pubblica che selezioni con gara un'azienda privata a cui cedere almeno il 40 per cento della società.

*l'esecuzione di sentenze della corte di giustizia della Comunità europea», convertito, con modificazioni, dalla Legge 20 novembre 2009, n. 166, nel testo risultante a seguito della sentenza n. 325 del 2010 della Corte Costituzionale?».*

Il quesito proponeva di abrogare la normativa che consentiva di affidare la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica a soggetti privati esclusivamente con gara ad evidenza pubblica o a società di diritto pubblico con partecipazione azionaria di privati, e che permetteva l'affidamento diretto solo in presenza di situazioni del tutto eccezionali, che comportavano un poco efficace ed utile ricorso al mercato.

L'esito favorevole dell'interrogativo posto, portò all'abrogazione della disciplina considerata e ciò causò una "retrocessione" della normativa sui servizi pubblici locali.

L'abrogazione dell'articolo 23 bis, non comportò la reviviscenza delle norme che lo stesso articolo aveva sostituito, ma, portò invece all'applicazione diretta nell'ordinamento italiano della normativa comunitaria concernente le regole concorrenziali minime per l'affidamento della gestione dei servizi pubblici locali; normativa, quella comunitaria, indubbiamente meno restrittiva di quella contenuta nell'abrogato art. 23 bis.

### **3.3 Le conseguenze del referendum**

Il risultato del referendum favorevole all'abrogazione dell'articolo 23 bis, provocò una serie di conseguenze non riducibili alla sola applicazione diretta delle disposizioni comunitarie in materia.

Innanzitutto, l'abrogazione non riguardò solamente la normativa sulle modalità di affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, ma implicò anche l'abrogazione del D.P.R. 168/2010 – *“Regolamento in materia di servizi pubblici locali*

*di rilevanza economica*". Inizialmente il dubbio fu se si potessero considerare abrogate tutte le disposizioni attuative del D.P.R., o solo quelle di puntuale attuazione dell'articolo abrogato.

In realtà, l'abrogazione dell'articolo 23 bis portò all'abolizione integrale del D.P.R. 168/2010.

All'indomani dell'esito referendario era evidente come fosse presente un grande vuoto legislativo in materia; l'abrogazione della norma portò ad una situazione di incertezza sulla sorte dei servizi pubblici locali di rilevanza economica. Le amministrazioni locali si ritrovarono così "smarrite", in attesa che fossero dettate nuove condizioni sull'affidamento dei servizi pubblici.

Le uniche indicazioni sulle quali potevano temporaneamente fare affidamento, erano deducibili dalle considerazioni della Corte Costituzionale, espresse nella pronuncia n. 24 del 26 gennaio 2011, sentenza con cui disponeva l'ammissibilità del referendum.

Nella suddetta pronuncia, la Corte, ipotizzando una eventuale vittoria del "sì", aveva dato indicazione che all'abrogazione della normativa in esame sarebbe conseguita *"l'applicazione immediata nell'ordinamento italiano della normativa comunitaria (come si è visto, meno restrittiva rispetto a quella oggetto di referendum) relativa alle regole concorrenziali minime in tema di gara ad evidenza pubblica per l'affidamento della gestione di servizi pubblici di rilevanza economica"*.

Già come precedentemente affermato quindi, l'unica certezza in quel momento era che sarebbe stato momentaneamente applicato il diritto comunitario per regolare tutte quelle situazioni che stavano subendo un vuoto normativo nazionale.

I principi comunitari permettevano pertanto agli enti di procedere all'affidamento dei servizi pubblici a rilevanza economica: (i) tramite gara pubblica a imprenditori privati; (ii) direttamente a società miste pubblico-private, con socio privato scelto tramite gara pubblica (PPP); (iii) direttamente a società in house.

Le società in house si presentarono nuovamente protagoniste dello scenario post referendum, perdendo quell'indole di "eccezionalità" conferitogli dall'art. 23 bis, e tornarono ad essere una modalità di affidamento dei servizi pubblici come disciplinata dalla Comunità Europea.

Nonostante ciò, però, le amministrazioni pubbliche ricorrenti all'affidamento diretto "in house" avrebbero dovuto innanzitutto assicurarsi che le società fossero effettivamente in possesso dei requisiti tipicizzanti il fenomeno, e successivamente avrebbero comunque dovuto giustificare le motivazioni sulla scelta di sottrarre un servizio al sistema ordinario concorrenziale.

Un'ulteriore conseguenza del vuoto normativo lasciato dall'esito del referendum, fu quella di far tornare le discipline di settore prevalenti rispetto alla disciplina generale<sup>93</sup>.

Al fine di regolamentare nuovamente la materia, nell'agosto del 2011 il legislatore emanò un nuovo Decreto Legge - 13 agosto 2011, n. 138, convertito, con modificazioni, dalla Legge 14 settembre 2011, n. 148 – recante "*Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo*", il cui articolo 4 affrontava l' "*adeguamento*

---

<sup>93</sup> L'abrogato articolo 23 bis, norma di carattere generale, prevaleva sulle discipline di settore con essa incompatibili secondo quanto disposto dal legislatore al comma 1, secondo periodo. Eliminata questa considerazione, le normative speciali sui servizi pubblici locali relativi ad ogni settore tornarono ad essere la disciplina da seguire.

*della disciplina dei servizi pubblici locali al referendum popolare e alla normativa dall'Unione europea".<sup>94</sup>*

#### **4. Articolo 4 D.Lg. 138/2011 e la dichiarazione di illegittimità costituzionale**

Il campo di applicazione della nuova normativa era, in generale, il settore dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, con prevalenza sulle relative discipline di settore incompatibili. Accanto alla portata generale della norma, si prevedeva l'esclusione dell'applicazione della stessa, al servizio idrico integrato per rispettare l'esito della consultazione referendaria<sup>95</sup>.

In questa ultima disciplina, diversamente dalla precedente, il legislatore prestò molta più attenzione a seguire una progressiva apertura delle proprie visioni, abbandonando quell'atteggiamento di assillante tutela della concorrenza.

Le disposizioni dell'articolo 4, composto da 35 commi, riproponevano molte delle indicazioni precedentemente contenute nell'articolo 23 bis del D.lg. 112/2008 e nel relativo regolamento di attuazione 168/2010.

In particolare, al comma 1 era previsto che gli enti locali *“nel rispetto dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi”* si adoperassero per verificare la realizzabilità della gestione tramite le ordinarie procedure concorrenziali, limitando l'affidamento diretto a tutti quei casi in cui, *“in base ad una analisi di mercato,*

---

<sup>94</sup> Il testo dell'articolo 4 è stato modificato nel tempo varie volte: dalla Legge 12 novembre 2011 n. 183, c.d. *“Legge di stabilità 2012”*; dalla Legge 24 marzo 2012 n. 27, di conversione del Decreto Legge 24 gennaio 2012; dal D.Lg. 83/2012.

<sup>95</sup> Anche altri servizi furono dichiarati esenti dalla normativa e disciplinati da direttive di settore: il servizio di distribuzione di gas naturale, il servizio di distribuzione di energia elettrica, e il servizio di trasporto ferroviario regionale.

*la libera iniziativa economica privata” non fosse emersa “idonea a garantire un servizio rispondente ai bisogni della comunità”.*

Nei seguenti commi 2 e 3 era precisato che, l'ente pubblico ricorrente all'affidamento diretto secondo il precedente comma 1, dovesse disporre una delibera quadro motivando l'analisi e illustrando le ragioni a sostegno della decisione presa; alla delibera doveva poi essere data adeguata pubblicità.

È evidente come le disposizioni fornite da questi commi non fossero poi così diverse da quelle contenute nell'abrogato articolo 23 bis.

Anche relativamente ai modelli di affidamento, nulla era cambiato rispetto alla normativa precedente. Nel dettaglio, erano ammesse come modalità di affidamento: (i) l'affidamento a società in qualsiasi forma costituite a mezzo di procedura ad evidenza pubblica nel rispetto dei principi comunitari e nazionali in materia di contratti pubblici, (ii) l'affidamento a società miste pubblico-private di cui il socio privato detiene almeno il 40 per cento del capitale, (iii) l'affidamento diretto a società “in house” istituite rispettando i requisiti comunitari e i cui servizi risultano di importo pari od inferiore ad euro 900.000,00.

Quest'ultima era l'unica novità introdotta da questa normativa rispetto alla previgente; il comma 13 dichiarava: *“se il valore economico del servizio oggetto dell'affidamento è pari o inferiore alla somma complessiva di 900.000 euro annui, l'affidamento può avvenire a favore di società a capitale interamente pubblico che abbia i requisiti richiesti dall'ordinamento europeo per la gestione cosiddetta “in house””.*

Un altro cambiamento - se possibile chiamarlo tale - rispetto all'articolo 23 bis, era la soppressione delle definizioni di affidamento “ordinario” e “in deroga” riferite agli

affidamenti tramite gara e diretti. L'articolo 4 non definiva in nessun modo la tipologia di affidamento, l'unica modalità per differenziarle era rilevabile sulla base dei requisiti posseduti dall'azienda e dal valore economico del servizio.

Una seconda sostanziale differenza dell'articolo 4 con la normativa precedente riguardava il rapporto tra normativa generale e settoriale. Mentre nell'articolo 23 bis era espressamente previsto che la materia generale sui servizi pubblici locali di rilevanza economica prevalesse su quella specifica di settore con essa incompatibile, nell'articolo 4 questa disposizione non era più presente. Ciò significava una ripresa di potere delle normative di settore non abrogate, che prevalevano quindi sulla normativa generale dell'articolo 4.

Tutte le altre disposizioni, in materia "in house", dell'articolo analizzato, richiamavano quelle già viste nell'articolo previgente; ancora una volta era richiesto che le affidatarie dirette fossero sottoposte al patto di stabilità interno, e che dovessero applicare, per l'acquisto di beni e servizi determinate disposizioni del codice dei contratti pubblici.

La reiterazione delle disposizioni della precedente norma abrogata per via referendaria portarono, ancora una volta, alla dubbia legittimità costituzionale della normativa in materia di servizi pubblici locali, e all'intervento della Corte Costituzionale.

Richiamando la sentenza 22 ottobre 1990, n. 468, era possibile ricordare che *"a differenza del legislatore che può correggere o addirittura disvolere quanto ha in precedenza statuito, il referendum manifesta una volontà definitiva e irripetibile"* grazie alla *"peculiare natura del referendum quale atto-fonte dell'ordinamento"*. Viste le



previsioni appena esposte, era naturale conseguenza quella di porre in dubbio i contenuti dell'articolo 4<sup>96</sup>.

La normativa in sé, pur non trattandosi di una applicazione retroattiva dell'articolo 23 bis, riproponeva i fondamenti di quest'ultimo.

La Corte Costituzionale con sentenza 199/2012, del 23 luglio 2012, dichiarò l'illegittimità dell'art. 4 del D.Lg. 138/2011; a parere della Corte, quest'ultima normativa infrangeva il divieto deducibile dall'art. 75 della Costituzione di reintegrazione della normativa abrogata dalla volontà popolare con il referendum del 12 e 13 giugno 2011<sup>97</sup>.

La Corte, a giustificazione della dichiarata incostituzionalità, citò le limitazioni agli affidamenti in house praticate dalla normativa – nonostante quanto prescritto da quella comunitaria – che riproducevano le abrogate disposizioni dell'articolo 23 bis e quelle del relativo regolamento attuativo 168/2010.

Malgrado la decisione del legislatore di escludere il servizio idrico dall'applicazione della disposizione qui contestata, l'analogia con quelle sottoposte a consulta referendaria erano evidenti.

La sentenza 199/2012 sottolineava che la decisione abrogativa dettata dal referendum si rivolgeva a tutti i servizi pubblici locali di rilevanza economica ai quali era rivolto l'art. 23 bis; pertanto l'esonero del servizio idrico integrato dalla nuova regolamentazione dei

---

<sup>96</sup> Vi furono nel tempo altre sentenze che confermarono questa linea di pensiero; la sentenza n. 32/1993, affermava per la prima volta *“il divieto di formale o sostanziale ripristino della normativa abrogata dalla volontà popolare”*, e la sentenza n. 33/1993, con richiamo alla sentenza n. 468/1990, sancì il *“divieto di far rivivere la normativa abrogata”*. Cfr. ELISABETTA CIVETTA, *“Legge di stabilità finanziaria 2012. Legge 12 novembre 2011. Guida all'applicazione della manovra finanziaria negli enti locali”*.

<sup>97</sup> La Corte Costituzionale sulla base dei ricorsi proposti da sei regioni italiane (Marche, Puglia, Umbria, Emilia-Romagna, Sardegna, Lazio) cancellava definitivamente dall'ordinamento giuridico le disposizioni dell'articolo 4 D.L. 138/2011.

servizi pubblici locali non era sufficiente per poter dichiarare ammissibile una disciplina già eliminata per volontà popolare.

Ancora una volta, si creava un vuoto normativo colmabile temporaneamente solo con le disposizioni comunitarie in materia di affidamento dei servizi pubblici locali a rilevanza economica. Ed ancora una volta veniva eliminato quel passo apparentemente decisivo di un processo di definizione della normativa italiana dei servizi pubblici locali<sup>98</sup>.

La sentenza della comunità europea fu emessa contemporaneamente all'entrata in vigore di un nuovo decreto che, ancora una volta, conteneva disposizioni relative agli affidamenti in house, ad integrazione dell'articolo 4: il D.Lg. 95/2012.

Il D.Lg. n. 95, del 6 luglio 2012, detto decreto "Spending Review", anticipò di poco la sentenza della Corte Costituzionale; il legislatore italiano con questo decreto andava a modificare ulteriormente le condizioni sugli affidamenti diretti, diminuendo il limite economico al di sotto del quale era possibile praticarli<sup>99</sup>. Il problema che sorgeva in quel momento era quello di dover convertire un decreto legge contenente disposizioni che nel frattempo erano state dichiarate non ammissibili.

---

<sup>98</sup> *"L'abrogazione della norma ha evidentemente efficacia solo per il futuro, nel rispetto del principio generale del tempus regit actum. Pertanto, laddove le previsioni dell'art. 4 del D.lg. 138/2011 abbiano già trovato applicazione esse non sono poste in discussione dall'abrogazione successiva; gli affidamenti in corso continuano fino alla scadenza naturale, secondo le regole vigenti al momento dell'affidamento. Solamente un intervento ad hoc del legislatore, nell'ambito di un ulteriore e necessario intervento legislativo, potrebbe produrre cessazioni anticipate rispetto alla scadenza naturale".* Valentina Lepore, "La normativa sui servizi pubblici locali dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 199 del 2012". [www.amministrazioneincammino.luiss.it](http://www.amministrazioneincammino.luiss.it)

<sup>99</sup> Articolo 4, comma 8, D.Lg. 6 luglio 2012, n. 95: *"A decorrere dal 1° gennaio 2014 l'affidamento diretto può avvenire solo a favore di società a capitale interamente pubblico, nel rispetto dei requisiti richiesti dalla normativa e dalla giurisprudenza comunitaria per la gestione in house e a condizione che il valore economico del servizio o dei beni oggetto dell'affidamento sia complessivamente pari o inferiore a 200.000 euro annui. Sono fatti salvi gli affidamenti in essere fino alla scadenza naturale e comunque fino al 31 dicembre 2013."*

Nonostante quanto disposto a livello comunitario, la conversione del Decreto Legge, nella Legge 7 agosto 2012, n. 135, nulla modificò relativamente all'articolo 4, comma 8, in materia di affidamenti diretti.

Era necessario un nuovo intervento legislativo tempestivo in materia di servizi pubblici locali, al fine di evitare ulteriori richiami e dichiarazioni di illegittimità, e, soprattutto, per rispettare la volontà referendaria espressa.

Nel frattempo, l'unica sicurezza continuava ad essere l'applicazione della disciplina minima a favore della concorrenza derivante dal diritto comunitario. In primo luogo l'affidamento tramite procedura ad evidenza pubblica; in alternativa l'affidamento diretto a società mista pubblico-privata con socio privato scelto tramite gara; e, infine, l'in house come ipotesi eccezionale di affidamento, consentito solo al verificarsi dei requisiti individuati dalla giurisprudenza: totale partecipazione pubblica, controllo analogo e attività prevalente a favore dell'ente pubblico controllante.

Un articolo - illeso dalla dichiarazione di illegittimità costituzionale - e rilevante al fine di disciplinare la materia in questo periodo di stallo, era l'articolo 3 del D.lg. n. 138/2011.

L'articolo 3 del D.Lg. 138/2011, convertito con modificazioni dalla Legge 148/2011, tutelava la concorrenza del mercato e la libera iniziativa economica; disponeva che Comuni, Province, Regioni e Stato applicassero, entro un anno dal dettato, tutti gli ordinamenti a favore della libertà all'attività economica privata, permettendo tutto ciò non espressamente vietato dalla legge<sup>100</sup>. Tale norma disponeva un "*principio*

---

<sup>100</sup> Comma 1, articolo 3, D.Lg. 138/2011: "*Comuni, Province, Regioni e Stato, entro un anno dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, adeguano i rispettivi ordinamenti al principio secondo cui l'iniziativa e l'attività economica privata sono libere ed è permesso tutto ciò che non*

*fondamentale per lo sviluppo economico” e attuava “la piena tutela della concorrenza tra le imprese”.*

Nonostante l’articolo non esponesse una precisa disciplina per il settore dei servizi pubblici locali, l’intento del legislatore era evitare che una qualsiasi norma statale o regionale potesse limitare l’iniziativa economica privata<sup>101</sup>.

L’obiettivo del legislatore poteva anche essere desunto dal comma 8 che disponeva: *“le restrizioni in materia di accesso ed esercizio delle attività economiche previste dall’ordinamento vigente sono abrogate quattro mesi dopo l’entrata in vigore del presente decreto, fermo in ogni caso quanto previsto al comma 1 del presente articolo.”*

In definitiva un ente locale, intenzionato ad organizzare ed affidare un servizio pubblico locale, doveva rispettare quanto stabilito dall’articolo 3, D.lg. 138/2011, nonostante nulla si sapesse ancora sul destino della disciplina specifica in materia.

---

*è espressamente vietato dalla legge nei soli casi di: a) vincoli derivanti dall’ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali; b) contrasto con i principi fondamentali della Costituzione; c) danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana e contrasto con l’utilità sociale; d) disposizioni indispensabili per la protezione della salute umana, la conservazione delle specie animali e vegetali, dell’ambiente, del paesaggio e del patrimonio culturale; e) disposizioni relative alle attività di raccolta di giochi pubblici ovvero che comunque comportano effetti sulla finanza pubblica”.*

<sup>101</sup> La Corte Costituzionale fu interrogata in merito alla legittimità costituzionale dell’articolo 3 da varie regioni italiane che contestavano la capacità di una legge statale ordinaria di limitare la potestà legislativa autonoma garantita dall’ex art. 117 della Costituzione.

Un altro aspetto contestato era l’obbligo delle Regioni e degli enti locali *“di dover adeguare i propri ordinamenti al principio secondo cui l’iniziativa e l’attività economica private sono libere ed è permesso tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge, e apponendo un elenco tassativo di ipotesi in cui il legislatore, statale o regionale, può espressamente limitare l’esercizio dell’attività economica”.*

Inoltre, secondo una delle regioni ricorrenti, la legislazione impugnata *“non sarebbe conferente la qualificazione dell’intervento normativo quale strumento di “tutela della concorrenza”, ai sensi dell’art. 117, secondo comma, lettera e). Infatti, anche alla luce della giurisprudenza costituzionale, un intervento normativo regionale, che limitasse l’iniziativa economica privata per ragioni non coincidenti con quelle indicate dalla norma impugnata, efficaci erga omnes e fondate su presupposti ragionevoli, non confliggerebbe con la libera concorrenza, purché non privilegi alcun operatore economico, né alteri la competizione tra essi. La disposizione impugnata, dunque, introdurrebbe costrizioni al legislatore regionale non giustificate sulla base delle esigenze della tutela della concorrenza.”*

La Corte, rispose a queste contestazioni con la sentenza n. 200 del 20 luglio 2012 e dichiarò inammissibili o non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell’articolo 3 (eccetto il comma 3 di cui la Corte dichiarò l’illegittimità costituzionale).

## **5. La nuova disciplina in materia di servizi pubblici locali**

La nuova disciplina in materia di servizi pubblici locali, successiva all'abrogazione integrale dell'articolo 4 D.Lg. 138/2011, fu introdotta dal D.Lg. 179 del 18 ottobre 2012, convertito, con modificazioni, in Legge 221/2012.

L'intera materia dei servizi pubblici locali era contenuta dal comma 20 al comma 27, dell'articolo 34 *“Misure urgenti per le attività produttive, le infrastrutture e i trasporti locali, la valorizzazione dei beni culturali ed i comuni”*.

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

In questo modo, molto cautamente, il legislatore italiano cercò di riprendere a regolamentare una materia soggetta ad un enorme lacuna legislativa; il tentativo era quello di dare una nuova forma alla disciplina, considerando le esigenze principali di rispetto della disciplina europea e di rispetto della concorrenza del mercato.

Era inoltre precisato: *“gli affidamenti in essere alla data di entrata in vigore del presente decreto non conformi ai requisiti previsti dalla normativa europea devono essere adeguati entro il termine del 31 dicembre 2013 pubblicando, entro la stessa data, la relazione prevista al comma 20. Per gli affidamenti in cui non è prevista una data di*

*scadenza gli enti competenti provvedono contestualmente ad inserire nel contratto di servizio o negli altri atti che regolano il rapporto un termine di scadenza dell'affidamento. Il mancato adempimento degli obblighi previsti nel presente comma determina la cessazione dell'affidamento alla data del 31 dicembre 2013.”<sup>102</sup>*

Era quindi previsto un termine perentorio entro al quale tutti gli enti locali, nella gestione dei servizi pubblici, si sarebbero dovuti uniformare al rispetto degli obblighi imposti.

Le disposizioni dell'articolo 34 furono successivamente modificate dal c.d. “*Decreto Milleproroghe*”.<sup>103</sup>

In particolare, visti i numerosi affidamenti non conformi e non soggetti ad adeguamento, il Decreto Milleproroghe ha provveduto a derogare i termini previsti dall'art. 34, al fine di evitarne la cessazione; il termine inizialmente annunciato del 31.12.2013, era sostituito con il 31.12.2014.

Di fatto, il nuova ordine consentiva - tramite una deroga e non una proroga - lo slittamento al 2014 della cessazione di tutti gli affidamenti non conformi.

La perplessità nata dopo la modifica apportata dal decreto 150/2013, riguardavano il termine entro cui presentare la relazione richiesta al comma 20; il decreto, con la propria deroga, non dava indicazione se fosse previsto anche lo slittamento del termine fissato per la pubblicazione della relazione richiesta agli enti pubblici, dopo aver provveduto, qualora non l'avessero già fatto, ad adeguare gli affidamenti non conformi.

---

<sup>102</sup> Comma 21, articolo 34, D.Lg. 179/2012.

<sup>103</sup> Decreto Legge 30 dicembre 2013, n. 150.

A tale perplessità il legislatore diede risposta in sede di conversione del decreto, con lo scopo, ancora una volta, di “salvare” dalla cessazione tutti gli affidamenti non conformi.

La Legge di conversione 15/2014 con l’articolo 1, comma 3, portò ulteriori modifiche all’articolo 13, comma 1, del D.Lg. 150/2013, al fine di chiarire le perplessità precedentemente sorte e dare definizione alle disposizioni inizialmente formulate.

In base alla nuova formulazione dell’art. 13 sembrava possibile ritenere che beneficiassero dello slittamento al 2014 tutti gli adempimenti richiesti dall’art. 34, comma 21, per i casi di affidamento non conformi, ma alla condizione strettamente necessaria che le procedure di affidamento dei servizi fossero già state avviate; inoltre, chiarì che, gli enti affidanti dovevano necessariamente provvedere all’aggiornamento degli affidamenti non conformi, pubblicando la relazione di cui all’art. 34, comma 21, entro il nuovo termine del 31.12.2014.

Un’aggiuntiva modifica all’articolo 34 del D.Lg. 179/2012 fu apportata dall’art. 13, comma 25 bis, del Decreto Legge n. 145, del 23 dicembre 2013, convertito, con modificazioni, dalla Legge n. 9, del 21 febbraio 2014.

Si trattava di una precisazione relativa alla relazione richiesta ai commi 20 e 21 dell’articolo 34: *“gli enti locali sono tenuti ad inviare le relazioni di cui all’articolo 34, commi 20 e 21, del Decreto Legge 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221, all’Osservatorio per i servizi pubblici locali, istituito presso il Ministero dello sviluppo economico nell’ambito delle risorse umane, strumentali e finanziarie già disponibili a legislazione vigente e comunque senza maggiori oneri per la finanza pubblica, che provvederà a pubblicarle nel proprio portale*

*telematico contenente dati concernenti l'applicazione della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica sul territorio.”*

La situazione che si presentava, dopo diversi cambi di rotta della normativa nazionale, era di un legislatore molto più prudente e accorto a disciplinare questa delicata e alquanto difficile materia.

Diversamente da quanto fatto in precedenza, il legislatore in queste ultime disposizioni, non si precipitò a richiamare la normativa comunitaria o a porre limitazioni pericolose e ingiustificate agli affidamenti, consapevole che avrebbero solamente rimesso in discussione la disciplina in materia dei servizi pubblici locali.



## Capitolo V

### L'In house providing dal 2014 ad oggi

SOMMARIO: 1. Le nuove Direttive dell'Unione Europea - 1.1 Il modello “classico” di in house providing - 1.2 In house “bidirezionale” o “verticale capovolto” - 1.3 L'In house “frazionato” o “pluripartecipato” – 1.4 L'In house “orizzontale” – 2. Le conseguenze delle Direttive - 3. Il recepimento delle Direttive in Italia – 3.1 Il “*Codice dei contratti pubblici*”: D.lgs. 50/2016

In questo ultimo capitolo tratteremo l'evoluzione della normativa negli ultimi anni. I più recenti sviluppi in materia sono cominciati dall'introduzione nel 2014 delle Direttive dell'Unione Europea.

Il 26 febbraio 2014 il Parlamento Europeo e il Consiglio, hanno formulato le nuove Direttive sugli appalti pubblici, pubblicati in Gazzetta Ufficiale il 28 marzo 2014<sup>104</sup>.

Si tratta delle Direttive 2014/24/UE<sup>105</sup> nei settori ordinari, 2014/25/UE<sup>106</sup> sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali (i cd. settori speciali) e 2014/23/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione.

Il fenomeno “In house providing”, in realtà non viene mai espressamente richiamato nelle Direttive dell'Unione Europea; ad esso si fa implicitamente riferimento regolando

---

<sup>104</sup> Dal ventesimo giorno successivo alla pubblicazione in Gazzetta Ufficiale, la normativa entrava ufficialmente in vigore e gli Stati membri dovevano uniformarsi ad essa.

<sup>105</sup> Direttiva emanata in sostituzione della precedente 2004/18/CE

<sup>106</sup> Direttiva emanata in sostituzione della precedente 2004/17/CE

gli appalti e le concessioni tra enti nell'ambito del settore pubblico - o gli appalti tra amministrazioni aggiudicatrici (per i settori speciali) aggiudicati a una "*persona giuridica di diritto pubblico o di diritto privato*"<sup>107</sup> - escludendoli espressamente dall'applicazione delle direttive stesse.

Una particolarità di queste Direttive su cui porre l'attenzione, è il parziale mutamento praticato all'istituto "in house", nella stesura dell'articolo ad esso riferito.

L'istituto, anche se non esplicitamente nominato, viene inserito in un testo normativo nel medesimo modo in cui era stato manifestato nelle varie sentenze dal giudice comunitario, ma, a differenza di quanto nel tempo la giurisprudenza aveva espresso in merito, sono stati apportati svariati cambiamenti.

La normativa che ritroviamo nelle Direttive, può essere considerata un "buon compromesso" tra quanto la giurisprudenza aveva dettato, e quanto invece invocavano alcuni stati membri.

La Commissione Europea, cercò di tenere un approccio più cauto e rigoroso, ed era propensa a riprodurre fedelmente nella Direttiva i principali orientamenti della Corte di Giustizia al fine di eliminare le incertezze applicative che differenziavano nei vari Paesi le modalità di impiego dell'istituto.

Alcuni Stati membri, al contrario, "spingevano" il legislatore comunitario a tenere un approccio più aperto ed innovativo, anche se si discostava dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia; ritenevano che la scelta di un quadro normativo innovativo fosse l'unica occasione per superare i rigidi vincoli imposti dalla giurisprudenza stessa.

---

<sup>107</sup> Cfr. CARMINE VOLPE, L'affidamento in house di servizi pubblici locali e strumentali: origine ed evoluzione più recente dell'istituto alla luce della normativa e della giurisprudenza europea e nazionale. [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)

## 1. Le nuove Direttive dell'Unione Europea

La normativa in materia di “in house providing”, è stata riportata in tutte le Direttive del “*pacchetto appalti/concessioni*”<sup>108</sup> del 2014.

Lo stesso testo normativo è stato riprodotto nell'articolo 12 della Direttiva 2014/24/UE sugli appalti ordinari, nell'art. 28 della Direttiva 2014/25/UE sugli appalti nei settori speciali e nell'art. 17 della Direttiva 2014/23/UE sulle concessioni.

L'analisi delle disposizioni contenute nell'art. 12 della Direttiva 2014/24/UE, può essere quindi assunta come modello anche per l'“in house” nell'ambito delle concessioni e dei settori speciali, vista l'uguaglianza dei testi normativi specifici.

Una precisazione doverosa, riguarda l'argomento trattato dall'articolo 12. Come prima accennato, quest'ultimo, non tratta in modo esclusivo del fenomeno “in house providing” - come ci si potrebbe invece aspettare - ma tratta di tutti i casi di c.d. “*cooperazione pubblico-pubblico*”, sia verticale, sia orizzontale.

Sono regolamentati, quindi, tutti i c.d. “*modelli in deroga*” all'evidenza pubblica; l'amministrazione aggiudicatrice può decidere di non esternalizzare il lavoro, servizio o fornitura, ma di affidarlo ad una sua “in house”, oppure può decidere di svolgerlo in cooperazione con un'altra amministrazione aggiudicatrice per soli interessi pubblici e senza alcun corrispettivo (cooperazione pubblico-pubblico orizzontale).<sup>109</sup>

---

<sup>108</sup> CLAUDIO CONTESSA, “L'in house providing quindici anni dopo: cosa cambia con le nuove direttive”.

<sup>109</sup> Cfr. SERGIO FOÀ e DAVIDE GRECO, “L'in house providing nelle direttive appalti 2014: norme incondizionate e limiti dell'interpretazione conforme”. [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)

## 1.1 Il modello “classico” di in house providing

L'articolo 12 “*Appalti pubblici tra enti nell'ambito del settore pubblico*”, introduce il carattere esclusivo dell'In house providing, esponendo le condizioni necessarie per escludere l'applicazione della Direttiva stessa; infatti, l'articolo all'interno della Direttiva è posizionato nella Sezione 3, denominata “*Esclusioni*”.

Ai sensi del paragrafo 1: “*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;<sup>110</sup> 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; 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.*”

---

<sup>110</sup> Al fine di soddisfare il requisito del controllo analogo è necessario che l'amministrazione aggiudicatrice eserciti sul soggetto giuridico un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative del soggetto stesso. Cfr. Articolo 12, comma 1, Direttiva 2014/24/UE.

L'affidamento di cui si parla può essere definito come “*in house classico*”<sup>111</sup>, o anche, “*in house verticale*”<sup>112</sup> in quanto contempla un rapporto tra una amministrazione aggiudicatrice e un soggetto giuridico di diritto pubblico o privato sottostante.

Le condizioni qui esposte, che legittimano l'applicabilità dell'affidamento in house, e che permettono quindi – di contro – l'inapplicabilità della direttiva, sono risultate essere più severe di quelle elaborate dalla giurisprudenza fin dalla nascita di questo fenomeno. Si tratta, come è evidente, di disposizioni ricalcanti lo schema dei c.d. “*requisiti Teckal*”<sup>113</sup>, ma con l'introduzione di rilevanti novità.

Il primo dei “*requisiti Teckal*” richiamato al fine di poter configurare questo modello derogatorio, è quello del controllo analogo.

Per essere definito tale, il controllo che l'amministrazione aggiudicatrice esercita sul soggetto giuridico coinvolto deve corrispondere allo stesso controllo esercitato sui propri servizi, e ciò significa che l'amministrazione esercita “*un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della persona giuridica controllata*”<sup>114</sup>. Nulla di nuovo rispetto quanto già ampiamente affermato dalla giurisprudenza negli anni.

---

<sup>111</sup> Cfr. CLAUDIO CONTESSA, “*L'in house providing quindici anni dopo: cosa cambia con le nuove direttive*”

<sup>112</sup> Cfr. CARMINE VOLPE, “*L'affidamento “in house”: situazione attuale e proposte per una disciplina specifica*”. [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)

<sup>113</sup> Sono i c.d. Requisiti originari del fenomeno, esplicitati per la prima volta nella ormai storica sentenza “*Teckal*” del 1999.

<sup>114</sup> Questa affermazione porta a concludere un dibattito che per anni ha interessato il requisito del controllo analogo. Il diverbio sorgeva sul dubbio se il controllo analogo dovesse essere inteso come controllo di tipo strutturale o controllo sull'attività. In realtà, la giurisprudenza era già arrivata a dare una risposta in merito, richiedendo la sussistenza di entrambe le tipologie di controllo. Il legislatore europeo con questa disposizione, conferma la linea assunta dalla giurisprudenza e solleva qualsiasi dubbio.

La prima novità introdotta relativamente a questo requisito, è la previsione che *“tale controllo può anche essere esercitato da una persona giuridica diversa, a sua volta controllata allo stesso modo dall’amministrazione aggiudicatrice”*.

Si tratta del c.d. *“in house a cascata”*<sup>115</sup> in cui una amministrazione aggiudicatrice (I), esercita un controllo analogo su un’altra amministrazione aggiudicatrice (II), e quest’ultima esercita un controllo analogo sul soggetto *“in house”*; questa situazione permette che la prima amministrazione aggiudicatrice (I) faccia ricorso ad un affidamento diretto nei confronti del soggetto *“in house”*, nonostante non sussista formalmente una relazione diretta tra le due entità.

Si tratta di una indubbia innovazione da parte del legislatore visto che mai, fino a quel momento, la giurisprudenza aveva reso possibile una simile previsione.

La seconda novità introdotta dalla Direttiva in merito al requisito del controllo analogo, è una eccezione alla ormai consolidata previsione che nella persona giuridica controllata non vi sia *“alcuna partecipazione diretta di capitali privati”*. Viene infatti ammessa la partecipazione di capitali privati, nel soggetto giuridico controllato, a condizione che questi non prevedano un controllo o un potere di veto, e che non esercitino una influenza dominante sul soggetto stesso<sup>116</sup>, decretando di fatto una omogeneità tra presenza di privati senza potere e divieto della presenza dei privati. Si tratta di una evidente apertura rispetto al passato che ha sollevato non pochi dubbi sulle reali intenzioni

---

<sup>115</sup> Cfr. SERGIO FOÀ e DAVIDE GRECO, *“L’in house providing nelle direttive appalti 2014: norme incondizionate e limiti dell’interpretazione conforme”*. [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)

<sup>116</sup> È tassativamente richiesto anche che le forme di partecipazione privata siano prescritte dalle disposizioni legislative nazionali e che siano conformi ai Trattati.

del legislatore, il quale si è chiaramente “spinto” a questa apertura per le rilevanti pressioni derivanti da alcuni Stati membri.<sup>117</sup>

Continuando con l’analisi del secondo requisito, quello dell’attività prevalente, l’innovazione introdotta è un limite quantitativo per poterne agevolare la definizione; il requisito si verifica quando oltre l’80% dell’attività del soggetto controllato, è svolta a favore dell’ente controllante.<sup>118</sup>

Ancora una volta si può notare una “spinta” all’apertura del legislatore, rispetto alla giurisprudenza già affermata; probabilmente – anche in questo caso – dovuta dalle pressioni derivanti da alcuni Stati membri.

Un’altra nota di apertura è visibile nella previsione della seconda parte della lettera b), paragrafo 1, in cui si afferma che l’attività prevalente del soggetto giuridico è rinvenibile sia “*nello svolgimento dei compiti ad esso affidati dall’amministrazione aggiudicatrice*”

---

<sup>117</sup> In tal senso, cfr. CLAUDIO CONTESSA, “*L’in house providing quindici anni dopo: cosa cambia con le nuove direttive*”, secondo cui gli interrogativi sorti sulla previsione normativa di apertura ai capitali privati nelle società affidatarie dirette di appalti e concessioni, sono stati diversi.

Innanzitutto, ci si è chiesti per quale motivo il legislatore non abbia adottato una indicazione quantitativa anche in riferimento alla quota di capitali privati, superata la quale, l’influenza del soggetto privato può essere considerata determinante.

Ci si è chiesti anche, se il soggetto “in house” introdotto sia da considerarsi una società mista ai sensi del diritto europeo e nazionale. Ed infine, se il soggetto privato qui considerato, debba essere scelto tramite una procedura ad evidenza pubblica secondo le tradizionali procedure concorrenziali.

<sup>118</sup> Il legislatore, con questa formulazione del secondo requisito, porta al superamento di un dibattito - svoltosi anche in ambito nazionale – in cui ci si chiedeva se nel valutare “*la parte più importante dell’attività*”, fosse da considerare l’attività svolta nei confronti dell’ente affidante, oppure l’attività svolta per conto dell’ente. La conformazione finale del testo non lascia dubbi sul fatto che siano da ricomprendere entrambi i profili.

Questa conclusione era peraltro già desumibile dalla sentenza “*Carbotermo*” del 2006, in cui era stato stabilito che “*le attività di un’impresa aggiudicataria da prendere in considerazione sono tutte quelle che quest’ultima realizza nell’ambito di un affidamento effettuato dall’amministrazione aggiudicatrice, indipendentemente dal fatto che il destinatario sia la stessa amministrazione aggiudicatrice o l’utente delle prestazioni.*”

*Non è rilevante sapere chi remunera le prestazioni dell’impresa in questione, potendo trattarsi sia dell’ente controllante sia di terzi utenti di prestazioni fornite in forza di concessioni o di altri rapporti giuridici instaurati dal suddetto ente. Risulta parimenti ininfluenza sapere su quale territorio siano erogate tali prestazioni.*” (Punti 66 e 67 della sentenza)

*controllante*”, sia nello svolgimento di compiti ad esso affidati da “*altre persone giuridiche controllate dall’amministrazione aggiudicatrice di cui trattasi*”.

Si tratta di una sorta di “*meccanismo a cascata*” che permette un accentuato ampliamento dell’applicazione dell’“*in house providing*”.

Per di più, sempre in merito al secondo requisito, il paragrafo 5 precisa che “*per determinare la percentuale delle attività di cui al paragrafo 1, primo comma, [...], 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*”.

Il legislatore ha in questo modo rimosso qualsiasi dubbio potesse sorgere sulle modalità di determinazione del requisito stesso.

Nella sostanza, in ambito di stesura della Direttiva, si è voluto agevolare l’utilizzo dell’istituto nei diversi stati membri; il legislatore comunitario, consapevole di quanto possa essere difficile determinare la “giusta” quantità di attività prevalente, a quale unità di misura fare riferimento, o le condizioni legittimanti la presenza di soggetti privati, ha preferito dare delle indicazioni quantitative e qualitative.

Le specificazioni mirano così ad eliminare eventuali incertezze nell’interpretazione e nell’applicazione dell’In house providing.



## 1.2 In house “bidirezionale” o in house “verticale capovolto”<sup>119</sup>

Un'altra manifestazione insolita del fenomeno, espressamente prevista dall'articolo 12, paragrafo 2, riguarda una sorta di c.d. “In house bidirezionale”. È previsto che si esoneri dall'applicazione della Direttiva, e si applichino le condizioni del paragrafo 1, *“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”*.

Si tratta di una particolare ipotesi di affidamento che non avviene nella direzione tradizionale da amministrazione aggiudicatrice a ente controllato, ma si verifica nella direzione opposta da ente controllato ad amministrazione aggiudicatrice.

Come è evidente non possono in questa forma di “in house providing” sussistere i requisiti del controllo analogo e dell'attività prevalente, che non vengono infatti richiesti. Viene invece prevista, anche in questo caso, una deroga alla partecipazione pubblica totalitaria, con la possibile presenza di partecipazione di privati al capitale dell'amministrazione affidataria; devono però essere rispettate le stesse condizioni già elencate nel caso nell'in house “tradizionale”.<sup>120</sup>

La disposizione di una siffatta possibilità di affidamento diretto sarebbe giustificata dal fatto che, data la natura della controllata quale “appendice” dell'amministrazione

---

<sup>119</sup> CARMINE VOLPE, “L'affidamento in house di servizi pubblici locali e strumentali: origine ed evoluzione più recente dell'istituto alla luce della normativa e della giurisprudenza europea e nazionale” [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)

<sup>120</sup> Paragrafo 2: “[...] 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”.

aggiudicatrice affidataria, si può assumere che ci si trovi comunque in una mera forma di delegazione inter organica, sebbene inversa a quella tradizionale.<sup>121</sup>

### **1.3 L'In house “frazionato” o “pluripartecipato”<sup>122</sup>**

In seguito alla regolamentazione del c.d. “*In house verticale*”, e del c.d. “*In house bidirezionale*”, il legislatore comunitario ha previsto l'ipotesi dell'“*In house pluripartecipato*”.

L' “*in house pluripartecipato*”, previsto al paragrafo 3, consiste nel contratto concluso tra due o più amministrazioni aggiudicatrici.

Nel caso in cui un'amministrazione aggiudicatrice non possieda una partecipazione di maggioranza che le consenta di esercitare un controllo analogo sul soggetto giuridico considerato, può comunque esentarsi dall'applicare la direttiva sugli appalti pubblici ordinari, ma ad una serie di 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*

---

<sup>121</sup> Cfr. SERGIO FOÀ e DAVIDE GRECO, “*L'in house providing nelle direttive appalti 2014: norme incondizionate e limiti dell'interpretazione conforme*”. [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)

<sup>122</sup> CARMINE VOLPE, “*L'affidamento “in house”: situazione attuale e proposte per una disciplina specifica*”. [www-giustizia-amministrativa.it](http://www-giustizia-amministrativa.it)

*dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata*".<sup>123</sup>

Si tratta, in pratica, delle stesse condizioni viste per l'"*in house tradizionale*", ma con la sostanziale differenza che, in questo caso, i requisiti devono essere soddisfatti congiuntamente da tutte le amministrazioni aggiudicatrici coinvolte.

Il legislatore ha poi provveduto a specificare che cosa si intenda per controllo congiunto, ai sensi del paragrafo 1, lettera a). Al fine di possedere questo requisito nell'ambito dell'"*in house frazionato*", è necessario soddisfare alcune 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 controllata non persegue interessi contrari a quelli delle amministrazioni aggiudicatrici controllanti.*"

Questa particolare forma di affidamento che il legislatore ha voluto includere nella Direttiva, non si tratta di certo di un fenomeno nuovo.

Ormai da molti anni, la giurisprudenza della Corte di Giustizia aveva previsto questa forma di affidamento, e l'aveva dichiarata compatibile con l'ordinamento comunitario.<sup>124</sup>

---

<sup>123</sup> Paragrafo 4, articolo 12, Direttiva 2014/24/UE.

<sup>124</sup> Già dalla sentenza "*Teckal*" del 1999 la giurisprudenza sembrava consentire implicitamente la legittimità di questa forma di affidamento; per la sussistenza del secondo requisito, era ammesso che l'organo affidatario realizzasse la parte più importante della propria attività con l'ente "*o con gli enti locali che lo controllano*". Era accettata così (implicitamente) la circostanza che il controllo sull'organo affidatario potesse essere esercitato *in modo congiunto* da più amministrazioni aggiudicatrici. La tendenza assunta dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia fu riconfermata espressamente nella sentenza "*Carbotermo*" del 2006, in cui fu confermato che l'espressione appena richiamata si riferiva "*non*

## 1.4 L'In house "orizzontale"

Il c.d. "*In house orizzontale*" implica la sussistenza di un rapporto triangolare, tra tre soggetti.

Il paragrafo 4 dell'articolo 12 affronta questo particolare rapporto in cui sono coinvolte più amministrazioni aggiudicatrici che "cooperano orizzontalmente"<sup>125</sup> tra di loro.

Un'amministrazione "A" aggiudica un appalto o una concessione ad una amministrazione "B", e sia "A" che "B" sono controllate da una terza amministrazione "C". Non vi è quindi alcuna relazione diretta tra "A" e "B", ma entrambe possiedono una relazione "in house" con il soggetto "C", che controlla entrambe.

Il paragrafo 4 stabilisce che questo "*contratto concluso esclusivamente tra due o più amministrazioni aggiudicatrici non rientra nell'ambito di applicazione della presente direttiva*" sugli appalti pubblici, se sono soddisfatte 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 %<sup>126</sup> delle attività interessate dalla cooperazione*".

---

solo all'ipotesi in cui un solo ente pubblico detenga una siffatta persona giuridica, ma anche a quella in cui la detengano più enti". Questa previsione fu affermata più e più volte nel tempo.

<sup>125</sup> In tal senso, "*La cooperazione orizzontale fra amministrazioni e i partenariati pubblico-pubblico (PPP): in quali casi è possibile evitare la gara*" (Paragrafo 6 di "*L'in house providing quindici anni dopo: cosa cambia con le nuove direttive*", CLAUDIO CONTESSA).

<sup>126</sup> A differenza di quanto stabilito in merito agli affidamenti in house tradizionali - in cui l'attività prevalente, per essere considerata tale, deve raggiungere un limite minimo dell'80% - nell' "*in house orizzontale*" viene indicato un limite massimo di attività (oggetto dell'affidamento) praticabile sul mercato aperto: il 20%. Le modalità per determinare la percentuale di attività oggetto di valutazione, sono le stesse precedentemente viste per l'in house tradizionale.

Il legislatore ha dettato quindi delle condizioni precise affinché si possano derogare le regole della concorrenza, e le condizioni appena esposte devono essere tutte simultaneamente soddisfatte.<sup>127</sup>

## 2. Le conseguenze delle Direttive

La situazione presente dopo l'entrata in vigore delle nuove Direttive dell'Unione Europea, è di sostanziale apertura al possibile utilizzo di vari modelli da parte delle amministrazioni aggiudicatrici nell'espletamento dei propri compiti di interesse pubblico.

I possibili modelli per la realizzazione di appalti e concessioni sono - in questo preciso momento storico - riassumibili in tre grandi categorie: i modelli dell'esternalizzazione, i modelli dell'internalizzazione o autoproduzione, e i modelli di cooperazione con altre amministrazioni.

---

<sup>127</sup> La Corte di Giustizia, nel 2014, fu chiamata ad esprimersi in riferimento al fenomeno dell'in house "orizzontale", inteso come la situazione in cui una amministrazione aggiudicatrice (o più di una) esercita un controllo analogo su due soggetti distinti di cui uno affida un appalto all'altro. All'epoca dei fatti la materia era ancora regolata dalla precedente Direttiva 2004/18/CE.

Ad esprimersi nel merito è stata la Quinta Sezione della Corte di Giustizia nel maggio del 2014, nella causa C-15/13. La controversia verteva sull'affidamento diretto di un appalto di forniture da parte di una Università della Città di Amburgo ad una società tedesca. Nello specifico, l'Università non aveva partecipazioni nella società tedesca e ciò significava che non vi era un rapporto di controllo, ma, entrambe erano controllate dalla Città di Amburgo assieme alla Repubblica federale di Germania e ad altri Länder tedeschi. Il rapporto che si configurava era quindi in linea con le caratteristiche dell'in house "orizzontale". Alla Corte fu richiesto di definire se un tale rapporto poteva sussistere e poteva quindi essere considerato legittimo. La legittimità dell'affidamento in questione fu esclusa dalla Corte per due motivi: il primo era che l'Università non possedeva alcuna partecipazione nella società affidataria e non aveva quindi alcun legale rappresentante negli organi direttivi della stessa; il secondo motivo riguardava la mancanza di reale controllo da parte della Città di Amburgo sull'Università, desumibile dal scarso controllo sulle attività di quest'ultima.

La massima della Corte di Giustizia decretò che il caso in esame non poteva essere considerato legittimo a causa della non configurabilità di un controllo analogo; confermò l'esistenza dell'in house "orizzontale" ma alla condizione che il controllo, per configurarsi analogo, debba essere totale e non limitato solo ad alcune delle attività svolte dal soggetto controllato, come nel caso del rapporto della Città di Amburgo con l'Università.

La categoria relativa ai modelli di esternalizzazione ricomprende al suo interno gli affidamenti tramite procedura ad evidenza pubblica e la forma di “*partenariato pubblico-privato istituzionalizzato (PPPi)*” che consiste nella costituzione di una società mista, con selezione del socio privato mediante gara pubblica.

I modelli dell’internalizzazione o autoproduzione, invece, sono quelli della gestione in economia, e il dell’In house providing classico.

Infine, la terza categoria relativa alla cooperazione tra amministrazione ricomprende il modello di cooperazione verticale (paragrafo 3, articolo 12), e di cooperazione orizzontale (paragrafo 4, articolo 12).

L’introduzione dei mutamenti rispetto a quanto la giurisprudenza aveva dettato fino ad ora, hanno portato a puntualizzare alcuni aspetti.

In particolare, una precisazione doverosa riguarda l’introduzione della possibile partecipazione privata nelle società in house e le differenze rilevabili con le società miste pubblico-private.

In materia di società mista, ormai consolidata è la prassi che l’affidamento avvenga con la c.d. gara a “*doppio oggetto*”, ovvero consista contemporaneamente nella selezione del soggetto privato sia in qualità di socio, sia ai fini dell’attribuzione della gestione dello specifico servizio che dovrà essere svolto dalla società stessa.<sup>128</sup>

---

<sup>128</sup> Le previsioni relative alla società mista pubblico-privata sono state ampiamente confermate sia dalla Commissione Europea, sia dalla Corte di Giustizia.

La Commissione Europea in una Comunicazione interpretativa del 5 febbraio 2008, specificò come fosse possibile costituire un PPPi conforme ai principi del diritto comunitario, selezionando il partner privato tramite gara pubblica - trasparente e concorrenziale – con ad oggetto sia l’affidamento dell’appalto o della concessione, sia la selezione del soggetto stesso.

La Corte di Giustizia, aderì a questa interpretazione nell’ottobre del 2009, nell’ambito di un procedimento C-196/08.

La pubblicazione della nuova Direttiva, oltre all'introduzione di rilevanti aspetti innovativi, ha permesso anche di capire come poter considerare la partecipazione del privato nel caso della società in house, rispetto al caso della società mista.

La situazione generata dalla previsione di poter acconsentire all'affidamento diretto anche qualora vi sia una partecipazione privata nell'affidatario, può essere vista come una sorta di società mista "atipica", in cui - a differenza della società mista "tradizionale" - è necessario l'espletamento di una gara ad evidenza pubblica esclusivamente per la scelta del socio privato con il quale concludere il contratto; ma assolutamente non necessaria ai fini dell'affidamento dell'appalto o della concessione. Non è quindi richiesta, in questo caso, la gara a doppio oggetto.

In questo modo, il legislatore ha permesso di differenziare le due casistiche ed escludere una eventuale assimilazione del soggetto in house con partecipazione privata, alla società mista pubblico-privata.<sup>129</sup>

Un'altra conseguenza sulla quale è interessante porre l'attenzione, è il modo in cui gli Stati membri avrebbero potuto assumere le nuove Direttive nel proprio ordinamento. Il termine ultimo per uniformarsi alla disciplina dell'Unione Europea era stato fissato in data 18 aprile 2016.

La domanda che sorgeva spontanea porsi, dopo l'entrata in vigore del "*pacchetto appalti/concessioni*", era in quale modo gli Stati avrebbero recepito le Direttive - e nello specifico le innovazioni introdotte in materia di In house providing - se con un atteggiamento di chiusura e quindi di limitazione o se con un atteggiamento di espansione. Si tratta della costante lotta, che abbiamo potuto vedere susseguirsi nel tempo, tra

---

<sup>129</sup> In tal senso, CARMINE VOLPE, "*Le nuove direttive sui contratti pubblici e l'in house providing: problemi vecchi e nuovi*". [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)

prevalenza del principio di *“libera amministrazione delle autorità pubbliche”* o prevalenza del principio di *“pari trattamento concorrenziale”*, nella valutazione dei diversi modelli organizzativi.

La Direttiva, all'articolo 2, si è espressa nel senso di una piena equiordinazione tra i vari modelli gestionali, senza ritenere un carattere di prevalenza ad uno dei due principi.<sup>130</sup>

Ha infatti chiarito: *“la presente direttiva riconosce il principio per cui le autorità nazionali, regionali e locali possono liberamente organizzare l'esecuzione dei propri lavori o la prestazione dei propri servizi in conformità del diritto nazionale e dell'Unione. Tali autorità sono libere di decidere il modo migliore per gestire l'esecuzione dei lavori e la prestazione dei servizi per garantire in particolare un elevato livello di qualità, sicurezza e accessibilità, la parità di trattamento e la promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utenza nei servizi pubblici”*, inoltre, *“dette autorità possono decidere di espletare i loro compiti d'interesse pubblico avvalendosi delle proprie risorse o in cooperazione con altre amministrazioni aggiudicatrici o di conferirli a operatori economici esterni”*.

La normativa comunitaria faceva in questo modo un definito passo in avanti rispetto al passato.

---

<sup>130</sup> Non come in passato in cui il principio di pari trattamento concorrenziale era considerato ontologicamente prevalente rispetto al principio di libera amministrazione delle autorità pubbliche.



### 3. Il recepimento delle Direttive in Italia

In data 18 Giugno 2015, il Senato della Repubblica Italiana ha approvato il disegno di legge delega per l'attuazione delle nuove Direttive in materia di appalti e concessioni.

La legge, recante “*delega al Governo per l'attuazione della Direttiva 2014/23/UE del 26 febbraio 2014 del Parlamento Europeo e del Consiglio sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, della Direttiva 2014/24/UE del 26 febbraio 2014 del Parlamento Europeo e del Consiglio sugli appalti pubblici e che abroga la Direttiva 2004/18/CE e della Direttiva 2014/25/UE del 26 febbraio 2014 del Parlamento Europeo e del Consiglio sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali e che abroga la Direttiva 2004/17/CE*”, indirizzava il Governo a recepire la nuova normativa, con la simultanea abrogazione di quella precedente e di quelle relative ai settori “speciali”.

In particolare, al comma 1, dell'articolo 1, era previsto che il Governo adottasse entro il 18 aprile dell'anno in corso un decreto legislativo quale “*Decreto di recepimento delle direttive*”, ed entro il 31 luglio un decreto legislativo “*per il riordino complessivo della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*”, denominato “*Decreto di riordino*”.<sup>131</sup>

---

<sup>131</sup> Era facoltà del Governo adottare un unico complessivo decreto legislativo entro il 18 aprile 2016. Tra i principi ed i criteri specifici elencati al legislatore delegato, particolarmente rilevante è, alla lettera a), il “*divieto di introduzione o di mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive, come definiti dall'articolo 14, commi 24-ter e 24-quater, della legge 28 novembre 2005, n. 246*”. In sostanza, con tale criterio direttivo il legislatore delegante impone al rispettivo legislatore delegato di allinearsi all'idea di semplificazione della legislazione comunitaria, eliminando le parti della vigente regolamentazione che impongono limitazioni e meccanismi procedurali più gravosi in confronto a quanto direttamente derivante dalla legislazione comunitaria. Un'altra richiesta fatta al legislatore delegato è quella di mirare a razionalizzare, semplificare e ridurre le previsioni normative applicabili alla materia degli appalti pubblici.

All'interno della legge delega, oltre a indicazioni inerenti ad assicurare adeguati livelli di pubblicità e trasparenza delle procedure, erano presenti alcune istruzioni in materia di *In house providing* che esortavano a recepire le disposizioni contenute nelle Direttive e a creare un elenco – a cura dell'ANAC - dei soggetti legittimati a realizzare affidamenti diretti, in seguito all'accertamento della sussistenza dei requisiti necessari.

L'iter legislativo ha portato all'emanazione del Decreto Legislativo n. 50, recante "*Codice dei contratti pubblici*", in data 18 aprile 2016.

### **3.1 Il "*Codice dei contratti pubblici*": D.lgs. 50/2016**

Il cammino tormentato della disciplina in materia di "*In house providing*" sembrava finalmente essere giunto al termine con il nuovo *Codice dei contratti pubblici*.

Il legislatore ha provveduto, in sostanza, a recepire in questo nuovo codice sia gli orientamenti interpretativi pervenuti dalla giurisprudenza europea, sia i correttivi inseriti dalle nuove Direttive appalti; nonostante il tentativo di uniformarsi in modo esemplare alle direttive ad esso impartite, il legislatore italiano ha dimostrato - ancora una volta - una certa diffidenza verso la possibilità di regolarizzare l'affidamento di un appalto pubblico esente da un procedimento ad evidenza pubblica.<sup>132</sup>

Procedendo ad analizzare il testo normativo, è possibile trovare all'articolo 5 i "*Principi comuni in materia di esclusione per concessioni, appalti pubblici e accordi tra enti e amministrazioni aggiudicatrici nell'ambito del settore pubblico*". In sostanza,

---

<sup>132</sup> Cfr. VITO ALESSANDRO CILLIS, "*La via italiana all'affidamento in house: dai requisiti Teckal al nuovo codice dei contratti pubblici*". [www.italiappalti.it](http://www.italiappalti.it)

l'articolo riporta diligentemente i requisiti dell'istituto, così come specificati nelle Direttive 2014.

È infatti previsto che, un affidamento diretto sia considerato legittimo solo nel caso in cui l'ente pubblico eserciti un controllo analogo – cioè un'influenza determinante sia sugli “obiettivi strategici” sia sulle “decisioni importanti” – tale da rendere il soggetto affidatario una articolazione interna dell'ente stesso; simultaneamente, il soggetto affidatario deve svolgere nei confronti dell'ente affidante (o, in caso di in house pluripartecipato, degli enti affidanti) la parte prevalente della propria attività definita nell'80%.

Per di più, in linea con quanto previsto dal legislatore comunitario, è ammessa la possibile partecipazione di capitali privati - in forza di una puntuale legge e nel rispetto dei Trattati - nel soggetto affidatario, solo se questa rappresenti una minima parte del capitale sociale e, in ogni caso, sia tale da non comportare un'influenza determinante sul soggetto controllato.

All'interno della “*Parte IV - Partenariato pubblico privato e contraente generale*” del decreto legislativo, troviamo le nuove disposizioni nazionali sull'istituto, al “*Titolo II – In house*”, articolo 192.

L'articolo 192 “*Regime speciale degli affidamenti in house*”, introduce la creazione, a cura dell'Autorità Nazionale Anticorruzione, dell’“*elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società in house di cui all'articolo 5*”<sup>133</sup>.

---

<sup>133</sup> Comma 1: “è istituito presso l'ANAC, anche al fine di garantire adeguati livelli di pubblicità e trasparenza nei contratti pubblici, l'elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società in house di cui all'articolo 5. L'iscrizione nell'elenco avviene a domanda, dopo che sia stata riscontrata l'esistenza dei requisiti, secondo le modalità e i criteri che l'Autorità definisce con proprio atto. La domanda di iscrizione consente alle amministrazioni

Lo scopo di questo elenco presso l'ANAC è quello di “*garantire adeguati livelli di pubblicità e trasparenza nei contratti pubblici*”; il Consiglio di Stato - nel parere 1 aprile 2016, n.855 - ha puntualizzato come la suddetta registrazione abbia una “*natura dichiarativa*” e, non costituisca un elemento legittimante per la procedura di affidamento. Per essere iscritti nell'elenco, è necessario presentare un'apposita domanda, e quest'ultima legittima fin da subito l'amministrazione aggiudicatrice a praticare affidamenti diretti sotto la propria responsabilità<sup>134</sup>; l'ANAC, accertata l'esistenza dei requisiti provvede all'iscrizione.

L'aspetto innovativo è stato introdotto al comma 2<sup>135</sup>. Il legislatore ha stabilito che “*ai fini dell'affidamento in house di un contratto avente ad oggetto un servizio disponibile sul mercato in regime di concorrenza*”, le amministrazioni aggiudicatrici devono preventivamente valutare gli affidamenti stessi, esprimere adeguate motivazioni in merito alla loro convenienza economica, ai benefici da essi apportati alla collettività – “*anche con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di*

---

*aggiudicatrici e agli enti aggiudicatori sotto la propria responsabilità, di effettuare affidamenti diretti dei contratti all'ente strumentale. Resta fermo l'obbligo di pubblicazione degli atti connessi all'affidamento diretto medesimo secondo quanto previsto al comma 3”.*

<sup>134</sup> “*Nelle more, tenuto conto dell'efficacia non costitutiva ma meramente dichiarativa dell'iscrizione (cfr. parere del Consiglio di Stato del 1° aprile 2016 n. 855), l'affidamento diretto alle società in house può essere effettuato, sotto la propria responsabilità, dalle amministrazioni aggiudicatrici e dagli enti aggiudicatori in presenza dei presupposti legittimanti definiti dall'art. 12 della direttiva 24/2014/UE e recepiti nei medesimi termini nell'art. 5 del D.lgs. n. 50 del 2016 e nel rispetto delle prescrizioni di cui ai commi 2 e 3 dell'art. 192, a prescindere dall'inoltro della domanda di iscrizione.*”

ANAC, “*Comunicato del Presidente del 3 agosto 2016, oggetto: chiarimenti sull'applicazione dell'art. 192 del Codice dei contratti*”

<sup>135</sup> Comma 2: “*Ai fini dell'affidamento in house di un contratto avente ad oggetto servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza, le stazioni appaltanti effettuano preventivamente la valutazione sulla congruità economica dell'offerta dei soggetti in house, avuto riguardo all'oggetto e al valore della prestazione, dando conto nella motivazione del provvedimento di affidamento delle ragioni del mancato ricorso al mercato, nonché dei benefici per la collettività della forma di gestione prescelta, anche con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche.*”

*qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche*” – e alle ragioni che hanno portato al mancato ricorso del mercato.

Secondo il Consiglio di Stato, espressosi nel parere del 1 aprile 2016, n. 855, la previsione del comma 2 costituisce *“un onere motivazionale rafforzato, che consente un penetrante controllo della scelta effettuata dall’Amministrazione, anzitutto sul piano dell’efficienza amministrativa e del razionale impiego delle risorse pubbliche”*.

In seguito all’emanazione del presente decreto legislativo numerosi sono stati gli interventi - del Consiglio di Stato e dell’ANAC - per dare indicazioni utili a chiarire le disposizioni in esso contenute.<sup>136</sup>

Al fine di perseguire le osservazioni suddette, e al fine di perfezionare l’impianto normativo del D.lgs. - *“con lo scopo di migliorarne l’omogeneità, la chiarezza e l’adeguatezza in modo da perseguire efficacemente l’obiettivo dello sviluppo del settore”*<sup>137</sup> - a neanche un anno dall’introduzione del nuovo Codice degli appalti, il Governo ha sottoposto alle Commissioni parlamentari uno *“Schema di decreto legislativo recante disposizioni integrative e correttive del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50”* (Atto n. 397 – 6 marzo 2017).

Il Governo ha ritenuto adeguato avvalersi dell’opportunità ad esso concessa - dalla delega per l’attuazione delle Direttive (art. 1, comma 8) - di poter adottare disposizioni integrative e correttive entro un anno dall’entrata in vigore del decreto legislativo.

---

<sup>136</sup> Un *“quadro aggiornato delle Linee guida dell’Autorità Nazionale Anticorruzione”* in merito al nuovo codice degli appalti, è contenuto nella delibera n. 235 del 15 febbraio 2017.

Le linee guida in esso contenute sono denominate *“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 D.lgs. 50/2016”*.

<sup>137</sup> *“Schema di decreto legislativo recante disposizioni integrative e correttive del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50”*.

Il Decreto Legislativo correttivo (n. 56) è stato emanato il 19 aprile 2017, con entrata in vigore il 20 maggio 2017.

In merito agli articoli da noi considerati sulla materia di “*affidamenti in house*”, sono state fatte alcune precisazioni.

All’articolo 5, comma 1, lettera c), è stato specificato come la possibile presenza di partecipazioni private nei capitali delle società c.d. “in house”, è ammessa ma alla condizione che “*non comportino controllo o potere di veto*”. Questa puntualizzazione era stata fatta dal legislatore comunitario nelle Direttive 2014, ma tralasciata dal legislatore nazionale nel D.lgs. 50/2016, che ha ora provveduto ad allinearsi grazie al decreto correttivo.<sup>138</sup>

All’articolo 192, comma 1, è stata introdotta una precisazione sulle modalità attraverso cui l’ANAC può operare per adempiere al compito ad essa attribuito di costituzione di un elenco delle amministrazioni aggiudicatrici, previa verifica della sussistenza dei requisiti necessari. In particolare, è stato precisato che: “*L’Autorità per la raccolta delle informazioni e la verifica dei predetti requisiti opera mediante procedure informatiche, anche attraverso il collegamento, sulla base di apposite convenzioni, con i relativi sistemi in uso presso altre Amministrazioni pubbliche ed altri soggetti operanti nel settore dei contratti pubblici*”.<sup>139</sup>

---

<sup>138</sup> D.lgs. 56/2017, art. 6 “*Modifiche all’articolo 5 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50*”: “*All’articolo 5, comma 1, lettera c), del Decreto Legislativo 18 aprile 2016, n. 50, dopo le parole: “forme di partecipazione di capitali privati” sono inserite le seguenti: “le quali non comportano controllo o potere di veto”*”.

<sup>139</sup> D.lgs. 56/2017, art. 113 “*Modifiche all’articolo 192 del Decreto Legislativo 18 aprile 2016, n. 50*”: “*All’articolo 192, comma 1, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, dopo il secondo periodo è inserito il seguente: “L’Autorità per la raccolta delle informazioni e la verifica dei predetti requisiti opera mediante procedure informatiche, anche attraverso il collegamento, sulla base di apposite convenzioni, con i relativi sistemi in uso presso altre Amministrazioni pubbliche ed altri soggetti operanti nel settore dei contratti pubblici”*”.

Il termine per l'avvio delle domande di iscrizione all'elenco da parte delle amministrazioni aggiudicatrici era stato fissato in data 27 giugno 2017, tramite una delibera (235/2017) attuativa dell'articolo 192. Un recente comunicato ANAC del 5 luglio 2017 ha reso noto un'ulteriore proroga del termine al 30 ottobre 2017.





## Conclusioni

Il 5 settembre 2017 il Consiglio di Stato, con il parere n. 1940, ha dato il “via libera” alle linee guida n. 7 attuative del Codice dei contratti pubblici, considerato il soddisfacente recepimento delle indicazioni date nel precedente parere n. 282 del 1° febbraio 2017.<sup>140</sup>

Il Consiglio di Stato aveva già espresso un “parere favorevole” sulle linee guida dell’ANAC ponendo però alcune osservazioni; l’indicazione, dalla portata più rilevante, raccomandava un’estrema attenzione alla funzione di controllo attribuita all’Autorità stessa, che deve mantenersi pienamente compatibile con il “*divieto di introdurre livelli di regolazione superiori a quelli minimi*” richiesti dalle Direttive europee, cioè il c.d. fenomeno “*goldplating*”<sup>141</sup>.

L’iter previsto nelle linee guida attuative del Codice dei contratti pubblici, stabilisce che la domanda per iscrivere le società che possiedono i requisiti qualificanti l’in house providing nell’elenco dell’ANAC, deve essere effettuata online, dall’amministrazione aggiudicatrice, entro il 30 ottobre 2017. L’ANAC intraprenderà poi la procedura di

---

<sup>140</sup> Le linee guida sul codice degli appalti avevano già completato il loro iter con la pubblicazione in Gazzetta Ufficiale (n. 61), il 14 marzo 2017; ma, in seguito alle modifiche introdotte dal Decreto Legislativo correttivo del Codice dei contratti pubblici è stata necessaria una revisione che ha portato a questa nuova approvazione da parte del Consiglio di Stato.

<sup>141</sup> Nel recepimento delle Direttive europee, i legislatori degli Stati membri possono introdurre “*specificazioni o regole aggiuntive*” (il cd. “*Goldplating*”), che possono oltrepassare in modo consistente le prescrizioni definite in sede comunitaria, creando delle sostanziali differenze nell’impatto di una stessa direttiva nei diversi Stati membri. Se un legislatore nazionale decide di discostarsi dal semplice “*copy out*” della direttiva recepita, non potrà farlo oltre un determinato range. Discostarsi eccessivamente da quanto dettato dal legislatore europeo potrebbe portare al rischio di una procedura di infrazione. Nell’ordine di questi motivi, e data la reiterata tendenza del legislatore italiano a discostarsi eccessivamente dalle direttive recepite ottenendo diverse procedure di infrazione, il Consiglio di Stato si è raccomandato con esso, sul recepimento delle più recenti Direttive europee. In tal senso, EMANUELE OJETTI, “*Il controllo parlamentare sul goldplating. L’esperienza italiana nel quadro europeo*”. [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)

accertamento del possesso dei requisiti, che dovrà essere completata entro 90 giorni.<sup>142</sup> Oltre a ciò, nel tempo l'ANAC sarà impegnata ad effettuare dei controlli a campione sulle società già registrate, per accertare la permanenza dei requisiti.

Nel caso in cui venga accertata una perdita dei requisiti da parte di una società con in atto un rapporto di affidamento in house, l'Autorità Nazionale Anticorruzione non ha il potere diretto di annullamento del contratto di affidamento irregolare. L'ANAC, entro 60 giorni dalla riscontrata irregolarità, dovrà emettere un "parere motivato", trasmesso all'amministrazione aggiudicatrice, in cui indica i vizi di legittimità rilevati. All'amministrazione verrà segnalato un termine (non superiore ai 60 giorni) entro il quale conformarsi alle indicazioni ricevute, oltre al quale, se non vi provvederà, l'ANAC presenterà ricorso. Nello specifico, l'Autorità impugnerà il contratto di affidamento diretto dell'appalto o della concessione, e al termine del procedimento provvederà ad eliminare la società dall'elenco.

Siffatto processo, fa parte di un più ampio progetto derivante dagli straordinari progressi fatti dal legislatore italiano nel nuovo "*Codice degli appalti pubblici*". Tale moderno codice sembra aver raggiunto un accettabile compromesso tra il principio di libera organizzazione delle pubbliche amministrazioni e il principio di tutela della concorrenza. Questo equilibrio, così difficile da ottenere, sembra essere arrivato grazie ad un articolato intreccio di disposizioni che, osservando la normativa europea, consente alle stazioni appaltanti di procedere con un affidamento *in house*, qualora risultino in possesso delle rigorose condizioni fissate; oltre a ciò, sono previsti dei canoni di trasparenza tali da individuare, in capo all'Autorità Nazionale Anticorruzione,

---

<sup>142</sup> Il procedimento può essere sospeso alla presenza di ragioni che impediscano l'esclusione, ma non può comunque durare più di 180 giorni.

una funzione di controllo che possa impedire eventuali abusi di siffatto modello gestionale da parte delle amministrazioni pubbliche.

Sembra apparentemente realizzata una situazione di coerenza della normativa italiana, con disposizioni trasmesse dalla Comunità Europea; trattandosi però di una materia alquanto complessa e delicata, non si possono escludere con massima certezza ulteriori colpi di scena nel prossimo futuro. Le linee guida impartite dall'ANAC, e le normative trasmesse dal legislatore italiano sembrano essere alquanto chiare, non rimane che attendere l'avvio di questa nuova forma di gestione dell'istituto "*in house providing*" per comprendere se sarà un sistema vincente o meno.



# **BIBLIOGRAFIA**

## **Normativa**

Codice Civile

Costituzione Italiana

D.P.R. del 7 settembre 2010, n. 168

Decreto Legislativo del 18 agosto 2000, n. 267

Decreto Legislativo del 17 gennaio 2003, n. 6

Decreto Legge del 30 settembre 2003, n. 269

Decreto Legge del 30 settembre 2003, n. 269

Decreto Legge del 15 febbraio 2007, n. 10

Decreto Legge del 25 giugno 2008, n. 112

Decreto Legge del 25 settembre 2009, n. 135

Decreto Legge del 13 agosto 2011, n. 138

Decreto Legge del 6 luglio 2012, n. 95

Decreto Legge del 18 ottobre 2012, n. 179

Decreto Legge del 23 dicembre 2013, n. 145

Decreto Legge del 30 dicembre 2013, n. 150

Decreto Legislativo del 18 aprile 2016, n. 50

Decreto Legislativo del 19 agosto 2016, n. 175

Decreto Legislativo del 19 aprile 2017, n. 56

Direttiva 77/62/CEE del Consiglio del 21 dicembre 1976

Direttiva 665/89/CEE del Consiglio del 21 dicembre 1989

Direttiva 92/50/CEE del Consiglio del 18 giugno 1992

Direttiva 93/36/CEE del Consiglio del 14 giugno 1993

Direttiva 93/38/CEE del Consiglio del 14 giugno 1993

Direttiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004

Direttiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014

Direttiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014

Legge 8 giugno 1990, n. 142

Legge del 23 dicembre 1992, n. 498

Legge 15 maggio 1997, n. 127

Legge del 28 dicembre 2001, n. 448

Legge del 24 novembre 2003, n. 326

Legge del 16 novembre 2007, n. 12

Legge del 25 febbraio 2008, n. 34

Legge del 6 agosto 2008, n. 133

Legge 20 novembre 2009, n. 166

Legge del 14 settembre 2011, n. 148

Legge del 7 agosto 2012, n. 135

Legge del 17 dicembre 2012, n. 221

Legge del 21 febbraio 2014, n. 9

Legge del 27 febbraio 2014, n. 15

Testo Unico delle Leggi sull'ordinamento degli Enti Locali

Trattato della Comunità Europea

## **Giurisprudenza**

AGCM, Atto di Segnalazione, 4 agosto 2008, n. 894

ANAC, Comunicato del Presidente del 3 agosto 2016

ANAC, Delibera Linee Guida n. 7, 15 febbraio 2017, n. 235

Atto del Governo, 6 marzo 2017, n. 397

Commissione Unione Europea, Comunicazione interpretativa del 5 febbraio 2008

Commissione Unione Europea, Lettera n. C (2002) 2329 del 26 giugno 2002

Commissione Unione Europea, Lettera n. SG (2000) D/108243 del 8 novembre 2000

Commissione Unione Europea, Nota del 26 giugno 2006

Conclusioni Avvocato Generale Stix-Hackl, 23 settembre 2004, procedimento C-26/03

Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 3 marzo 2008, n. 1

Consiglio di Stato, Parere n. 1940 del 5 settembre 2017

Consiglio di Stato, Parere n. 282 del 1 febbraio 2017

Consiglio di Stato, Parere n. 855 del 1 aprile 2016

Consiglio di Stato, Quinta Sezione, Decisione n. 1365 del 9 marzo 2009

Presidenza del consiglio dei ministri dipartimento per le politiche comunitarie, Circolare 19 ottobre 2001, n. 12727

Sentenza Corte Costituzionale, 17 dicembre 2010, n. 325

Sentenza Corte Costituzionale, 20 luglio 2012, n. 200

Sentenza Corte Costituzionale, 23 dicembre 2008, n. 439

Sentenza Corte Costituzionale, 23 luglio 2012, n. 199

Sentenza Corte Costituzionale, 26 gennaio 2011, n. 24

Sentenza del Consiglio di Stato, Quinta Sezione, 13 marzo 2014, n. 1257

Sentenza del Consiglio di Stato, Quinta Sezione, 8 marzo 2011, n. 1447

Sentenza della Corte di Giustizia Europea, 20 settembre 1998, procedimento C-31/87

Sentenza della Corte di Giustizia Europea, Grande Sezione, 21 luglio 2005, procedimento C-231/03

Sentenza della Corte di Giustizia Europea, Prima Sezione, 10 novembre 2005, procedimento C-29/04

Sentenza della Corte di Giustizia Europea, Prima Sezione, 11 gennaio 2005, procedimento C-26/03

Sentenza della Corte di Giustizia Europea, Prima Sezione, 11 maggio 2006, procedimento C-340/04

Sentenza della Corte di Giustizia Europea, Prima Sezione, 13 ottobre 2005, procedimento C-458/03

Sentenza della Corte di Giustizia Europea, Prima Sezione, 6 aprile 2006, procedimento C-410/04

Sentenza della Corte di Giustizia Europea, Quinta Sezione, 18 novembre 1999, procedimento C-10/98

Sentenza della Corte di Giustizia Europea, Quinta Sezione, 8 maggio 2014, procedimento C-15/13

Sentenza della Corte di Giustizia Europea, Seconda Sezione, 17 luglio 2008, procedimento C-371/05

Sentenza della Corte di Giustizia Europea, Terza Sezione, 10 settembre 2009, procedimento C-573/07

Sentenza della Corte di Giustizia Europea, Terza Sezione, 13 novembre 2008, procedimento C-324/07

Sentenza della Corte di Giustizia Europea, Terza Sezione, 29 novembre 2012, procedimenti riuniti C-182/11 e C-183/11

Sentenza TAR Lombardia, Seconda Sezione, 23 settembre 2013, n. 780

Sentenza TAR Sicilia, Seconda Sezione, 13 febbraio 2006, n. 198

TAR Puglia, Ordinanza n. 885 del 8 settembre 2004

## **Dottrina**

AZZARITI ANTONELLA, *“I servizi pubblici locali di rilevanza economica dopo il referendum: le novità e le conferme della legge 148/2011”*. Periodico “Le istituzioni del Federalismo”, 2011, Vol. 32, Fascicolo 3.

BIGOLARO STEFANO E CASTELLANI VIRGILIO, *“Le società in house negli Enti locali e nella Sanità: dal quadro normativo al caso pratico”*. Maggioli, 2012

BONANNI ALESSANDRO, *“La disciplina dei servizi pubblici locali dell'art. 23-bis D.L.112/2008”*. [www.contratti-pubblici.it](http://www.contratti-pubblici.it)



CALAMIA ANTONINO, MASTROFINI ROBERTO, *“La riforma dei servizi pubblici locali”*. Halley, 2004

CASSETTA ELIO, *“Compendio di Diritto Amministrativo”*. Giuffrè, 2014

CILLIS VITO ALESSANDRO, *“La via italiana all’affidamento in house: dai requisiti Teckal al nuovo codice dei contratti pubblici”*. [www.italiappalti.it](http://www.italiappalti.it)

CIVETTA ELISABETTA, *“Legge di stabilità finanziaria 2012. Legge 12 novembre 2011. Guida all’applicazione della manovra finanziaria negli enti locali”*. Maggioli, 2011

CONTESSA CLAUDIO, *“L’in house providing quindici anni dopo: cosa cambia con le nuove direttive”*. [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)

FOÀ SERGIO e GRECO DAVIDE, *“L’in house providing nelle direttive appalti 2014: norme incondizionate e limiti dell’interpretazione conforme.”* [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)

IAIONE CHRISTIAN, *“Le società in house degli enti locali”*. ANCI Lazio, stampa 2006

IAIONE CHRISTIAN, *“Le società in-house: contributo allo studio dei principi di auto-organizzazione e auto-produzione degli enti locali”*. Jovene, 2012.

LEPORE VALENTINA, *“La normativa sui servizi pubblici locali dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 199 del 2012”*. [www.amministrazioneincammino.luiss.it](http://www.amministrazioneincammino.luiss.it)

MAMMARELLA PAOLA, *“Affidamenti in house, ecco come iscriversi all’elenco degli autorizzati”*. [www.edilportale.com](http://www.edilportale.com)

MANETTI ALESSANDRO, *“L’illegittimità costituzionale dell’art. 4 del D.L. 138/2011”*. [www.promopa.it](http://www.promopa.it)

NICO MICHELE, *“Le società partecipate dagli enti locali dopo il “decreto sui controlli”*. Decreto – Legge n. 174/2012 convertito in legge n.213/2012”. Maggioli, 2013

OJETTI EMANUELE, *“Il controllo parlamentare sul goldplating. L’esperienza italiana nel quadro europeo”*. [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)

OLIVIERI LUIGI, *“Consulta, illegittimo l’articolo 4 del D.Lg. 138/2011”*. [www.italiaoggi.it](http://www.italiaoggi.it)

PETTITI PRISCILLA, *“Gestione e autonomia nelle società titolari di affidamenti”*. Giuffrè, 2016

RAPICAVOLI CARLO, *“Servizi pubblici locali, la Consulta cancella quasi del tutto la normativa nazionale”*. [www.leggioggi.it](http://www.leggioggi.it)

SANTI DELIA, *“In house e servizi pubblici locali: cosa resta del modello dopo il vaglio dell’A.G.C.M.”*. Giustizia Amministrativa-Rivista di Diritto Pubblico

SCURA FRANCESCA, *“Conversione del “Decreto Milleproroghe”: modifiche alla disciplina dei servizi pubblici locali”*. [www.dirittodeiservizipubblici.it](http://www.dirittodeiservizipubblici.it)

VILLATA RICCARDO, *“La riforma dei servizi pubblici locali”*. Giappichelli, 2011

VOLPE CARMINE, *“L’affidamento “in house”: situazione attuale e proposte per una disciplina specifica”*. [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)

VOLPE CARMINE, *“L’affidamento in house di servizi pubblici locali e strumentali: origine ed evoluzione più recente dell’istituto alla luce della normativa e della giurisprudenza europea e nazionale”*. [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)

VOLPE CARMINE, *“Le nuove direttive sui contratti pubblici e l’in house providing: problemi vecchi e nuovi”*. [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)

VOLPE VINCENZO, *“Un anno di servizi pubblici: dalla manovra di ferragosto al decreto “Spending Review””*. [www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com](http://www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com)

## **Sitografia**

[www.amministrazioneincammino.luiss.it](http://www.amministrazioneincammino.luiss.it)

[www.appaltiecontratti.it](http://www.appaltiecontratti.it)

[www.camera.it](http://www.camera.it)

[www.contratti-pubblici.it](http://www.contratti-pubblici.it)

[www.dirittodeiservizipubblici.it](http://www.dirittodeiservizipubblici.it)

[www.dirittodeiservizipubblici.it](http://www.dirittodeiservizipubblici.it)

[www.edilportale.com](http://www.edilportale.com)

[www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)

[www.filodiritto.com](http://www.filodiritto.com)

[www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)

[www.gazzettaforense.it](http://www.gazzettaforense.it)

[www.gazzettaufficiale.it](http://www.gazzettaufficiale.it)

[www.giurdanella.it](http://www.giurdanella.it)

[www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)

[www.ilnuovodirittoamministrativo.it](http://www.ilnuovodirittoamministrativo.it)

[www.italiaoggi.it](http://www.italiaoggi.it)

[www.italiappalti.it](http://www.italiappalti.it)

[www.lavoripubblici.it](http://www.lavoripubblici.it)

[www.leggioggi.it](http://www.leggioggi.it)

[www.legislazionetecnica.it](http://www.legislazionetecnica.it)

[www.normattiva.it](http://www.normattiva.it)

[www.promopa.it](http://www.promopa.it)

[www.quotidianoentilocali.ilsole24ore.com](http://www.quotidianoentilocali.ilsole24ore.com)

[www.salvisjuribus.it](http://www.salvisjuribus.it)

[www.stazioneappalti.it](http://www.stazioneappalti.it)

[www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com](http://www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com)