

Carullo, Gherardo. 2014. «Riflessioni su alcune aperture del legislatore europeo in tema di *in house*, anche in prospettiva dei corrispondenti limiti nazionali per le società strumentali». Rivista italiana di diritto pubblico comunitario (5):991-1017.

GHERARDO CARULLO

**RIFLESSIONI SU ALCUNE APERTURE
DEL LEGISLATORE EUROPEO IN TEMA DI *IN HOUSE*,
ANCHE IN PROSPETTIVA DEI CORRISPONDENTI
LIMITI NAZIONALI PER LE SOCIETÀ STRUMENTALI**

Following the adoption of the new legislative package for the modernisation of public procurement in the EU, the article focuses on the derogations for “in-house” contracts. The analysis addresses in particular three aspects of the new provisions: the possibility of carrying out a direct award between entities controlled by a single authority in a way that resembles intra-group operations; the provision of a fixed percentage of the essential part of the activities to be carried out; the possibility to allow private share holders into an in house entity. The Author examines the extent of such provisions, while proposing a systematic rereading, in light of the renewed European framework, of some of the limits imposed by Article 13 of the (national) Decree Law no. 223/2006 on the so called instrumental entities.

SOMMARIO: 1. Introduzione. — 2. La conferma della natura di mera eccezione del modulo *in house*. — 3. *In house* e campo applicativo delle nuove Direttive. — 4. Le operazioni “intra gruppo” in ambito pubblicistico: *in house* indiretto, orizzontale ed inverso. — 5. La prevalenza delle attività: il nuovo approccio quantitativo. — 6. Il problema della partecipazione privata e la tutela della posizione di primazia del socio pubblico. — 7. Riflessioni conclusive.

1. *Introduzione.*

Dopo circa 16 anni dalla prima menzione in un testo ufficiale dell’Unione (1), la disciplina dell’*in house* ha trovato consacrazione

(1) A quanto consta, il primo uso, nell’accezione qui in esame, del termine *in house* si rinviene a livello comunitario nella Comunicazione della Commissione sugli Appalti Pubblici nell’Unione Europea (COM(98) 143) ove si definiscono gli appalti “*in-house*” « *quelli aggiu-*

all'interno delle nuove Direttive in materia di procedure ad evidenza pubblica (2). La novella porta così alla codificazione di un istituto la cui nascita fu tutt'altro che scontata, come dimostra la circostanza che già nell'ambito del caso *Teckal* (3), in cui la Corte di giustizia prese per la prima volta posizione sul punto, l'Avvocato Generale Cosmas non mancò di mostrare alcuni scetticismi (4), peraltro ancora oggi condivisi da non minoritaria dottrina (5).

dicati all'interno della pubblica amministrazione ... tra un'amministrazione e una società da questa interamente controllata » (nota 10). In dottrina confermano tale circostanza, tra i tanti, F. ASTONE, *La nuova funzione degli statuti nelle società « in house »*, in *Amministrare*, 3, 2011, 330; D. MARRAMA, *La Plenaria nicchia su in house providing e società miste*, in *Gazz. For.*, 2, 2008, 101; C. VOLPE, *In house providing, Corte di giustizia, Consiglio di Stato e legislatore nazionale. Un caso di convergenze parallele*, in *Urb. App.*, 12, 2008, par. 1; M. CHIAPPETTA, *Società miste e affidamenti in house al vaglio del Consiglio di Stato... aspettando il Legislatore*, in *Merc. Conc. Reg.*, 2, 2008, 377; A. DI GIOVANNI, *L'attuale regime delle società in house providing*, in *Riv. Amm. App.*, 3, 2006, 229; A. CALLEA, *Gli affidamenti "in house"*, in *Amministrare*, 3, 2006, 331; C. ALBERTI, *Appalti « in house », concessioni « in house » ed esternalizzazione*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 3-4, 2001, para. 3. Sul punto anche la dottrina straniera, cfr. J. ARNOULD, *Les contrats de concession, de privatisation et de services « in house » au regard des règles communautaires*, in *RFDA*, 2000, n. 4.

(2) V. artt. 17, 12 e 28 rispettivamente della nuova Direttiva del 26 febbraio 2014 n. 2014/23/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione (nel proseguo, Direttiva Concessioni), ed alle correlate Direttive in pari data n. 2014/24/UE (Direttiva appalti ordinari), e n. 2014/25/UE (Direttiva settori speciali).

(3) Sentenza della Corte di giustizia del 18 novembre 1999, nella causa C-107/98, *Teckal*.

(4) L'Avvocato Generale Georges Cosmas aveva infatti mostrato il timore che « se ammettiamo la possibilità delle amministrazioni aggiudicatrici di potersi rivolgere a enti separati ... ciò aprirebbe gli otri di Eolo per elusioni contrastanti con l'obiettivo di assicurare una libera e leale concorrenza che il legislatore comunitario intende conseguire attraverso il coordinamento delle procedure per l'aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture », conclusioni presentate il 1° luglio 1999, nella causa C-107/98, punto 65.

(5) È infatti opinione diffusa (quanto condivisibile) che l'*in house* sia stato principalmente utilizzato quale strumento elusivo tanto delle disposizioni in tema di reclutamento del personale, quanto di quelle sull'affidamento delle commesse pubbliche. In merito alle prime, cfr. G. CORSO, FARES, *Crepuscolo dell'« in house »?*, in *Foro it.*, I, 2009, par. 6, avevano sottolineato che lo stesso fosse utilizzato « per aggirare i vincoli in tema di reclutamento di personale » e « come rifugio per politici trombati e incubatrici per giovani aspiranti a far parte di quella classe ». Quale strumento di elusione del « concorso pubblico » cfr. anche D. MARRAMA, *Società miste e in house providing al vaglio della plenaria*, in *www.giustamm.it*, 2008, par. 2. Ma sul punto si può quantomeno positivamente rilevare che l'articolo 18 del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, ha esteso alle società totalmente pubbliche gestrici di servizi pubblici locali l'applicabilità dei principi concorsuali in materia di reclutamento del personale (e principi analoghi per quelle a partecipazione non totalitaria). Quale strumento elusivo delle procedure di affidamento dei contratti: M. CLARICH, *Le società miste a capitale pubblico e privato tra affidamenti in house e concorrenza per il mercato*, in *Corriere giur.*, 7, 2007, para. 2; concorde anche F. MERUSI, G.C. SPATTINI, *Economia (Intervento pubblico nell')*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di Diritto Pubblico*, Milano, 2006, 2098; sicuramente critico anche M. MAZZAMUTO, *Brevi note su normativa comunitaria e « in house providing »*, in *Dir. Unione europea*, 2-3, 2001, para. 4, che definisce l'istituto vero e proprio « cavallo di troia »; M.R. SPASIANO, *Profili di organizzazione della pubblica amministrazione in cinquanta anni di giurisprudenza della Corte costituzionale*, in G. DELLA CANANEA; M. DUGATO (a cura di), *Diritto amministrativo e Corte costituzionale*, Napoli, 2006, 177; C. VOLPE, *La corte CE continua la rifinitura dell'in house. Ma il diritto interno va in controtendenza*, in *Urb. App.*, 1, 2010, par. 9, auspica che l'*in house* sia

Le novità, ad ogni modo, non si fermano certo alla mera positivizzazione, che pur non è cosa di poco conto (6). Le Direttive di ultima adozione hanno ammesso alcune modalità di controllo che sembrerebbero ampliare, ma in termini tutti da verificare, le possibilità di affidamento diretto. E così, se pur le nuove disposizioni sotto molti aspetti hanno recepito i precedenti arresti giurisprudenziali (7), riconoscono il « *determinate* » ruolo nel definire i caratteri dell'istituto (8), per altro verso le stesse potrebbero apparire in controtendenza rispetto al precedente *trend* della Corte (9).

Data la notorietà dell'istituto, da tempo oggetto di ampi studi che ne hanno inquadrato i tratti essenziali, in questa sede ci si limiterà ad analizzare tre delle più interessanti novità: la possibilità di porre in essere affidamenti diretti tra entità controllate da una

relegato a « *modello di cooperazione tra pubbliche amministrazioni* ». Vale ricordare anche R. URSI, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica tra outsourcing e in house providing*, in *Dir. Amm.*, 1, 2005, para. 4, il quale ha tuttavia notato che gli scetticismi dottrinali « *possono apparire forse eccessiv[i] se parametrizzat[i] all'ordinamento comunitario* ». Osservazione oggi indubbiamente attuale viste le aperture all'istituto delle nuove Direttive.

(6) Come ha del pari sottolineato, in commento alla proposta di Direttiva, F. FRACCHIA, *In house providing, codice dei contratti pubblici e spazi di autonomia dell'ente pubblico*, in *Dir. Ec.*, 2, 2012, 264, che enfatizza il « *il passaggio dal diritto di origine giurisprudenziale ... alla fonte scritta* ».

(7) Ben rappresenta il ruolo delle Corti M. PROTTO, *Appalti pubblici*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di Diritto Pubblico*, Milano, 2006, 358, secondo cui « *la figura, definita in base a elementi oggettivi e funzionali, volti a cogliere la "pubblicità sostanziale" del soggetto ... ha rappresentato e ancora rappresenta, nelle mani della Corte di giustizia ... un vero e proprio grimaldello attraverso cui garantire il rispetto della disciplina comunitaria in modo esteso ed uniforme, superando le categorie nazionali di "pubblica amministrazione" e "ente pubblico"* ». In diversa prospettiva, M. DUGATO, *Diritto dell'amministrazione e mercati*, in G. DELLA CANANEA; M. DUGATO (a cura di), *Diritto amministrativo e Corte costituzionale*, Napoli, 2006, 54-57, pur riconoscendo l'importanza della Corte di giustizia nella « *definizione della relazione tra lo Stato e le sue imprese* », ha tuttavia sottolineato che la nostra Corte costituzionale avesse comunque già da tempo anticipato alcuni dei principi poi enunciati anche a livello europeo.

(8) Ritiene « *determinante* » il ruolo della giurisprudenza europea nel definire i tratti dell'*in house* D.-U. GALETTA, *Forme di gestione dei servizi pubblici locali ed in house providing nella giurisprudenza comunitaria e nazionale*, in questa *Rivista*, 1, 2007, par. 1. A. CALLEA, *Gli affidamenti "in house"*, cit., 331 parla di « *decisivo contributo alla definizione dell'istituto* ».

(9) Come si è sottolineato in dottrina, infatti, le posizioni della Corte sono state progressivamente sempre più restrittive dopo l'iniziale caso *Teckal*, cfr. D.-U. GALETTA, *Forme di gestione dei servizi pubblici locali*, cit., par. 1; A. DI GIOVANNI, *L'attuale regime*, cit., 231; F. ROSSI, *Gli affidamenti (quasi) in house: la partecipazione pubblica totalitaria come elemento essenziale. Problemi e quesiti*, in *Serv. pubb. e app.*, 2, 2005, par. 6; F. ROMOLI, *La Gepi S.p.a. come partner societario per la gestione del servizio pubblico locale: tra affidamento in house e garanzie di evidenza pubblica*, in *Foro amm. CdS*, 3, 2005, par. 4 parla di « *crescente rigore* ». Nella Dottrina d'oltremarica del pari si è detto che « *The Court seized every opportunity to condemn discriminatory use of specification requirements and standards* », C. BOVIS, *Recent case law relating to public procurement: a beacon for the integration of public markets*, in *CMLR*, 39, 2002, 1026.

medesima amministrazione; la previsione di una percentuale fissa (ed abbastanza generosa) per il calcolo della prevalenza delle attività; l'ingresso del capitale privato.

Pur se con le dovute cautele, data la non perfetta sovrapposibilità degli istituti (10), le riflessioni che si condurranno sulle nuove norme europee potranno poi fornire alcuni validi spunti in merito ai corrispondenti vincoli imposti dal legislatore nazionale alle società strumentali. In particolare si potrà verificare se anche per queste sia possibile parlare di "operazioni intra-gruppo" e se il requisito dell'oggetto sociale esclusivo possa essere riletto alla luce dell'attuale contesto legislativo europeo.

Ma prima di passare a parlare di tali aspetti, è necessario anzitutto precisare, da un lato, che l'affidamento *in house* è stato qualificato come mera eccezione e che, dall'altro, lo stesso ha un campo d'applicazione che può andare ben oltre a quello individuato dalle Direttive. Si tratta di due fattori da non sottovalutare in relazione alle opzioni interpretative che si intende esporre e dei quali, pertanto, occorre passare a parlare.

2. *La conferma della natura di mera eccezione del modulo in house.*

Si deve in primo luogo escludere che, in ottica europea, l'istituto in esame costituisca oggi una nuova nozione sostanziale di pubblica amministrazione. Le nuove disposizioni dettano unicamente un'eccezione rispetto al generale onere di rispettare le procedure ad evidenza pubblica.

Tale circostanza non può certo dirsi scontata. Nella prospettiva nazionale, l'istituto è stato di sovente qualificato alla stregua di un vero e proprio modo di essere dell'Amministrazione (11), valoriz-

(10) Se pur si tratta di istituti certamente affini, i requisiti di ciascuno presentano sufficienti elementi di differenziazione da non poter essere perfettamente assimilati, basti pensare al requisito del controllo analogo, non menzionato dalle varie norme che si occupano di società strumentali. In tal senso cfr. F. FRACCHIA, *In house providing*, cit., 271, secondo il quale « *le società in house inerenti possono essere anche strumentali, ma ciò non è necessario, residuando uno spazio per società inerenti, non strumentali* ». Il che, tuttavia, non significa poi che non possa invece valere il contrario, come sottolineato da C. IAIONE, *Le società in house per i servizi strumentali. Riflessioni sull'art. 13 d.l. Bersani*, in L. FIORENTINO (a cura di), *Gli acquisti delle amministrazioni pubbliche nella Repubblica federale*, Bologna, 2011, 195-196, secondo il quale, sotto un profilo comunitario « *il fenomeno delle società strumentali rientra appieno nell'ambito dell'istituto dell'in house providing* ».

(11) In chiave organizzativa, G. CAIA, *Autonomia territoriale e concorrenza nella nuova*

zandone particolarmente la natura di originale modulo a disposizione della stessa per « interiorizzare » (12) l'approvvigionamento e l'erogazione di servizi (13).

Si è addirittura detto che l'*in house* avrebbe un'incidenza « trasversale », tale da travalicare l'ambito dei servizi pubblici, ed assicurare così ad ineludibile variabile organizzativa da annoverare tra le strutture amministrative (14). Od ancora, non è mancato chi ha suggerito che l'*in house* rappresenterebbe in sostanza la riproduzione del vecchio modello dell'azienda speciale municipalizzata di cui al r.d. 15 ottobre 1925, n. 2578, posto che lo stesso consiste in un plesso organizzativo che, pur avendo propria personalità giuridica, non ha propria autonomia imprenditoriale né capacità decisionale distinta dall'ente locale (15).

Non a caso si sono diffuse, tanto in dottrina quanto nella giurisprudenza nazionale, le espressioni *longa manus* dell'Amministrazione (16), e “delegazione interorganica” (17).

disciplina dei servizi pubblici locali, in www.giustizia-amministrativa.it, 2004, para. 5.3, parla di « forma organizzativa che è propria dell'ente locale »; anche M.G. ROVERSI MONACO, *I caratteri delle gestioni in house*, in *Giornale Dir. Amm.*, 12, 2006, para. 1 e 3, usa l'espressione « formula organizzativa in house ». A. CALLEA, *Gli affidamenti "in house"*, cit., pagg. 354-355, raffrontando organismo di diritto pubblico ed *in house*, afferma che « l'*in house providing*, ponendosi a monte, costituisce ... una forma di ampliamento dell'organizzazione pubblica ». In giurisprudenza T.A.R. Campania Napoli, Sez. V, 26 maggio 2010, n. 9182, qualifica l'istituto quale « modulo organizzatorio ».

(12) Termine che può essere usato quale sinonimo di “autoproduzione” e che ben rappresenta la sostanza dell'*in house*, come fa, per tutti, ad esempio G. PIPERATA, *Servizi pubblici locali*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di Diritto Pubblico*, Milano, 2006, 5532.

(13) In proposito W. TROISE MANGONI, *Affidamento in house e parere dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, in R. VILLATA (a cura di), *La riforma dei servizi pubblici locali*, Torino, 2011, 297, ha affermato che l'*in house* « rappresenta uno strumento attraverso il quale la pubblica amministrazione ... decide di auto-produrre ..., per mezzo di una propria articolazione organizzativa ».

(14) Così F. FRACCHIA, *Ordinamento comunitario, mercato e contratti della Pubblica Amministrazione*, Napoli, 2010, 66.

(15) Così in particolare G. CAIA, *Autonomia territoriale*, cit., par. 5.3. Mostra di condividere tale lettura anche F. ASTONE, *La nuova funzione*, cit., 331. *Contra*, S. D'ANTONIO, *Le forme di gestione. La gestione dei servizi di rilevanza economica*, in S. MANGIAMELI (a cura di), *I servizi pubblici locali*, Torino, 2008, 178 ed anche *Ibid.*, secondo cui la lettura dell'istituto offerta dalla giurisprudenza europea ha allontanato l'*in house* dal concetto di azienda municipalizzata o di delegazione interorganica.

(16) L'espressione è ormai ampiamente diffusa, cfr. in dottrina, a titolo meramente esemplificativo, e non certamente esaustivo, C. IAIONE, *Le società in-house. Contributo allo studio dei principi di auto-organizzazione e auto-produzione degli enti locali*, Napoli, 2012, 196; A. SANDULLI, *La concorrenza nei servizi pubblici e negli appalti, tre sentenze della Corte costituzionale*, in *Ius Publicum Network Review*, 2011; V. ITALIA (a cura di), *I servizi pubblici locali*, Milano, 2010, 96; F. GOISIS, *Nuovi sviluppi comunitari e nazionali in tema di in house providing e suoi confini*, in *Dir. Amm.*, 3, 2008; R.D. NICCOLIS, L. CAMERIERO (a cura di), *Le società pubbliche in house e miste*, Milano, 2008, 31; R. OCCHILUPO, *L'ordinamento comunitario, gli affidamenti in house e il nuovo diritto societario*, in *Giur. comm.*, 1, 2007; L.R. PERFETTI, *Miti*

Ma a differenza di quanto avvenuto in sede nazionale, l'indirizzo giurisprudenziale europeo ha avuto cura di qualificare l'*in house* come mera ipotesi di inapplicabilità delle norme in materia di evidenza pubblica in ragione della mancanza dell'elemento contrattuale (18). E così ha fatto anche il legislatore, che ha collocato le norme in esame nella Sezione delle Direttive relativa alle « *Esclusioni* ».

Dunque, posto che quella in esame costituisce « *un'eccezione alle regole generali del diritto comunitario* », resta ancora valido, ed anzi è confermato, che le relative condizioni di applicabilità « *debbono formare oggetto di un'interpretazione restrittiva* » (19).

e realtà nella disciplina dei servizi pubblici locali, in *Dir. Amm.*, 2, 2006; G. PIPERATA, *Le esternalizzazioni nel settore pubblico*, in *Dir. Amm.*, 4, 2005; F. GAVERINI, *Nuove precisazioni in tema di in house providing e di « controllo » sulla partecipazione, non meramente simbolica, degli enti al capitale delle società che gestiscono pubblici servizi*, in *Foro amm. CdS*, 2, 2005; M. RAMAJOLI, *La tutela degli utenti nei servizi pubblici a carattere imprenditoriale*, in *Dir. Amm.*, 3-4, 2000; B. MAMELI, *Le S.p.A. a prevalente capitale pubblico e la categoria comunitaria dell'organismo di diritto pubblico: la Corte di giustizia risolve i dubbi interpretativi*, in *Giur. It.*, 1, 1999. In giurisprudenza, *ex multis*, cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 17 gennaio 2014, n. 221; *Ibid.*, Sez. IV, 26 novembre 2013, n. 5632; *Ibid.*, Sez. V, 15 febbraio 2013, n. 936.

(17) Anche quest'espressione è da tempo di larghissima diffusione, cfr. in dottrina ad esempio: G. PIPERATA, *Il lento e incerto cammino dei servizi pubblici locali dalla gestione pubblica al mercato liberalizzato*, in *Munus*, 1, 2011, 54; V. ITALIA (a cura di), *I servizi*, cit.; D. GALLI, *L'in house nei settori speciali e i suoi riflessi sulla concorrenza*, in F. MIGNELLA CALVOSA (a cura di), *Annali 2007-2008. Le scienze dell'amministrazione nella società italiana. La formazione per la governance del paese*, Torino, 2009, 182; C. VOLPE, *In house providing*, cit., par. 1; I. DEL GIUDICE, *Perduranti profili di incertezza sul ricorso all'in house providing ed alle società miste anche alla luce della più recente giurisprudenza comunitaria e nazionale*, in *Foro amm. TAR*, 5, 2008, par. 2; S. DETTORI, *La società in house tra interesse pubblico e mercato. Spunti ricostruttivi*, Napoli, 2008, 104; G. PIPERATA, *Le società a partecipazione pubblica nella gestione dei servizi degli enti locali*, in M. CAMMELLI; M. DUGATO (a cura di), *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, Torino, 2008, 314; G. SORICELLI, *Contributo allo studio del modello organizzativo dell'in house providing*, Napoli, 2008, *passim*; A. CALLEA, *Gli affidamenti "in house"*, cit., 333; C. FRANCHINI, *Le principali questioni della disciplina dei servizi pubblici locali*, in questa *Rivista*, 1, 2007, 10; C.E. GALLO, *Disciplina e gestione dei servizi pubblici economici: il quadro comunitario e nazionale nella più recente giurisprudenza*, in *Dir. Amm.*, 2, 2005, para. 5; E. SCOTTI, *Le società miste tra in house providing e partenariato pubblico privato: osservazioni a margine di una recente pronuncia della Corte di giustizia*, in *Foro amm. CdS*, 3, 2005, par. 2; G. CAIA, *Autonomia territoriale*, cit., par. 5.3; G. MARCHIANÒ, *I servizi pubblici locali alla luce della finanziaria 2004: moduli di gestione tra concorrenza ed affidamenti diretti*, Bologna, 2004, 60; V. GIOMI, *La gestione dei servizi pubblici locali mediante forme associate: l'affidamento diretto a Società per azioni multicomunali maggioritarie, fra diritto interno e diritto comunitario*, in questa *Rivista*, 3-4, 2004, 1077; M. MAZZAMUTO, *Brevi note*, cit.; F. GOISIS, *Rapporto di controllo, scelta del gestore di servizio pubblico, principi del diritto comunitario*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2, 2000, par. 5. In giurisprudenza da ultimo, *ex multis*, Cons. Stato Sez. VI, 17 gennaio 2014, n. 221.

(18) Come ben dimostra la posizione della Corte sin dalla sentenza *Teckal*, confermata sul punto da tutte le successive pronunce.

(19) Sentenza *Parking Brixen*, cit., punto 63; in senso analogo anche sentenza *Stadt Halle*, cit., punto 46 e, in ultimo, sentenza *Datenlotsen Informationssysteme*, punto 23.

Il che, tuttavia, porta a domandarsi se tale circostanza possa avere qualche ripercussione sull'ambito oggettivo di applicazione della "nuova" eccezione.

3. In house e campo applicativo delle nuove Direttive.

Il riconoscimento esplicito dell'*in house* in tutte e tre le nuove Direttive, con formulazioni pressoché identiche (20), ha certamente fugato ogni dubbio circa l'effettiva applicabilità dell'istituto a qualsiasi fattispecie sottoposta alle procedure di affidamento europee (21). Non v'è oggi ragione di dubitare che l'eccezione in esame si applichi tanto agli appalti nei settori ordinari, quanto a quelli nei settori speciali, così come nel "nuovo" ambito delle concessioni.

Ma l'ambito oggettivo di applicazione delle norme e dei principi ricavabili dalle disposizioni europee in materia di affidamento di commesse pubbliche ha da tempo dimostrato di potersi espandere ben oltre l'ambito originariamente definito dal legislatore europeo, avendo ormai investito il settore dei servizi pubblici locali (22), sino ad affidamenti solo indirettamente a questi riconducibili (23).

(20) Salvo lievi differenze terminologiche, con tutta probabilità da riferire al processo di traduzione, ed ai necessari adeguamenti (*enti aggiudicatori* oltre che *amministrazioni aggiudicatrici* nel caso delle concessioni, ad esempio), le norme sono assolutamente identiche. In relazione al requisito del controllo analogo si legge ad esempio nella Direttiva Concessioni che l'influenza deve essere « *decisiva* », mentre nelle altre due si parla di influenza « *determinante* », ma è divergenza che parrebbe attribuibile solo ad una diversa traduzione, senza che ciò implichi alcuna differenza nel significato da attribuire al termine, come dimostra che in altre versioni linguistiche l'espressione è assolutamente identica nelle tre Direttive. Si veda, ad esempio, la versione inglese, ove si legge sempre « *a decisive influence* », o quella francese, « *une influence décisive* » od, ancora, quella tedesca « *einen ausschlaggebenden Einfluss* ».

(21) In dottrina, in tempi meno recenti, il dato non era invece affatto scontato: si era al contrario sostenuto che l'eccezione in esame dovesse essere confinata all'ambito dei servizi pubblici locali, senza poter trovare applicazione in rapporto agli appalti di servizi, cfr. G. MORBIDELLI, M. ZOPPOLATO, *Appalti pubblici*, in M.P. CHITI; G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo. Parte Speciale*, II ed., Milano, 2007, 476.

(22) Il che rievoca il dibattito, ormai superato, circa l'applicabilità, o meno, delle norme in materia di appalti pubblici anche alle concessioni di servizi pubblici (in proposito si veda per tutti G. GRECO, *Gli appalti pubblici di servizi*, in questa *Rivista*, 6, 1995, 1288-1290). Pur se oggi può dirsi ormai dato pacifico — cfr. per tutti, L. BERTONAZZI, R. VILLATA, *Servizi di interesse economico generale*, in M.P. CHITI; G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo. Parte Speciale*, cit., 1866 e ss. —, in passato tale dato non solo era del tutto dubbio, ma era anzi in gran parte escluso in una prima fase di espansione della normativa europea in materia. In senso negativo si veda ad esempio F. GOISIS, *Rapporto di controllo*, cit., para. 1, il quale aveva comunque anticipato che, se si fosse prevista la gara per la scelta del concessionario, questa avrebbe dovuto rispettare i principi di parità di trattamento e di non discriminazione. In tal senso, con netta affermazione, A. MASSERA, *Il partenariato pubblico-privato e il diritto europeo degli appalti*, in questa *Rivista*, 5, 2005, par. 2, secondo cui « *tutti i servizi qualificati come pubblici [sono attratti] entro il campo di azione dei fondamentali criteri di tipo competitivo e di garanzia della trasparenza stabiliti per gli appalti* ».

È tuttavia lecito oggi domandarsi se l'istituto in esame sia effettivamente estensibile oltre l'ambito applicativo delle nuove Direttive (24). Si potrebbe ritenere che l'eccezione non possa venire in gioco laddove, pur sussistendo un onere europeo di selezione trasparente, questo non sia determinato dalle Direttive sui contratti pubblici, come avviene nel caso delle concessioni demaniali marittime (25).

Una tale soluzione, tuttavia, non mi pare condivisibile. Non convince, infatti, l'idea che, dal riconoscimento dell'istituto quale mera eccezione, possa farsi discendere la negazione dello stesso oltre i confini delle Direttive. Come si è già visto nel paragrafo precedente, la circostanza che l'*in house* sia qualificato a livello europeo come mera eccezione non è cosa nuova. Di conseguenza, in proposito non mi pare vi sia alcun elemento di differenza rispetto al passato tale da legittimare inversioni di rotta (26).

(23) In proposito può richiamarsi quanto affermato da M. CAFAGNO, *Gare pubbliche*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di Diritto Pubblico*, Milano, 2006, 2655, secondo cui « appare ormai pacifica la vigenza di un obbligo generale di ricorso alle gare, non solo quando l'amministrazione perfezioni contratti di appalto, ma anche quando attribuisca concessioni o costituisca società esercenti pubblici servizi ». In giurisprudenza, per le concessioni demaniali, cfr. Cons. Stato, Sez. V, 7 aprile 2011, n. 2151; *Ibid.*, Sez. VI, 22 marzo 2011, n. 1747; *Ibid.*, Sez. VI, 30 settembre 2010, n. 7239; *Ibid.*, Sez. VI, 25 gennaio 2005, n. 168; T.A.R. Calabria Catanzaro, Sez. I, 24 novembre 2011, n. 1422; T.A.R. Campania Napoli, Sez. VII, 12 aprile 2010, n. 1914; *Ibid.*, 5 dicembre 2008, n. 21243; *Ibid.*, 31 ottobre 2007, n. 10326; *Ibid.*, 5 dicembre 2008, n. 21241; *Ibid.*, 23 aprile 2010, n. 2085. Il paradosso, che stupisce solo fino ad un certo punto, è che proprio in relazione alle concessioni demaniali marittime, per cui l'Europa — in applicazione della Direttiva 2006/123/CE (c.d. Direttiva Servizi), e quindi per ragioni non legate alle Direttive appalti — ha da tempo richiesto procedure trasparenti e non discriminatorie, l'Italia ha mostrato le più forti resistenze. Sul punto, che presenta delicati risvolti non solo giuridici, si rinvia alle attente considerazioni di A. MONICA, *Le concessioni demaniali marittime in fuga dalla concorrenza*, in questa *Rivista*, 2, 2013, 437.

(24) L'articolo 1, paragrafo 2, della Direttiva 2014/23/UE limita infatti l'ambito applicativo alle sole « concessioni di lavori o di servizi ». Ancor più incisivamente, poi, il considerando 15 chiarisce che il mero affidamento in concessione di un bene immobile, senza l'acquisizione di lavori o servizi specifici, resta escluso dall'ambito applicativo della Direttiva. Si legge infatti che « taluni accordi aventi per oggetto il diritto di un operatore economico di gestire determinati beni o risorse del demanio pubblico, in regime di diritto privato o pubblico, quali terreni o qualsiasi proprietà pubblica, in particolare nel settore dei porti marittimi o interni o degli aeroporti, mediante i quali lo Stato oppure l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore fissa unicamente le condizioni generali d'uso senza acquisire lavori o servizi specifici, non dovrebbero configurarsi come concessioni ai sensi della presente direttiva. Ciò vale di norma per i contratti di locazione di beni o terreni di natura pubblica che generalmente contengono i termini che regolano la presa di possesso da parte del conduttore, la destinazione d'uso del bene immobile, gli obblighi del locatore e del conduttore per quanto riguarda la manutenzione del bene immobile, la durata della locazione e la restituzione del possesso del bene immobile al locatore, il canone e le spese accessorie a carico del conduttore ».

(25) V. n. 23.

(26) V. ancora *supra*, nn. 14 e 15.

Ma soprattutto, un volta riconosciuta la sostanziale identità tra l'Amministrazione ed il soggetto controllato secondo i requisiti dell'*in house*, non può poi sostenersi che tale qualità sussista solo se espressamente prevista. Se pur le Direttive non parlano di sostanziale identità dei soggetti, tale è stata l'unanime veduta della giurisprudenza europea (27). Pertanto, anche in vigenza delle nuove norme, non mi pare vi siano ragioni per disconoscere quanto sino ad oggi già ampiamente condiviso. Semmai, si tratterà di interpretare l'istituto secondo quanto disposto dalle nuove Direttive anche in ambiti ulteriori rispetto a quelli espressamente disciplinati.

In conclusione, se, da un lato, la generale previsione dell'eccezione *de qua* nell'ambito delle nuove Direttive rimuove ogni dubbio circa l'applicabilità della stessa nei diversi settori, dall'altro la mera qualificazione della stessa quale condizione di non applicabilità dell'onere di gara non pare permettere alcuna circoscrizione della portata dell'istituto, che resta certamente applicabile anche laddove

(27) Occorre precisare, tuttavia, che, in senso stretto, l'affidamento *in house* corrisponderebbe solo a quello nei confronti di un organo non dotato di personalità giuridica propria, mentre laddove l'entità sia soggettivamente distinta dall'Amministrazione affidante, si dovrebbe parlare di *in house* in senso lato, o di *quasi in house*, con espressione usata per la prima volta dall'Avvocato Generale Stix-Hackl nelle conclusioni presentate il 23 settembre 2004, nella causa C-26/03, *Stadt Halle*, punto 49, e poi ripresa successivamente anche dall'Avvocato Generale Juliane Kokott nelle conclusioni presentate in data 1 marzo 2005, nella causa C-458/03, *Parking Brixen*, punto 2. In dottrina, R. CAVALLO PERIN, D. CASALINI, *L'in house providing: un'impresa dimezzata*, in *Dir. Amm.*, 1, 2006, n. 27, sottolineano che « la distinzione ... tra "in house providing" e "quasi in house providing" ricalca quella tra gestione diretta ed ente strumentale »; sulla distinzione tra le due figure di *in house* v. anche C. IAIONE, *Le società in-house. Contributo allo studio*, cit., pag. 408; U. NEERGAARD, E. SZYSZCZAK, J.W. VAN DE GRONDEN, M. KRAJEWSKI, *Social Services of General Interest in the EU*, Olanda, 2012, 156; P. WANG, R. CAVALLO PERIN, D. CASALINI, *Addressing purchasing arrangements between public sector entities. What can the WTO learn from the EU's experience?*, in S. ARROWSMITH; R.D. ANDERSON (a cura di), *The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform*, 2011, pag. 254; P. SANTORO, E. SANTORO (a cura di), *Manuale dei contratti pubblici*, Rimini, 2011, 921; M.A. ICOLARI, *La nuova organizzazione della riscossione dei tributi nell'ordinamento giuridico nazionale*, in M. BASILAVECCHIA; S. CANNIZZARO; A. CARINCI (a cura di), *La riscossione dei tributi*, Milano, 2011, 17; R. CAVALLO PERIN, D. CASALINI, *Organisation v. Market in purchasing arrangements among public entities: the european perspective*, in Atti del Convegno « *Managing water in a changing world* », Torino, luglio 2009; B. IANNIELLO, R. LOTTINI, *I gruppi di imprese: disciplina civilistica, contabile e profili penali*, Milano, 2008, 22-23; D. CASALINI, *L'alternativa tra mercato e auto-produzioni di beni e servizi*, in *Foro amm. CdS*, 4, 2008; A.D. MAZZILLI, G. MARI, R. CHIEPPA, *I contratti esclusi dall'applicazione del codice dei contratti pubblici*, in M.A. SANDULLI; R.D. NICTOLIS; R. GAROFOLI (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, 2008, pp. 453-454; F. LEGGIADRO, *Il cosiddetto in house providing. L'inquadramento definitorio: in house e quasi in house*, in M. BALDI; R. TOMEI (a cura di), *La disciplina dei contratti pubblici*, Milano, 2007, 1562 e ss.; C. IAIONE, *Gli equilibri instabili dell'in house providing fra principio di auto-organizzazione e tutela della concorrenza. Evoluzione o involuzione della giurisprudenza comunitaria*, in *Giust. civ.*, 1, 2006; F. ROSSI, *Gli affidamenti (quasi) in house*, cit., 456 e ss.; F. GAVERINI, *Nuove precisazioni*, cit.

non espressamente previsto, o, quantomeno, non espressamente escluso.

Il che permette di estendere oltre i confini delle nuove Direttive anche le riflessioni che si può a questo punto passare a svolgere.

4. *Le operazioni "intra gruppo" in ambito pubblicistico: in house indiretto, orizzontale ed inverso.*

Tra gli aspetti più interessanti delle nuove norme vi sono anzitutto alcune previsioni relative alle modalità in cui può essere esercitato il controllo analogo da parte del socio (unico) pubblico (28). Alla luce della nuova disciplina, anche nei rapporti tra Amministrazioni e loro partecipate sono possibili, all'interno della stessa "compagine pubblica" — facente capo ad un medesimo Ente —, i più svariati intrecci relazionali senza gara, così riavvicinando in un certo senso l'istituto alla figura dei rapporti intragruppo, dai quali l'originaria impostazione dottrinale dell'organo indiretto era stata ispirata (29).

(28) Si ricorderà che il controllo analogo fu individuato, sin dalla sentenza *Teckal*, quale primo e fondamentale requisito dell'*in house*, ora disciplinato agli artt. 17, 12 e 28, paragrafi 1 e 2, rispettivamente delle Direttive: concessioni, appalti ordinari ed appalti speciali.

(29) Ci si riferisce a quanto proposto da G. GRECO prima ancora dell'intervento della Corte di giustizia, in merito ai rapporti tra Pubbliche Amministrazioni e loro controllate. L'Autore, commentando una sentenza dei Giudici lussemburghesi in tema di operazioni intragruppo, aveva affermato che, se risulta comunitariamente irrilevante la ripartizione dei lavori all'interno di un gruppo, « non si comprende perché non si possa fare un ulteriore passo e giungere alla conclusione che fuoriescono dalla disciplina comunitaria degli appalti anche i lavori affidati da un ente pubblico ad una società per azioni sulla quale il primo eserciti un'influenza dominante », *ibid.*, *La partecipazione di una holding al mercato dei lavori pubblici e i riflessi sulle S.p.a. a capitale pubblico*, in questa *Rivista*, 6, 1994, pp. 1255-1256. Successivamente, il medesimo Autore, questa volta in commento ad una sentenza della Cassazione che aveva affermato il carattere prettamente privatistico dell'affidamento di una concessione di servizi ad una S.p.A. a capitale pubblico, aveva viceversa rimarcato che « sussiste sempre e per molti profili un rapporto di immedesimazione tra società controllata ed ente controllore », *ibid.*, *Appalti di lavori affidati da S.p.A. in mano pubblica: un revirement giurisprudenziale non privo di qualche paradosso*, in questa *Rivista*, 5, 1995, 1066. Ed ancora, il medesimo Autore, in uno scritto di poco successivo, espressamente aveva affermato che « si potrebbe pur sempre rispolverare la figura dell'« organo indiretto », per giustificare affidamenti senza gara a Società controllate e svolgenti funzioni chiaramente strumentali », *ibid.*, *Gli appalti pubblici di servizi*, cit., 1299. E proprio riprendendo tale suggerimento, in ambito comunitario l'Avvocato Generale La Pergola, nelle conclusioni presentate in data 19 febbraio 1998, nella causa C-360/96, chiamato a pronunciarsi sulla qualificabilità come organismo di diritto pubblico di una società intercomunale a totale partecipazione pubblica, prim'ancora di valutarne la natura di amministrazione aggiudicatrice, sottolineò la mancanza di terzietà della stessa rispetto alle Amministrazioni, ritenendo che « la sua natura può ricondursi alla nozione di organo, seppure in senso lato ed indiretto, della pubblica amministrazione » (punto 36, con rimando in nota allo scritto da ultimo citato *supra*). Conclusioni che furono richiamate a loro volta dall'Avvocato

In tale prospettiva viene anzitutto in rilievo la possibilità di esercitare il controllo analogo in modo "indiretto", ossia per il tramite di un'entità controllata. Si tratta di questione di non poco conto, posto che, ove ciò fosse stato escluso, sarebbe venuta meno in radice la possibilità (per il diritto europeo) di ammettere schemi societari che prevedano la costituzione di un soggetto in funzione di *holding* di altre società *in house* (30).

Sul punto, ad oggi, non si era registrata una giurisprudenza sufficientemente precisa da fugare ogni dubbio. La Corte di giustizia aveva ritenuto ammissibile una simile struttura *in house*, ma in termini assolutamente non definitivi, essendosi limitata ad affermare che non può escludersi *a priori* che il controllo possa essere esercitato oltre che direttamente, anche indirettamente attraverso entità a loro volta partecipate dalla Pubblica amministrazione (31), così realizzando una sorta di matrisca di controllate.

Ad ogni modo il nuovo pacchetto di Direttive in materia di contratti pubblici ha risolto sostanzialmente il problema, avendo espressamente confermato che il controllo analogo può essere esercitato sia direttamente, sia indirettamente tramite una persona giuridica diversa, a sua volta controllata allo stesso modo dall'Amministrazione (32).

Generale Georges Cosmas nelle proprie presentate il 1 luglio 1999, nella causa C-107/98, *Teckal* ove per la prima volta la Corte di giustizia accolse la costruzione dell'*in house*.

(30) In proposito si è rilevato che il tema del controllo indiretto non è secondario in quanto « *sempre più spesso le società di erogazione di servizi pubblici locali ricorrono ad organizzazioni societarie di gruppo, costituendo, ad esempio una holding capogruppo, anche partecipata da uno o più enti pubblici, che crea società sottopartecipate differenti territorialmente o merceologicamente, sino a realizzare molteplici stratificazioni societarie* », A. DI GIOVANNI, *L'attuale regime*, cit., 234.

(31) In tal senso Corte di giustizia, 11 maggio 2006, nella causa C-340/04, *Carbotermo e Consorzio Alisei*, punto 39, ove si legge che il controllo analogo, se pur a seconda delle circostanze del caso può risultare indebolito in caso di Società « intermediaria » tra l'Amministrazione e l'entità *in house*, non è comunque escludibile a priori in caso di partecipazione indiretta. In senso conforme, Corte di giustizia, 8 maggio 2003, nella causa C-349/97, *Spagna c. Commissione*. Nella giurisprudenza nazionale, *ex multis* Cons. Stato, Sez. V, 22 dicembre 2005, 7345; T.A.R. Puglia Bari, Sez. I. 14 aprile 2006, n. 1318. Alla luce della giurisprudenza europea, *Ibid.*, pag. 236 ha commentato che la partecipazione indiretta è possibile « *a patto che tale partecipazione non sia ostativa rispetto all'esercizio del controllo analogo* ». M. DUGATO, *I principi della governance nella disciplina dei servizi pubblici*, in Atti del Convegno « *Il punto sui servizi pubblici locali* », Siena, 10 febbraio 2006, in www.servizipubblicilocali.it. ha tuttavia notato che la stratificazione a livello societario può portare ad una più difficile mediazione tra interesse collettivo ed interesse pubblico, propri dell'ente pubblico, e azione imprenditoriale della società che gestisce il servizio. Prima della citata sentenza *Carbotermo* M.G. ROVERSI MONACO, *I caratteri*, cit., par. 3 aveva correttamente anticipato che « *la Corte di giustizia non è interessata a sindacare sulla natura diretta o indiretta della partecipazione pubblica* ».

(32) Cfr. artt. 17, 12 e 28, paragrafo 1 seconda parte, rispettivamente delle Direttive: concessioni, appalti ordinari ed appalti speciali.

Tale facoltà deve però essere coordinata con quanto previsto a livello nazionale dall'articolo 13 del D.L. del 4 luglio 2006 n. 223 che vieta alle società strumentali di enti regionali e locali di « *partecipare ad altre società o enti aventi sede nel territorio nazionale* ». E poiché una società la cui unica attività sia la gestione delle partecipazioni sarebbe facilmente qualificabile come strumentale, la possibilità di istituire una mera *holding* pubblica di società *in house* sembrerebbe preclusa per dette amministrazioni regionali e locali.

Alla luce del quadro europeo, tuttavia, sorgono ragionevoli dubbi sulla tenuta del divieto nazionale. Posto che la norma *de qua* è stata adottata nell'esercizio della competenza legislativa esclusiva in materia di concorrenza (33), una volta che il contesto giuridico ed economico europeo ha ammesso la creazione di società *holding in house*, non pare più attuale l'affermazione della Corte costituzionale secondo cui « *la norma appare proporzionata rispetto al fine di tutela della concorrenza* » (34).

Se nell'ordinamento europeo si ritiene detta ipotesi compatibile con il mercato unico, e quindi con i principi concorrenziali che le regolano, non si vede perché a livello nazionale asserite esigenze di tutela della concorrenza debbano imporre un così penetrante vincolo, specie alla luce del suddetto parametro di proporzionalità. Semmai, tali norme sembrano oggi rispondere più ad esigenze di risparmio e di taglio degli enti inutili che a logiche di mercato, ma se così è, la compatibilità delle stesse con l'attuale riparto di competenze legislative è tutta da rivedere (35).

Ad ogni modo, pur nella vigenza di tale limite, possono tornare utili nel nostro ordinamento altre due interessanti novità.

Le nuove norme hanno reso possibile quello che potrebbe definirsi un rapporto *in house* "inverso". Il legislatore, con scelta sicuramente condivisibile, ha espressamente riconosciuto la possibilità di configurare affidamenti diretti da parte della partecipata all'Ammi-

(33) Cfr. Corte costituzionale, sentenza dell'1 agosto 2006, n. 326, § 8.5 e ss.

(34) Sentenza Corte costituzionale n. 326/2008, § 8.7.

(35) Infatti, secondo una consolidata giurisprudenza costituzionale, a seguito della riforma del Titolo V della Costituzione, « *l'equazione elementare interesse nazionale = competenza statale, che nella prassi legislativa previgente sorreggeva l'erosione delle funzioni amministrative e delle parallele funzioni legislative delle Regioni, è divenuta priva di ogni valore deontico, giacché l'interesse nazionale non costituisce più un limite, né di legittimità, né di merito, alla competenza legislativa regionale* », Corte cost., 1 ottobre 2003, n. 303; Id., 19 luglio 2005, n. 285. Sul punto in dottrina V. ANTONELLI, *Amministrazione pubblica e unità della Repubblica*, in A. PIOGGIA, L. VANDELLI (a cura di), *La Repubblica delle autonomie nella giurisprudenza costituzionale*, Bologna, 2006, 56.

nistrazione controllante (36). Il che non può stupire più di tanto. Laddove si resti nell'ambito di rapporti interni all'Amministrazione, una volta che si sia sottratto dall'onere della gara il rapporto di tipo discendente, non vi è ragione per non fare altrettanto in relazione al rapporto ascendente.

Ultimo tassello essenziale al fine di poter parlare di operazioni intragruppo è dato dalla possibilità di realizzare affidamenti orizzontali. In dottrina ci si era già domandati se, anche nei rapporti tra soggetti pubblici, fossero possibili affidamenti diretti come già consentito nell'ambito delle operazioni intra-gruppo (37), senza però che sul punto, a quanto consta, fosse mai intervenuta la Corte di giustizia (38).

Le nuove disposizioni hanno reso possibile un rapporto senza gara anche tra entità *in house* partecipate (direttamente) dalla medesima amministrazione. La disposizione riecheggia quella già prevista dall'articolo art. 63 della Direttiva 2004/18/CE (39), ma con la sostanziale differenza che si tratta, nella versione delle nuove norme, di eccezione applicabile a qualsiasi tipo di rapporto tra entità *in house*, a prescindere dalla qualifica soggettiva delle stesse ed indipendentemente dall'oggetto del contratto, posta la generale previsione in tutte e tre le Direttive.

A ben vedere, tuttavia, pur se la terminologia che già si è imposta è quella di rapporto orizzontale (40), occorre sempre tener presente che quelli in esame non sono propriamente rapporti paritetici tra due

(36) Cfr. artt. 17, 12 e 28, paragrafo 2, rispettivamente delle Direttive: concessioni, appalti ordinari ed appalti speciali.

(37) Cfr., per tutti, F.L. HAUSMANN, G. QUEISNER, *In-House Contracts and Inter-Municipal Cooperation - Exceptions from the European Union Procurement Law Should be Applied with Caution*, in *EPPPL*, 3, 2013, 232, i quali sottolineano che « *after the ruling in the Teckal case, it was initially unclear whether the criterion of "similar control" was to be defined more strictly than, for example, the concept of control under corporate law, as referred to in the Utilities Directive with regard to the intra-group exception for contracts between affiliated group companies* ».

(38) Conferma del resto tale circostanza il fatto che, nell'ordinanza di rimessione di cui alla causa *Datenlotsen Informationssysteme* cit., il giudice *a quo* avesse affermato che « *finora, non è stata oggetto della giurisprudenza della Corte la questione ... se un'aggiudicazione d'appalto nell'ambito di una relazione fra tre soggetti, qualificata come "operazione in house orizzontale", rientri nella giurisprudenza derivante dalla sentenza Teckal* ». Ma neppure in tale causa, che per di più concerneva un caso di *in house* multientità, la Corte ha affrontato espressamente la questione, avendo preliminarmente escluso la sussistenza del controllo analogo in relazione ad uno dei due soggetti facenti parte del rapporto trilaterale. Risultano invece particolarmente utili sul punto le conclusioni presentate dall'Avvocato Generale nella citata causa.

(39) Trasposta nel nostro ordinamento nell'articolo 149 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163.

(40) Cfr. Corte di giustizia dell'8 maggio 2014, nella causa C-15/13, *Datenlotsen Infor-*

soggetti autonomamente in grado di determinarsi sull'opportunità di una collaborazione diretta. Qui permane la direzione dell'Amministrazione la quale, in ragione del controllo sulla gestione che la stessa deve avere (41), agisce quale anello di congiunzione tra le due entità.

Più propriamente, dunque, parrebbe doversi parlare di *in house* "incrociato". La questione non ha carattere meramente definitorio, ma aiuta a comprendere il reale significato delle tre disposizioni. Si tratta pur sempre di affidamenti *in house*, ossia di contratti conclusi nell'ambito di un rapporto caratterizzato da un potere del soggetto capofila tale per cui l'intera operazione deve essere promanazione dell'univoca volontà di quest'ultimo.

Il che aiuta a spiegare il perché il legislatore abbia previsto l'*in house* orizzontale, così come quello inverso ed indiretto, solo nel caso di partecipazione "solitaria".

L'*in house* c.d. pluripartecipato ha trovato posto nelle nuove Direttive in previsioni specifiche, autonome rispetto alle precedenti (42), tra cui non figurano disposizioni analoghe a quelle sopra menzionate. L'omissione non pare casuale, né sembrerebbe voler implicare un richiamo alle precedenti disposizioni.

Nel disciplinare i requisiti dell'*in house* partecipato da più enti, il legislatore europeo non si è limitato ad un mero richiamo, integrato da previsioni speciali di tipo derogatorio rispetto ad un modello "di base", ma ha, viceversa, riprodotto interamente tutti i requisiti, definendone gli specifici contenuti rispetto alle peculiarità della fattispecie. Si è di fronte, pertanto, ad una compiuta ed autonoma disciplina, nella quale deve prendersi atto che il legislatore non ha volutamente riprodotto alcune previsioni inserite nei precedenti paragrafi.

Sicché, posto che, come si è detto, si impone un'interpretazione restrittiva delle nuove norme, non pare che queste ultime possano includere aperture che il legislatore, con una doppia e diversa disci-

mationsysteme, che parla di *in house* orizzontale. Per l'uso di detta espressione cfr. anche conclusioni dell'Avvocato Generale nella medesima causa.

(41) Sull'intensità del controllo analogo, cfr. sentenza della Corte di giustizia del 13 ottobre 2005, nella causa C-458/03, *Parking Brixen*, punti 62 e ss. in particolare. Ed in senso del pari decisamente rigoroso, cfr. anche, *ex multis*, Corte di giustizia, 6 aprile 2006, nella causa C-410/04, *ANAV*. In senso analogo anche la giurisprudenza nazionale, cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 3 marzo 2008, n. 1; *Ibid.*, Sez. V, 13 luglio 2006, n. 4440; T.A.R. Piemonte Torino, Sez. I, 21 luglio 2009, n. 2074.

(42) Cfr. artt. 17, 12 e 28, paragrafo 3, rispettivamente delle Direttive: concessioni, appalti ordinari ed appalti speciali.

plina, ha voluto escludere. Del resto, se le Amministrazioni controllanti fossero più d'una, non sarebbe possibile ricondurre le azioni dei soggetti controllati ad un unico centro decisionale, come invece si è visto accadere nell'ambito di quelle che si sono dette "operazioni intragruppo" (43).

Ci si può a questo punto domandare in che modo anche le nuove disposizioni in tema di rapporti orizzontali ed inversi possano venire in gioco, come si è visto in relazione al controllo indiretto, nell'interpretazione dei limiti imposti dal citato articolo 13.

Come noto, in base a tale norma le società strumentali « *devono operare con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti* ». Sicché, un'applicazione letterale della prescrizione potrebbe precludere i nuovi rapporti "interni" tutte le volte che il soggetto *in house* rientri nel campo applicativo dell'art. 13.

Tuttavia, si potrebbe ipotizzare che, essendo oggi ammesso a livello europeo l'affidamento diretto "*intra gruppo*" tra controllate del medesimo Ente, possa applicarsi la stessa logica anche nel caso di società strumentali (*in house*). Posto, infatti, che entrambe le fattispecie costituiscono casi di autoproduzione e che, di conseguenza, l'intero assetto dei rapporti facenti capo all'amministrazione controllante è da intendersi come mero rapporto interno, una lettura sistematica degli istituti potrebbe suggerire di estendere l'approccio europeo anche al caso delle società strumentali.

Posto che i soggetti *in house* sono sostanzialmente assimilabili alla Pubblica Amministrazione controllante anche qualora non direttamente partecipati, si può ritenere che le società strumentali possano agire (ai sensi del citato articolo 13) non solo nei confronti dell'Amministrazione in senso stretto, ma anche verso tutte le ulteriori imprese da questa controllate tramite un rapporto *in house*.

(43) Il che risulta peraltro essere stato di recente condiviso anche dall'Avvocato Generale Paolo Mengozzi nelle conclusioni presentate il 23 gennaio 2014, causa C-15/13, *Datenlotsen Informationssysteme*, punto 44, che « *l'eccezione all'applicazione delle norme dell'Unione per gli affidamenti interni orizzontali possa essere ammissibile solo ove l'organismo che esercita il controllo analogo sui due soggetti ... sia non solo lo stesso, ma eserciti il controllo analogo in maniera esclusiva [e] che debba essere esclusa la possibilità di un'estensione dell'eccezione « in house » ai casi di operazioni di natura orizzontale concluse tra soggetti su cui un'amministrazione esercita un controllo analogo ... in maniera congiunta con altre amministrazioni aggiudicatrici* ». Il che è stato peraltro implicitamente avvalorato dalla Corte di giustizia nella relativa sentenza *Datenlotsen Informationssysteme*, cit., punti 26-31 in particolare. In commento alla pronuncia, quale primo cenno a questa figura di controllo analogo, cfr. G. GRECO, *Prima apparizione dell'istituto dell'in house c.d. orizzontale*, in *EuroJus.it*, 2014.

Il che permetterebbe, anche da un punto di vista interno, le più svariate operazioni interne tra i diversi soggetti di cui la figura pubblica si compone.

5. *La prevalenza delle attività: il nuovo approccio quantitativo.*

Il secondo fondamentale requisito dell'*in house* affermato a partire dalla citata sentenza *Teckal* è rappresentato dal necessario prevalente esercizio a favore dell'Amministrazione controllante (44).

Sul punto l'intervento del legislatore è stato decisivo. Le nuove Direttive hanno dato un taglio netto ai precedenti dubbi interpretativi, chiarendo una volta per tutte, che per ritenere integrato il requisito della prevalenza è necessario che almeno l'80% delle attività della persona giuridica partecipata siano effettuate nello svolgimento di compiti ad essa affidati dall'Amministrazione controllante (45).

Il legislatore, avvalorando una soluzione già prospettata in dottrina sul punto (46), ha così sancito definitivamente la misura entro cui una società soggetta a *controllo analogo* può agire al di fuori degli affidamenti da parte dell'Amministrazione partecipante senza per ciò perdere il proprio *status* di entità *in house*.

La nuova misura fissata dal legislatore potrebbe sembrare alquanto "generosa", ove si considerasse che, in precedenza, la giurisprudenza aveva richiesto un'analisi non solo quantitativa, ma anche qualitativa delle attività svolte a favore di terzi (47). Ma, a ben

(44) Si legge infatti già nella sentenza *Teckal* che al fine di qualificare un'entità giuridicamente distinta dall'Amministrazione affidante come *in house*, è necessario che « questa persona realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che la controllano » (punto 50).

(45) Cfr. artt. 17, 12 e 28, paragrafo 1, lett. b), rispettivamente delle Direttive: concessioni, appalti ordinari ed appalti speciali.

(46) Si era infatti suggerito che, in assenza di specifiche indicazioni legislative, la prevalenza andrebbe identificata nel 80% del fatturato, in analogia alla definizione di affidamento diretto ad imprese collegate di cui all'articolo 13 della Direttiva (poi articolo 23, paragrafo 3, Direttiva 2004/17/CE), in tal senso G. CAIA, *Autonomia territoriale*, cit., par. 5.3 e S. COLOMBARI, *Delegazione interorganica ovvero in house providing nei servizi pubblici locali*, in *Foro amm. CdS*, 4, 2004, par. 7. Si è anche proposto di non valutare l'intero fatturato globalmente inteso, ma scomporlo in relazione alle singole attività, al fine di evitare i c.d. sussidi incrociati, pur tuttavia concludendo che prendere in considerazione cumulativamente il fatturato globale risulta il criterio interpretativo di più agevole applicazione, R. CAVALLI PERIN, D. CASALINI, *L'in house providing: un'impresa dimezzata*, cit., par. 4. A. DI GIOVANNI, *L'attuale regime*, cit., 237, sottolinea che devono considerarsi solo le attività concretamente poste in essere, e non tutte quelle astrattamente previste dalla legge o dallo statuto.

(47) Cfr. la già citata sentenza in data 11 maggio 2006, nella causa C-340/04, *Carbotermo e Consorzio Alisei*, punti 60 e ss.; conclusione peraltro criticata dalla Dottrina, secondo cui

vedere, la scelta del legislatore europeo appare cionondimeno in linea con la *ratio* del limite imposto alle società *in house*.

Sin dalla sentenza *Teckal*, il requisito della prevalenza è stato posto al fine di evitare che le entità beneficianti di un affidamento diretto — e quindi sottratte per tali attività alla “pressione” concorrenziale — sfruttino sul mercato interno il vantaggio competitivo derivante da un affidamento diretto (48).

Va tuttavia considerato in tale ottica che a tutela del mercato interno, ancor prima del requisito della prevalenza delle attività, sono poste le norme in materia di aiuti di Stato. Il vantaggio concorrenziale di cui può godere un’entità *in house* non può comunque andare oltre alla possibilità di aggiudicarsi una determinata commessa senza confronto concorrenziale. Viceversa, prezzi tariffari gonfiati, compensazioni eccessive, o qualsiasi altra misura conferente un qualche vantaggio sarebbe illegittima laddove non conforme all’art. 107 TFUE. Ivi incluso, si noti, qualsiasi trasferimento di mezzi, risorse o *know how* a condizioni più favorevoli di quelle di mercato (49). Il che, pertanto, da un punto di vista europeo, può ritenersi sufficiente a garantire che il vantaggio competitivo di cui beneficia un’entità *in house* non possa comunque tradursi in remunerazioni per le proprie attività superiori a quelle cui potrebbe ambire in regime di mercato. Ivi inclusi i casi in cui siano riconosciute compensazioni per oneri di servizio pubblico (50).

il criterio qualitativo si rivelava « equivoco », cfr. G. CORSO, G. FARES, *Crepuscolo dell’« in house »?*, cit., par. 4.

(48) Secondo l’impostazione della Corte di giustizia, condivisa anche dalla dottrina (cfr. tra i tanti, M.G. ROVERSI MONACO, *I caratteri*, cit., par. 6), il vincolo della prevalenza delle attività è finalizzato a garantire che la normativa in tema di appalti pubblici trovi applicazione — e quindi non sia consentito l’affidamento diretto in base all’eccezione in esame — laddove un’impresa, pur soggetta ad un « controllo analogo » da parte di uno o più Enti pubblici, sia attiva sul mercato e venga pertanto a porsi in concorrenza con altre imprese (v. sentenza *Carbotermo e Consorzio Alisei*, cit., punto 60). Dello stesso avviso è stata anche la Corte costituzionale, secondo la cui giurisprudenza una consistente attività « esterna » falserebbe il confronto concorrenziale con altre imprese che non usufruiscono dei vantaggi connessi all’affidamento diretto e più in generale dei privilegi che derivano all’affidatario dall’esser parte della struttura organizzativa dell’ente locale, cfr. G. CORSO, G. FARES, *Crepuscolo dell’« in house »?*, cit., par. 3, in commento a Corte costituzionale, sentenza del 23 dicembre 2008, n. 439. Ma sul punto cfr. *ex multis*, anche la sentenza della Corte costituzionale in data 1 agosto 2008, n. 326, punto 8.6, nel giudizio sull’articolo 13 del d.l. del 4 luglio 2006, n. 223, di cui si è detto.

(49) In proposito si permetta di rinviare a quanto già detto in G. CARULLO, *State Resources in the Case Law: Imputability Under an Organizational Perspective*, in *EStAL*, 3, 2013.

(50) In tema di compensazioni per oneri di servizio pubblico, nella nota sentenza del 24 luglio 2003, nella causa C-280/00, *Altmark*, la Corte affermò che queste non rientrano nella definizione di cui all’articolo 107 TFUE, per assenza del requisito del « vantaggio finanziario »,

Ciò significa che, in ottica europea, il rischio di pratiche di *leveraging* da parte di una società *in house* è ridimensionato dal fatto che la stessa non dovrebbe, di norma, disporre di mezzi più a buon mercato rispetto ad un qualsiasi altro operatore economico. Minori prezzi praticati sul libero mercato da un soggetto *in house* non potrebbero perciò essere il risultato di maggiori utili ottenuti nell'ambito di un affidamento diretto.

Il che, dunque, ben giustifica l'approccio meno conservativo del legislatore sul secondo requisito della prevalenza.

A margine di tale ragionamento, ci si può allora domandare se il requisito della prevalenza possa essere pregiudicato da attività svolte da eventuali *sub* partecipate — nei limiti s'intende entro cui l'ordinamento nazionale le consente (51) —, dotate di piena ed effettiva autonomia.

Le nuove Direttive si limitano a prescrivere che la percentuale dell'80% deve essere calcolata in rapporto alle attività realizzate nell'ambito degli affidamenti svolti su indicazione dell'amministrazione controllante. Sul punto, a quanto consta, ad oggi né la giurisprudenza europea, né il legislatore, hanno mai suggerito che sia necessario valutare la prevalenza dell'attività avendo riguardo al bilancio non già del solo soggetto *in house*, ma anche del bilancio consolidato di quest'ultimo.

Si potrebbe dunque immaginare che un soggetto partecipato da una società *in house*, ma dotato di piena autonomia, non vada ad influire sul fatturato della controllata. Non pare infatti essere in contraddizione con il quadro europeo la creazione di un veicolo societario, con piena autonomia ed indipendenza rispetto all'entità *in house*, che, distribuendo al socio (od ai soci) solo la parte dell'utile derivante dalle attività svolte in proprio, possa influire nella minor

al ricorrere di quattro condizioni cumulative: i) sussistenza di formale incarico di servizio pubblico; ii) previa definizione dei criteri di calcolo del compenso; iii) congruità del compenso rispetto ai costi del servizio; iv) calcolo della congruità della compensazione tenendo conto, in caso di affidamento senza gara, dei costi di un'impresa media, gestita in modo efficiente e adeguatamente dotata di mezzi. In ultimo la Corte ha confermato la giurisprudenza *Altmark* nella sentenza dell'8 maggio 2013, nelle cause riunite C-197/11 e C-203/11, *Libert e a.*, punti 84-102. In dottrina sul punto cfr. M. WALTER, *One Year into the State Aid Modernisation Initiative: Proceedings of the 11th EStALI Experts' Forum, Brussels, 6-7 June 2013*, in *EStAL*, 4, 2013, 761.

(51) Si è già accennato del divieto *ex art. 13 del D.L. 223/2006*. In proposito deve tuttavia aggiungersi che si tratta di limite che, da un lato, vale solo per le società strumentali e, dall'altro, che va circoscritto alle sole partecipazioni in società italiane, come conferma F. FRACCHIA, *In house providing*, cit., 252. Per una recente analisi dei limiti nazionali, cfr. G. TACCOGNA, *La disciplina dell'organizzazione amministrativa*, Trento, 2014, 284 e ss.

misura possibile sul calcolo del fatturato. Laddove, invece, il soggetto *sub* partecipato fosse a sua volta un'entità *in house*, si entrerebbe nell'ipotesi di controllo indiretto di cui s'è detto, sicuramente da far rientrare nel limite dell'80%.

Problema analogo si pone in rapporto alla possibilità, riconosciuta espressamente dalle nuove Direttive, di sottoscrivere senza gara accordi tra pubbliche amministrazioni (52). Tralasciando, l'analisi di tale istituto, ciò che deve essere valutato in questa sede è, invece, se tale ulteriore eccezione possa in qualche modo influenzare la determinazione del fatturato globale dell'entità *in house*, in relazione al limite dell'80%. V'è da chiedersi se tra le attività svolte a favore della controllante possano essere ascritti anche quegli eventuali compiti che l'Amministrazione abbia demandato alla sua partecipata *in house* al fine di dare esecuzione ad un accordo sottoscritto con un'altra Amministrazione o se, invece, gli stessi vadano intesi quali attività a favore di terzi.

Per rispondere a tale interrogativo va ricordato che, ai sensi delle nuove Direttive, ma anche della giurisprudenza espressasi sul punto ed alla luce della risoluzione in proposito del Parlamento europeo (53), affinché gli accordi tra Amministrazioni possano essere esentati dall'obbligo di gara devono essere volti a conseguire interessi comuni alle parti. Di conseguenza, si può immaginare che il

(52) Le Direttive hanno infatti confermato quanto già in precedenza affermato dal Parlamento europeo (V. Risoluzione del Parlamento europeo del 18 maggio 2010 sui nuovi sviluppi in materia di appalti pubblici — 2009/2175 INI — in particolare paragrafo 9 e seguenti) che, partendo dal riconoscimento ad opera del Trattato di Lisbona del diritto all'autonomia regionale e locale, ha valorizzato la possibilità accordata dalla giurisprudenza comunitaria alle autorità pubbliche di ricorrere ai propri strumenti per adempiere alle missioni di diritto pubblico loro affidate in collaborazione con altre autorità pubbliche ed ha sottolineato che i partenariati pubblico-pubblico, così come gli accordi di collaborazione tra autorità locali, non rientrano nel campo di applicazione delle direttive sugli appalti pubblici a condizione che siano soddisfatti i seguenti criteri: *a*) lo scopo del partenariato è l'esecuzione di un compito di servizio pubblico spettante a tutte le autorità locali in questione; *b*) il compito è svolto esclusivamente dalle autorità pubbliche, senza la partecipazione di privati o di imprese private; *c*) l'attività è espletata essenzialmente per le autorità pubbliche coinvolte. Tale posizione trova inoltre il supporto della giurisprudenza europea espressasi sul tema in risposta ad una questione pregiudiziale sollevata dal Consiglio di Stato in merito agli accordi tra amministrazioni (ordinanza del Cons. Stato, Sez. V, 15 febbraio 2011, n. 966). La Corte ha sottolineato che un contratto tra pubbliche amministrazioni — se pur astrattamente non sottratto all'obbligo di gara per il sol fatto di essere stipulato tra soggetti pubblici o di prevedere una remunerazione limitata al rimborso delle spese (sentenza della Corte di giustizia del 19 dicembre 2012, nella causa C-159/11, *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e a.*, punto 29) — può essere esentato dall'onere della gara qualora sia volto ad istituire una cooperazione tra enti pubblici finalizzata a garantire l'adempimento di una funzione di servizio pubblico comune a questi (sentenza *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e a.*, cit., punto 34, ed anche sentenza del 9 giugno 2009, nella causa C-480/06, *Commissione/Germania*, punto 37).

(53) Cfr. *supra*, ed in particolare nota 52.

requisito della prevalenza delle attività possa essere integrato anche da attività svolte in affidamento diretto da parte della controllante, per l'esecuzione di accordi con altre Amministrazioni, ma solo nella stretta misura in cui la prestazione vada direttamente a favore (anche) dell'ente controllante, indipendentemente dal fatto che ne possa poi eventualmente beneficiare anche l'altra parte contraente.

Per concludere in merito al requisito della prevalenza, è ancora una volta necessaria un'ultima riflessione sul già citato articolo 13. Il secondo comma della norma dispone che le società strumentali « sono ad oggetto sociale esclusivo ». Nell'incertezza che si registra sul significato da attribuire a tale prescrizione, può venire in aiuto il quadro europeo di recente introduzione.

Si è visto che, superando il precedente orientamento della giurisprudenza della Corte, il legislatore europeo, per determinare la prevalenza delle attività, ha abbandonato il criterio qualitativo, affidandosi esclusivamente ad un criterio quantitativo. Considerato che, come si è detto, l'articolo 13 è stato adottato dal legislatore in base alla competenza esclusiva in materia di concorrenza (54), prendendo spunto dalle nuove disposizioni in tema di *in house* può proporsi un'interpretazione a livello nazionale del requisito dell'esclusività dell'oggetto sociale coerente con il contesto europeo e, quindi, con le guarentigie ivi previste a tutela del mercato unico (e, così, della concorrenza).

Anche in rapporto alle società strumentali, l'esclusività non andrebbe riferita al tipo di attività svolte (criterio qualitativo), ma solo al soggetto a favore del quale vengono rese rispetto a quanto previsto in statuto (criterio quantitativo). Il che sarebbe in linea con la posizione dei Giudici amministrativi secondo cui le disposizioni nazionali non vietano le c.d. società *multiutilities*, ma mirano solo ad evitare che una società strumentale (quali che siano le attività svolte) dopo l'affidamento « possa andare a fare altro » (55).

Tale lettura permetterebbe peraltro di superare il più restrittivo orientamento delle Corti contabili secondo cui l'articolo 13, secondo comma, preclude alle società che svolgono attività strumentali di

(54) Cfr. ancora la sentenza della Corte costituzionale n. 326/2008, § 8.5 e ss.

(55) Così l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, sentenza del 3 marzo 2008, n. 1, poi confermata a più riprese da successive pronunce, cfr. *ex multis* Cons. Stato, Sez. V, 5 marzo 2010, n. 1282. Più di recente in tal senso anche le pronunce che, in ottica restrittiva, per la qualifica di una società come *multiutilities* impongono di guardare non alle previsioni statutarie, ma alle attività concretamente svolte: Cons. Stato, Sez. V, 3 giugno 2013, n. 3022; Cons. Stato, Sez. VI, 8 maggio 2014, n. 2362.

svolgere anche servizi pubblici, imponendo così, per adeguarvisi, la separazione societaria (56).

Quest'ultima prospettiva, tuttavia, non solo non è supportata da alcuna norma nazionale che imponga espressamente l'*unbundling* tra attività strumentali e non, ma è oggi addirittura smentita anche dall'interpretazione sistematica coerente con il quadro europeo qui proposta. Ciò che conta ai fini della tutela del mercato interno e, quindi, del corretto funzionamento dello stesso, non è il tipo di attività svolta, ma solo la misura in cui un soggetto affidatario diretto è libero di agire a favore di terzi.

Pertanto, grazie al supporto delle nuove disposizioni europee, sembra decisamente preferibile affermare che, allo stato, l'esclusività dell'oggetto prevista dall'articolo 13, comma 2, del D.L. 223/2006, non vieti affatto le c.d. società *multiutilities*, purché le stesse agiscano *esclusivamente* (il che definisce il *quantum* prescritto dal legislatore nazionale) « con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti ».

6. *Il problema della partecipazione privata e la tutela della posizione di primazia del socio pubblico.*

Terzo e fondamentale requisito posto dalle Direttive è la tendenziale assenza di capitale privato dalla compagine sociale (57).

Le novità in proposito non possono passare inosservate. In primo luogo v'è la stessa autonoma rilevanza che il requisito ha acquistato in sede legislativa, quando in precedenza era ricondotto al più generale presupposto del controllo analogo, ritenendosi che la presenza di privati lo escludesse (58). In secondo luogo, e questo spiega perché il legislatore abbia ritenuto di dover meglio precisare il requisito in parola conferendogli autonoma rilevanza, è del tutto significativo che si debba oggi dire “tendenziale” assenza di capitale

(56) Cfr. Corte Conti, Sezione Controllo Regione Lombardia, parere del 7 ottobre 2013, n. 411; *ibid.*, parere del 17 ottobre 2011, n. 517; *ibid.*, parere del 21 maggio 2012, n. 221; *ibid.*, parere del 12 dicembre 2011, n. 653.

(57) Cfr. artt. 17, 12 e 28, par. 1, lett. c), rispettivamente delle Direttive: concessioni, appalti ordinari ed appalti speciali.

(58) Si è infatti chiarito che « la problematica dell'individuazione in capo al socio amministrazione pubblica di concreti poteri di « controllo » analogo è subordinato all'elemento teologico degli obiettivi perseguiti », F. Rossi, *Gli affidamenti (quasi) in house*, cit., par. 4. In altri termini, laddove subentri un socio privato, secondo la Corte non potrebbe esservi controllo analogo in quanto i fini perseguiti non sarebbero più nell'esclusiva disponibilità dell'Amministrazione.

privato, quando in passato l'aggettivo d'obbligo sarebbe stato "assoluta".

Come noto, la giurisprudenza europea aveva ripetutamente confermato che nella compagine sociale di un soggetto *in house* non possono esservi soggetti privati (59). Posizione peraltro di recente confermata anche in rapporto ad un'associazione di pubblica utilità senza scopo di lucro (60). In linea con tale consolidato orientamento, si era del pari affermata a livello europeo l'idea secondo cui non si può qualificare come *in house* un'entità il cui capitale, anche solo potenzialmente, sia aperto alla futura partecipazione privata (61).

In senso contrario rispetto a tale granitico indirizzo, si registra solo una dissonante pronuncia, a quanto consta del tutto isolata (62), che ha ritenuto legittimo un affidamento *in house* a favore di una società compartecipata da privati. In tale specifica occasione, i Giudici europei avevano ritenuto che i privati non potessero influenzare il processo decisionale della società in misura tale da far venire meno il controllo analogo e che, pertanto, detta partecipazione non fosse

(59) Circostanza a più riprese confermata a partire dalla nota sentenza *Stadt Halle* (Corte di giustizia, 11 gennaio 2005, C-26/03, *Stadt Halle*, punto 49). Vista la diversa posizione assunta dal legislatore europeo, sul punto va detto tuttavia che detto formalistico orientamento non era restato privo di critiche nemmeno a livello europeo. L'Avvocato Generale Christine Stix-Hackl nelle conclusioni presentate in tale causa il 23 settembre 2004, aveva espressamente ritenuto che « *in linea di principio, il coinvolgimento di imprese private non comporta alcun pregiudizio* » (punto 70). Anche in dottrina C.E. GALLO, *Disciplina e gestione dei servizi pubblici economici*, cit., par. 8, sottolineò che « *comunque, la presenza di un soggetto in minoranza non potrebbe garantire l'affermarsi della volontà della maggioranza* ».

(60) Cfr. la recente sentenza della Corte di giustizia, del 19 giugno 2014, nella causa C-574/12, *Centro Hospitalar de Setúbal e SUCH*, punto 44.

(61) Sentenza del 6 aprile 2006, in causa C-410/04, *ANAV*, punti 30-33. Anche nella sentenza del 21 luglio 2005, nella causa C-231/03, *Coname*, la Corte di giustizia aveva espressamente affermato che l'apertura della Società « *al capitale privato, [...] impedisce di considerarla come una struttura di gestione « interna » di un servizio pubblico nell'ambito dei comuni che ne fanno parte* » (punto 26). Vale evidenziare che la possibilità di subentro da parte dei privati è condizione immediatamente verificabile al momento dell'affidamento attraverso la disamina delle previsioni regolanti la fattispecie concreta, e non rappresenta, pertanto, una valutazione speculativa sull'assetto societario futuro, quanto piuttosto un'analisi delle concrete possibilità di apertura al capitale privato. Ne deriva che tale soluzione non pare smentire la regola secondo cui « *occorre in generale esaminare l'eventuale obbligo per l'autorità aggiudicatrice di procedere ad una gara d'appalto alla luce delle condizioni esistenti alla data dell'aggiudicazione* », Corte di giustizia, 10 novembre 2005, nella causa C-29/04, *Commissione / Austria*, punto 38. Senza comunque contare che, secondo detta pronuncia, in determinate situazioni è pur sempre possibile prendere « *in considerazione avvenimenti successivamente intervenuti* » (*ibid.*). Sul punto si vedano anche le conclusioni dell'Avvocato Generale L.A. Geelhoed presentate il 12 gennaio 2006 nella causa *ANAV*.

(62) Tant'è che in dottrina si è citata tale sentenza proprio per sottolineare come a volte l'altalenare della giurisprudenza europea si traduca in un « *moltiplicatore di incertezze, piuttosto che un parametro di riferimento saldo e chiaro* », cfr. F. FRACCHIA, *Ordinamento comunitario*, cit., 72.

rilevante ai fini della qualificabilità del rapporto come interno all'Amministrazione (63).

Tale passaggio della motivazione consente di comprendere per quale motivo le nuove disposizioni abbiano ammesso, tanto per i casi di controllo individuale, quanto per l'*in house* pluripartecipato, la presenza di capitali privati nella compagine sociale. Tale possibilità resta subordinata alla circostanza che il socio privato non possa in alcun modo influire sul processo decisionale pubblico, come dimostra il triplice ordine di requisiti, cumulativi, all'uopo previsti: non deve sussistere alcun « *controllo o potere di veto* »; tali partecipazioni devono essere « *prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati* »; ed il socio privato non può essere comunque in grado di esercitare « *un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata* » (64).

In un'ottica europea l'eccezione non stupisce più di tanto, alla luce della motivazione che il legislatore europeo stesso ha dichiaratamente posto a fondamento di tale disposizione. Come chiarito dai rispettivi considerando delle Direttive, « *tali partecipazioni non incidono negativamente sulla concorrenza tra operatori economici privati* » (65). Ciò in quanto, una volta che si sia assicurato che il socio privato non può influire sul processo decisionale dell'entità *in house*, viene meno il rischio che le esigenze collegate ad obiettivi di interesse pubblico, che corrispondono (*rectius*, dovrebbero corrispondere) alla partecipazione pubblica, vengano "inquinata" dalle logiche privatistiche (66).

(63) In parziale distonia rispetto all'indirizzo accolto nelle altre pronunce, la Corte di giustizia, nella sentenza del 17 luglio 2008, nella causa C-371/05, *Commissione/Italia*, ha ritenuto che « *la possibilità per i privati di partecipare al capitale della società aggiudicataria, in considerazione in particolare della forma societaria di quest'ultima, non è sufficiente, in assenza di una loro effettiva partecipazione al momento della stipula di una convenzione come quella di cui trattasi nella presente causa, per concludere che la prima condizione, relativa al controllo dell'autorità pubblica, non sia soddisfatta. ... 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 ... Tuttavia, nella fattispecie, è gioco forza constatare che la Commissione non è riuscita a fornire la prova dell'esistenza di tali circostanze particolari* », punti 29 e 30.

(64) Cfr. artt. 17, 12 e 28, paragrafo 1, lett. c) per tutti, rispettivamente delle Direttive: concessioni, appalti ordinari ed appalti speciali.

(65) Cfr. considerando 46 e 32, paragrafo 2 per tutti, rispettivamente della Direttiva Concessioni e di quella relativa agli appalti nei settori ordinari. Nonostante l'omissione, pare che il considerando, stante l'identità delle norme, possa valere anche in rapporto alla Direttiva nei settori speciali.

(66) Tale era il presupposto sulla base del quale, a partire dalla sentenza *Stadt Halle*, cit., punto 50, si è sempre esclusa la possibilità di partecipazioni private nel capitale di un

Data tale *ratio* delle nuove norme, può ritenersi che il requisito della “assenza di controllo” in capo ai privati, ed in particolare quello dell’assenza di « *un’influenza determinante* », suggeriscono che la partecipazione dei privati debba essere tale da non poter influire sulle determinazioni del socio pubblico. E poiché, come affermato dalla precedente giurisprudenza, anche una partecipazione minoritaria potrebbe “inquinare” il processo decisionale, parrebbero preferibili soluzioni che prevedano l’emissione di azioni senza diritto di voto. Non v’è poi dubbio che debba sempre persistere la maggioranza di capitale pubblico. Senonché una frammentazione dell’azionariato tra più Enti potrebbe comunque garantire la maggioranza relativa al privato. Il che, suggerisce di preferire partecipazioni private ultraminoritarie.

Del pari, offre validi spunti interpretativi il secondo requisito, ed in particolare l’espressione « *disposizioni legislative nazionali* ». In senso restrittivo potrebbe ipotizzarsi di dover circoscrivere il campo ai soli atti legislativi statali. Ma una lettura più coerente con la consueta terminologia europea (solitamente indifferente alle ripartizioni dei poteri a livello nazionale) suggerisce di intendere per tali anche gli atti legislativi regionali. Né pare esclusa la possibilità, quantomeno in forma esecutiva od integrativa, di legittimare la partecipazione di privati anche tramite atti normativi di rango secondario.

Non è poi del tutto chiaro cosa debba intendersi con « *prescritte* », ossia se le disposizioni legislative debbano essere di tenore tale da escludere qualsivoglia apprezzamento in capo alle Amministrazioni o se possa prevedersi anche un potere non vincolato circa l’opportunità di estendere la partecipazione a dei privati. Questa seconda soluzione, tuttavia, parrebbe preferibile, quantomeno nella misura in cui sia lasciata all’Amministrazione la possibilità di valutare, caso per caso, l’effettiva utilità della partecipazione dei privati all’interno della compagine sociale, in vista dell’eventuale arricchimento del bagaglio di risorse della partecipata grazie al *know-how* dell’imprenditoria privata.

Pur se il testo legislativo permetterebbe anche più ardite soluzioni, nell’ambiguità che connota le nuove disposizioni sembrano

soggetto *in house*. Difatti, in dottrina F. ASTONE, *La nuova funzione*, cit., 332, ha rilevato come nell’*in house* lo scopo lucrativo è sostituito « *dallo svolgimento di determinate fasi del processo produttivo-erogativo dei rispettivi enti* ».

sicuramente preferibili opzioni restrittive quali quelle proposte, vista la nota, e già menzionata, tendenza della Corte di giustizia a dare una lettura sempre più rigorosa dell'istituto.

7. *Riflessioni conclusive.*

A conclusione della breve analisi che si è proposta, si può a questo punto confermare la sensazione che si era anticipata in apertura. Pur se sono sicuramente rinvenibili alcune aperture nelle nuove disposizioni, non si può parlare di vere e proprie novità. L'ottica europea resta restrittiva e continua a guardare all'affidamento *in house* quale mera eccezione, percorribile solo nella stretta misura in cui non possa costituire un ostacolo rispetto all'obbiettivo («imperativo» (67)) del mercato interno.

Piuttosto, sul versante nazionale, un interessante elemento di novità è dato dal fatto che il quadro legislativo che discende dalle nuove Direttive può offrire utili parametri per la rilettura delle previgenti norme nazionali, dando così una qualche unità ad un sistema di norme troppe volte frutto di interventi settoriali.

Certo è, comunque, che, nonostante le numerose precisazioni su molti dei punti ancora dubbi dell'istituto, nemmeno le nuove norme riusciranno con ogni probabilità a chiudere una volta per tutte le

(67) Per sottolineare la primazia del mercato interno, con l'espressione di R. WHISH, D. BAILEY, *Competition Law*, VII ed., Oxford, 2012, 51 «*the single market imperative*». Il dato è pacifico anche nella dottrina nazionale, cfr. G. TESAURO, *Diritto comunitario*, VII ed., Padova, 2012, pag. 365, secondo il quale «*nel processo di integrazione europea globalmente considerato, la realizzazione di un mercato comune ... ha avuto da sempre un ruolo centrale*». A dimostrazione del peso dell'intervento europeo, basti richiamare G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, 2005, 20, secondo cui «*tutte le discipline di settore, nel breve volgere di un lustro, sono radicalmente riformate. I regimi di riserva consentiti dall'art. 43 cost. sono in larga misura superati: è il diritto europeo a stabilire in quali casi è eccezionalmente ammesso il conferimento di diritti speciali ed esclusivi*». Sul punto, oltre di nuovo a G. NAPOLITANO, *L'energia elettrica e il gas*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di Diritto Amministrativo*, vol. III, II ed., Milano, 2003, 2189 e ss., anche N. RANGONE, *I trasporti pubblici di linea*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di Diritto Amministrativo*, vol. III, II ed., Milano, 2003, 2265, e, dalla medesima Autrice, *Le telecomunicazioni*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di Diritto Amministrativo*, vol. III, II ed., Milano, 2003, 2391. In chiave europea si vedano sui medesimi temi: N. AICARDI, *Energia*, in M.P. CHITI, G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo. Parte Speciale*, II ed., Milano, 2007, 1007; D.-U. GALETTA, M. GIAVAZZI, *Trasporti terrestri*, in M.P. CHITI, G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo. Parte Speciale*, II ed., Milano, 2007, 2174; R. PEREZ, *Comunicazioni elettroniche*, in M.P. CHITI, G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo. Parte Speciale*, II ed., Milano, 2007, 783. Sui temi dei servizi a rete e, quindi, dei connessi problemi qualificatori e di contenuto dei servizi stessi, in chiave comparatistica ed in prospettiva europea post liberalizzazione, si veda E. FERRARI (a cura di), *I servizi a rete in Europa: concorrenza tra gli operatori e garanzia dei cittadini*, Milano, 2000.

incertezze su un istituto che, dalla sua nascita, ha impegnato giurisprudenza e dottrina come pochi altri. Anzi, la codificazione dell'eccezione, delle due, potrà forse indurre ad un più largo ricorso alla stessa, con conseguente emersione di nuove problematiche.

Sempre che, ovviamente, il nostro legislatore, nell'interminabile turbinio di riforme a cui ci ha abituato da tempo in materia di servizi pubblici locali (68), non torni ancora sull'argomento e, nonostante quanto di recente statuito dalla stessa Corte costituzionale (69), non decida di introdurre nuovi limiti, ulteriori a quelli europei. Così ancora perpetrando « *un paradosso abbastanza frequente della nostra legislazione, che è quello di distorcere la natura e la funzione di un istituto, per prevenire l'abuso dell'istituto stesso* » (70).

Lasciando in disparte tali, pur doverosi, rilievi critici, per concludere può suggerirsi che, se pur con le dovute cautele — posto che l'*in house*, come si è visto, in chiave europea non viene qualificato alla stregua di un modello organizzativo —, potrebbe rivelarsi interessante capire sino a che punto si possa dire che l'istituto in esame, congiuntamente alla fitta rete di disposizioni europee che, in vario modo, regolano quegli aspetti dei mercati nazionali rilevanti in ottica europea, possa avere una qualche incidenza sulle scelte organizzative delle pubbliche amministrazioni.

(68) Gli interventi normativi in materia di servizi pubblici e, in particolare, di servizi pubblici locali sono stati infatti a dir poco caotici, visto il continuo sovrapporsi di norme abrogative, ripetitive od innovative delle precedenti. In proposito è significativo come, già nel 2005, si fosse definita la materia « *tumultuosa* », registrandosi, nei soli quindici anni precedenti, ben 8 interventi di riforma, cfr. R. URSI, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali*, cit., par. 1. Lo stesso Autore usa del resto l'emblematica espressione « *ennesima riforma* » in *Anatomia di un ossimoro: « in house providing » e concorrenza nei servizi pubblici locali*, in *Foro it.*, III, 2007, par. 1. In chiave storico ricostruttiva delle riforme della XIII e XIV legislatura, cfr. A. BOITANI, *Riforma e controriforma dei servizi pubblici locali*, in M.A. CABIDDU (a cura di), *Modernizzazione del paese*, Milano, 2005, 197. In tempi più recenti F. FRACCHIA, *I servizi pubblici e la retorica della concorrenza*, in *Foro it.*, V, 2011, rileva come da 10 anni non si goda di un « *quadro giuridico stabile* ». D. MARRAMA, *La Plenaria nicchia su in house*, cit., 103, parla di interventi, tra il 2001 ed il 2004, a « *raffica* », « *del tutto slegati gli uni dagli altri* ».

(69) La Corte ha infatti affermato che « *con la richiamata consultazione referendaria detta normativa veniva abrogata e si realizzava, pertanto, l'intento referendario di "escludere l'applicazione delle norme contenute nell'art. 23-bis che limitano, rispetto al diritto comunitario, le ipotesi di affidamento diretto e, in particolare, quelle di gestione in house di pressoché tutti i servizi pubblici locali di rilevanza economica"* » (Corte cost., 20 luglio 2012, n. 199).

(70) Così A.R. TASSONE, *La società in house e la sua complessa disciplina*, in M. DUGATO, F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *Partecipazioni, beni e servizi pubblici tra dismissioni e gestione*, Bologna, 2014, 232, il quale prosegue con la condivisibile convinzione che « *anziché adoperare la repressione nei confronti di chi esercita male il potere, noi cerchiamo dunque di disciplinare il potere stesso in modo che non se ne possa abusare* ».

Ma questa è certamente questione che non solo esorbita dal limitato oggetto del presente studio, ma che, soprattutto, per la complessità del tema, non può che essere rimandata ad altra sede.