

# Prime riflessioni in merito alle “nuove” eccezioni relative agli affidamenti tra enti nell’ambito del settore pubblico, alla luce della “vecchia” giurisprudenza sull’*in house*\*

Gherardo Carullo

*contributo pubblicato in*

*Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 3-5, 823

ed in *Servizi pubblici, diritti fondamentali, costituzionalismo europeo*, a cura di E. Castorina. Napoli: Editoriale Scientifica, 2016, pp. 271-283

## **Introduzione al tema**

Nel ringraziare il Professor Castorina per avermi invitato a trattare il tema odierno, colgo dalle Sue ultime parole lo spunto per avviare il mio intervento: non v’è dubbio che quello dell’*in house* è un tema di notevole complessità che, per di più, è costituito da una serie tanto varia di questioni meritevoli di approfondimento che il rischio maggiore che si corre nel trattarlo è di perdersi tra le innumerevoli nozioni che vengono in gioco. Proprio per questo, l’obiettivo che mi pongo è volutamente circoscritto al mero inquadramento delle pronunce più importanti sul tema, al fine di una lettura più consapevole di alcune disposizioni delle nuove norme in materia di procedure di affidamento dei contratti pubblici<sup>1</sup>.

<sup>\*</sup>Il presente scritto rappresenta la rielaborazione in forma scritta della relazione da me tenuta al seminario di studio sul tema «*Integrazione europea, servizi pubblici e diritti fondamentali*». Onde mantenere il discorso, vista la complessità della materia, sul piano espositivo ivi tenuto di sintetica esposizione dei punti chiave del tema, ho volutamente riprodotto il più fedelmente possibile i soli contenuti esposti in tal sede (salvo alcune integrazioni bibliografiche essenziali). Il seminario di studi è stato organizzato dalla cattedra Jean Monnet del Prof. Emilio Castorina su «*Servizi pubblici, diritti fondamentali e costituzionalismo europeo*» ed ha avuto luogo a Catania, presso il Dipartimento di Giurisprudenza (Villa Cerami) il 31 gennaio 2014.

<sup>1</sup>Per restare fedele allo stile espositivo tenuto nel corso della relazione, anche nel presente scritto mi riferirò, anche in

Prima di iniziare con l'analisi giurisprudenziale, però, è sicuramente utile una premessa: giova ricordare, infatti, che quello dell'*in house* è un problema sostanzialmente legato all'affidamento delle commesse pubbliche da parte delle Amministrazioni.

In ambito europeo, pur nei limiti delle competenze dell'Unione – tema che ai fini odierni hanno già toccato i relatori che mi hanno preceduto –, vi sono molteplici norme che vengono in rilievo in tema di servizi erogati dall'Amministrazione. Tra queste possono assumere rilievo anche quelle Direttive che, già da parecchi anni, hanno dettato alcune prescrizioni circa le modalità attraverso le quali determinati soggetti devono selezionare i contraenti affidatari delle commesse pubbliche. Disposizioni che, con l'evoluzione della normativa, si può dire, senza troppe remore, coprono tanto i casi in cui l'attività debba essere svolta a favore della Pubblica Amministrazione – e quindi parliamo in questo caso di un appalto – sia quelli in cui le prestazioni sono rese a favore dell'utenza – e quindi parliamo di concessione – come può avvenire, per fare un esempio, nel caso del trasporto pubblico locale.

### **Coordinate europee essenziali**

Non è superfluo aggiungere sul punto che la competenza sulla base della quale dette Direttive sono state via via adottate non è certo una competenza che permette *sic et simpliciter* di dettare norme sul procedimento amministrativo nazionale, pur se vi sono sicuramente stati riflessi procedurali, ossia, secondo un fenomeno ben descritto dalla Dottrina che si è occupata del tema, condizionamenti sull'autonomia procedurale degli Stati membri<sup>2</sup>. Viceversa, la competenza sulla base della quale le suddette Direttive sono state adottate trova come base giuridica quelle norme dei Trattati – per rimanere fedeli al suggerimento di poco fa del Professor Ziller di partire sempre, nel diritto europeo, dalle norme dei Trattati<sup>3</sup> – che sono volte a tutelare, in sostanza, la libera circolazione nel mercato interno: le c.d. libertà fondamentali. Qui ovviamente sto semplificando ai massimi, ma solo per esigenze di estrema sintesi.

Posto tale preliminare inquadramento, prediligendo per un momento la prospettiva concessoria, ma con considerazioni che ben potrebbero attagliarsi anche agli appalti, è interessante porsi la domanda sul se, e sino a che punto, l'applicazione delle norme europee in materia di evidenza pubblica possa in qualche modo incidere sulle modalità organizzative con cui i servizi vengono erogati all'utenza. O, meglio, sul momento prodromico all'effettiva organizzazione del servizio, ossia sulla fase in cui la Pubblica Amministrazione, una volta che a livello nazionale un servizio sia stato qualificato come

questa sede, genericamente alle nuove Direttive, che, per completezza, segnalo comunque essere oggi così numerate a seguito dell'ufficiale pubblicazione in Gazzetta Ufficiale: 2014/23/UE, concessioni; 2014/24/UE, appalti ordinari; 2014/25/UE, appalti speciali.

<sup>2</sup>Sul punto non può che rimandarsi al recente studio di D.-U. GALETTA, *L'autonomia procedurale degli Stati Membri dell'Unione europea, Paradise Lost?*, Torino, 2009.

<sup>3</sup>Sulla nozione di base giuridica dell'azione europea e sul problema dell'individuazione in concreto della stessa, si veda in particolare si veda ancora J. ZILLER, *Diritto delle politiche e delle istituzioni dell'Unione europea*, Bologna, 2013, pagg. 144–145 e 153–156.

servizio pubblico – di carattere economico, posto che altrimenti, come sottolineava il Professor Ziller, non ci sarebbe nemmeno il problema dell'Europa sotto questi profili –, debba decidere come concretamente organizzare la gestione del servizio.

L'amministrazione ha in sostanza un'alternativa: o provvedere essa stessa, e si parla in questo caso di autoproduzione, oppure esternalizzare, rivolgendosi al mercato, attraverso uno schema tipicamente concessorio in base al quale l'affidatario ottiene in via principale la remunerazione del servizio grazie ai proventi della gestione.

Il primo problema è capire se la Pubblica Amministrazione è in qualche modo vincolata, in ottica europea, ad esternalizzare quando decide di erogare un servizio pubblico.

Qui possiamo riprendere l'articolo 14 del TFUE, già in precedenza citato nella Relazione introduttiva. Come si ricorderà, ai sensi di detta norma *«l'Unione e gli Stati membri, secondo le rispettive competenze e nell'ambito del campo di applicazione dei trattati, provvedono affinché tali servizi funzionino in base a principi e condizioni, in particolare economiche e finanziarie, che consentano loro di assolvere i propri compiti»*.

La norma, certo, non ha portata risolutiva nella scelta tra autoproduzione ed esternalizzazione, come dimostra la circostanza che pur essendo ormai stata introdotta da qualche tempo nei Trattati<sup>4</sup>, non ha comunque escluso teorie anche molto distanti tra loro. Non mancano infatti posizioni dottrinali che hanno ricondotto il *favor* nazionale verso l'esternalizzazione<sup>5</sup>, alle politiche europee in materia di liberalizzazioni<sup>6</sup>, ciò in ragione della necessità di garantire che vi sia sempre quantomeno una concorrenza per il mercato<sup>7</sup>.

A ben vedere, tuttavia – e qui torniamo al tema delle competenze –, non pare rinvenibile nei Trattati alcuna norma che legittimi l'imposizione da parte delle Istituzioni europee di un onere di tale generale portata a carico degli Stati membri. Ed infatti l'opinione assolutamente maggioritaria è nel senso che l'ingerenza europea si ferma là dove la Pubblica Amministrazione non ricorre al mercato per la gestione del servizio<sup>8</sup>. In altre parole, se la Pubblica Amministrazione decide di non esternalizzare il servizio, non si può nemmeno parlare di mercato, e quindi di regole sull'affidamento allo stesso. Si tratterà più semplicemente di un servizio reso da parte di un soggetto che si pone al di fuori del gioco

<sup>4</sup>Fu, infatti, inserita nell'articolo 7d nel TCE dal Trattato di Amsterdam del 1997, entrato in vigore nel 1999.

<sup>5</sup>Sul *favor* del legislatore nazionale verso le liberalizzazioni, si veda ad esempio la lettura della riforma dei servizi pubblici locali del 2002 di M. DUGATO, *I servizi pubblici degli enti locali*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2, 2002.

<sup>6</sup>In tal senso sembrerebbe propendere R. BIN, *Chi governa i servizi pubblici?*, in G. CITRONI; N. GIANNELLI; A. LIPPI (a cura di), *Chi governa l'acqua*, Soveria Mannelli, 2008, secondo cui *«sotto la spinta della legislazione e della giurisprudenza comunitaria, il percorso italiano verso l'efficienza incrocia il percorso comunitario verso il mercato, la liberalizzazione e la concorrenza»*.

<sup>7</sup>Sulla distinzione tra concorrenza *per il* e *nel* mercato, cfr. F. MERUSI, *Le leggi del mercato*, Bologna, 2002, pag. 75.

<sup>8</sup>Tra i tanti, cfr. In tal senso 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. 1, il quale si riferisce alle due ipotesi anche con i termini *make* (autoproduzione) e *buy* (esternalizzazione).

concorrenziale, in quanto rientrante nella sfera pubblica<sup>9</sup>, perciò irrilevante ai fini della “libera circolazione” degli operatori economici.

In sostanza, dunque, quel problema del bilanciamento di diversi interessi a cui ha fatto cenno in apertura la Professoressa Galetta, anche nell’ambito del presente discorso, e quindi sulla scelta del modello di gestione, viene in rilievo, ma non tanto in relazione alla secca opzione tra esternalizzazione od autoproduzione. La valutazione sulla soluzione da prediligere è invece legata a quei parametri che guidano l’azione dell’Amministrazione a valle della scelta e che, perciò, possono assumere un qualche rilievo nell’ambito di tale attività di bilanciamento.

Il che è proprio quanto ci porta a parlare dell’*in house* nell’ambito dell’odierno incontro sui servizi pubblici.

### **Inquadramento dell’*in house* nella giurisprudenza europea**

Si potrebbe dire che l’*in house* è quella “via di mezzo” tra mercato e sfera pubblica che, nonostante il riconoscimento anche a livello europeo, nacque nella prassi proprio per eludere le norme sugli affidamenti. Come non ha avuto remore di sottolineare da tempo anche la più autorevole Dottrina<sup>10</sup>, sostanzialmente nella prassi l’istituto è stato utilizzato come metodo per affidare a società, di sovente partecipate anche da privati, ritenute le “migliori”, per ragioni tuttavia non sempre limpide.

Il fenomeno descritto si è sviluppato principalmente negli anni ‘90, come dimostra la circostanza che è proprio da tale momento quello nel quale si è registrata, sino a pochi anni fa, la più intensa produzione giurisprudenziale e legislativa, tanto intensa che, come anticipava il Professor Castorina, ha avuto un’estensione come in pochi altri settori. Basti pensare che, anche solo considerando il dato legislativo nazionale, si è visto un susseguirsi di riforme tale per cui, nel giro di pochi anni, si sono contate ben quindici riforme che, in gran parte, hanno cancellato e riscritto quella precedente<sup>11</sup>.

In tale contesto si inseriscono dunque le Direttive, che vanno ancora una volta ad alimentare gli spunti per una rimediazione dell’istituto.

E mi pare di poter da subito anticipare che, quanto ai principi fondamentali della questione, la prima novità è proprio il dato legislativo in sé considerato, posto che ci sono una serie di norme positive che dovranno essere recepite dagli Stati membri. Ma proprio perché sostanzialmente dette disposizioni seguono la traccia che già aveva delineato la Corte di giustizia, per una consapevole lettura delle

<sup>9</sup>Sul concetto di “sfera pubblica”, si veda per tutti M. MAZZAMUTO, *La riduzione della sfera pubblica*, Torino, 2000.

<sup>10</sup>Per tutti si può citare l’emblematica posizione di G. CORSO; FARES, *Crepuscolo dell’«in house»?*, in *Foro it.*, I, 2009, para. 6, avevano auspicato il progressivo abbandono dell’istituto, visto quale strumento «per aggirare i vincoli in tema di reclutamento di personale ... e dalla classe politica per estendere i suoi tenutari grazie ai consigli di amministrazione di società che sono serviti come rifugio per politici trombati e incubatrici per giovani aspiranti a far parte di quella classe».

<sup>11</sup>Già nel 2005, 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. 1, aveva infatti definito la materia «tumultuosa», registrando, nei soli quindici anni precedenti, ben 8 interventi di riforma.

stesse a mio avviso non si può che partire dalla giurisprudenza che si è occupata del tema per comprendere il percorso che ha portato alle ultime disposizioni.

È dunque per tale via che entriamo nel cuore dell'istituto. Ma già nel definire l'*in house* quale istituto, è doverosa qualche precisazione sul significato che si intende dare al termine. In un certo senso, infatti, si potrebbe sicuramente dire che l'*in house* è un innovativo modulo organizzativo pubblico, in quanto l'Amministrazione in sostanza affida il servizio ad una società formalmente esterna, ossia avente propria personalità giuridica. Il fenomeno, nei suoi tratti essenziali, sarebbe dunque molto simile a quello che si realizzava con la costituzione di un'azienda municipalizzata<sup>12</sup>, od a ciò che si realizza con un consorzio di cui all'articolo 31 del Testo Unico degli Enti Locali (TUEL). In tale prospettiva, quindi, si potrebbe dire che l'*in house* è un nuovo modulo organizzativo plasmato dalla giurisprudenza europea. Certo a livello interno si può anche affermare, o quantomeno se ne può discutere, ma la Corte di giustizia sicuramente è stata molto più prudente, avendo sempre statuito in modo inequivoco che quanto di cui si parla è una mera eccezione rispetto al normale onere per le *amministrazioni aggiudicatrici* di applicare le norme in materia di evidenza pubblica.

Tornando alle Direttive appalti, si è detto che queste disciplinano il modo in cui la Pubblica Amministrazione, se decide di affidare un servizio ad un terzo, deve procedere. È in questo senso, dunque, che l'*in house* nasce come eccezione: secondo la lettura europea, possono esservi dei casi in cui la Pubblica Amministrazione, pur affidando ad un soggetto formalmente a sé esterno, in realtà opera "*in house*"<sup>13</sup>, senza dunque rivolgersi ad un terzo in senso sostanziale.

In questa prospettiva si pongono anche le Direttive di recente adozione, le quali confermano che i rapporti di questo tipo non vanno qualificati, almeno in ottica europea, come un innovativo modo di essere della Pubblica Amministrazione. Gli articoli che si occupano della materia – senza peraltro mai espressamente citare l'*in house* – sono stati inseriti non tra le definizioni, come avviene ad esempio per l'organismo di diritto pubblico e l'impresa pubblica, ma rientrano nella sezione relativa alle eccezioni al ricorrere delle quali le *amministrazioni aggiudicatrici* non sono tenute all'applicazione delle norme in tema di gare pubbliche.

In poche parole, risulta confermato che le procedure in tema di affidamento dei contratti pubblici non si applicano in quanto, mancando il requisito della duplicità dei soggetti contraenti, non v'è un reale rapporto bilaterale. Senza alcuna ulteriore presa di posizione da parte delle Istituzioni europee sulla qualifica del rapporto in un'ottica organizzativa.

Ad onore di cronaca va detto tuttavia che in ragione di tale, pur formale, duplicità di soggetti, posto che

<sup>12</sup>Così in particolare G. CAIA, *Autonomia territoriale e concorrenza nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 2004, para. 5.3.

<sup>13</sup>Nel senso più tradizionale dell'espressione, secondo l'accezione con cui era utilizzata nel Regno Unito ove nacque, come sottolineano A. ALAIMO; A. TEMPESTA, *Affidamenti diretti e "in house": l'esperienza del Regno Unito*, in *Amministrazione*, 3, 2006, pag. 428.

*in house* in senso proprio starebbe a significare solo rapporti effettivamente *interni* alla Pubblica Amministrazione, si è incominciato a parlare di “quasi *in house*”<sup>14</sup>, per distinguere le due situazioni: quelle in cui si ha una forma di autoproduzione in senso stretto, ossia tramite il ricorso alle strutture interne dell’Amministrazione, contrapposte a quei casi in cui l’entità affidataria, pur essendo sostanzialmente riconducibile all’ente pubblico, è formalmente da esso distinto, avendo propria personalità giuridica autonoma.

Questo secondo schema di rapporti, secondo un’intuizione ben precedente al riconoscimento in sede europea, è stata spiegata dalla Dottrina facendo ricorso alla nozione di organo indiretto della Pubblica Amministrazione, già da tempo in uso nel nostro ordinamento<sup>15</sup>. Così, abbandonando per un momento l’espressione inglese, anche in ambito europeo si è iniziato a parlare di delegazione interorganica per rappresentare l’idea di un rapporto «*che non fuoriesce dalla sfera amministrativa*»<sup>16</sup>.

### **I punti cardinali dell’orientamento della Corte di giustizia sui requisiti dell’*in house***

La prima fondamentale pronuncia in cui la Corte di giustizia inquadra i requisiti essenziali che devono sussistere affinché si possa parlare di *in house* è la sentenza nel caso *Teckal*<sup>17</sup>. In questa occasione, nonostante l’Avvocato Generale nelle sue conclusioni avesse fermamente invitato la Corte a non dare ingresso all’eccezione *de qua* per il timore che ciò avrebbe consentito facili elusioni della normativa europea<sup>18</sup>, quest’ultima ha superato dette riserve, peraltro condivise da buona parte della dottrina<sup>19</sup>, ed ha riconosciuto la non applicabilità delle Direttive in tema di appalti laddove la società affidataria sia sottoposta ad un controllo da parte della Pubblica Amministrazione analogo a quello che la stessa esercita sui propri organi interni. In altre parole, laddove la Pubblica Amministrazione partecipa ad una Società e, sostanzialmente, è in grado di esercitare su di essa un potere di gestione paragonabile a quello esercitato sui propri organi od uffici interni, la Corte di Giustizia ha ritenuto che non v’è bisogno di applicare le Direttive appalti. Salvo però un ulteriore requisito, la prevalente attività nei confronti dell’Amministrazione controllante.

La Corte ha fin dalla prima pronuncia inquadrato chiaramente la necessità di due requisiti cumulativi: controllo analogo e prevalenza delle prestazioni. In tal senso si è mosso anche il legislatore europeo,

<sup>14</sup>Si tratta di un’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.

<sup>15</sup>Cfr. G. GRECO, *La partecipazione di una holding al mercato dei lavori pubblici e i riflessi sulle S.p.a. a capitale pubblico*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 6, 1994, pagg. 1255–1256, e, più dettagliatamente, dallo stesso Autore, lo scritto di poco successivo, *Appalti di lavori affidati da S.p.A. in mano pubblica: un revirement giurisprudenziale non privo di qualche paradosso*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 5, 1995, pag. 1066.

<sup>16</sup>Conclusioni dell’Avvocato Generale La Pergola presentate il 19 febbraio 1998, nella causa C-360/96, *Gemeente Arnhem e Gemeente Rheden / BFI Holding*, punto 36.

<sup>17</sup>Sentenza della Corte di giustizia del 18 novembre 1999, nella causa C-107/98, *Teckal*.

<sup>18</sup>Cfr. conclusioni dell’Avvocato Generale Georges Cosmas presentate il 1 luglio 1999, nella causa C-107/98, punto 65.

<sup>19</sup>Tra i tanti si veda ad esempio M. CLARICH, *Le società miste*, cit., para. 2.

seppur con una diversa suddivisione. Si legge infatti nelle nuove Direttive che rientrano nelle eccezioni gli affidamenti da parte di un soggetto, pubblico o privato, purché sussistano tre requisiti: controllo analogo, prevalenza delle prestazioni a favore dell'ente controllante e tendenziale assenza di capitale privato. Su ognuno torneremo a brevissimo, per il momento basta rilevare che, in sostanza, i requisiti sono sempre i medesimi di prima, salvo l'aver scorporato quello sulla partecipazione privata dal generale requisito del controllo analogo. Ciò in ragione di un chiarimento sul punto da parte del legislatore che, come a breve passerò ad analizzare, giustifica sicuramente la maggior attenzione riservata a tale elemento dalla novella.

Ma prima di ciò è necessario sottolineare che, nei termini enunciati dalla sentenza *Teckal*, questi concetti, se pur aiutano a comprendere i tratti essenziali dell'istituto ed a definirne i contorni, sono in realtà piuttosto vaghi<sup>20</sup>, perché nel dettare i requisiti dell'istituto, non spiegano in concreto che elementi debbano sussistere affinché gli stesi possano effettivamente dirsi integrati. Le questioni meritevoli di approfondimento sono allora sicuramente numerose. Dunque, visto il limitato tempo a disposizione, mi soffermerò oggi solo su alcune di quelle più interessanti in relazione alle disposizioni di cui alle nuove norme.

Una delle prime domande che potrebbe sorgere è se vi possa essere un controllo indiretto. Se, cioè, la Pubblica Amministrazione deve partecipare direttamente nella società a cui affida il servizio senza possibilità di affidamenti diretti a valle nei confronti delle controllate della controllata, o se è viceversa ammissibile un rapporto indiretto, rappresentabile alla stregua di una sorta di matrisca di società nella quale anche l'ultima della fila può essere affidataria *in house* dell'Amministrazione. Sul punto la Corte è stata in certa misura permissiva, avendo riconosciuto nella sentenza *Carbotermo*, se pur in toni non assolutistici, che la partecipazione indiretta non esclude *ex se* il controllo analogo<sup>21</sup>.

In proposito le nuove Direttive si rivelano particolarmente interessanti in quanto sembrerebbero superare ogni dubbio in proposito. Dalla definizione che viene data di controllo analogo, infatti, emerge che lo stesso può essere esercitato, oltre che direttamente, anche tramite una società controllata<sup>22</sup>. Il che, dunque, porta a ritenere che l'*in house* indiretto "di primo livello" sia sicuramente ammissibile, ma nulla parrebbe escludere anche un rapporto indiretto tramite più società controllate "a catena".

Un secondo ordine di questioni di particolare interesse è la configurabilità del "controllo analogo" nei confronti di una società a cui più enti partecipano congiuntamente. In questo caso la giurisprudenza è stata ancor più permissiva rispetto al punto precedente, avendo chiarito fin dalle prime pronunce che tale evenienza è sicuramente ammissibile<sup>23</sup>. Non c'è dunque alcuna preclusione astratta a

<sup>20</sup>In tal senso, ad es., D.-U. GALETTA, *Forme di gestione dei servizi pubblici locali ed in house providing nella recente giurisprudenza comunitaria e nazionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1, 2007, pag. 3.2.

<sup>21</sup>Sentenza in data 11 maggio 2006, nella causa C-340/04, *Carbotermo e Consorzio Alisei*, punto 58.

<sup>22</sup>Cfr. artt. 17, 12 e 28, paragrafo 1 seconda parte, rispettivamente delle Direttive: concessioni, appalti ordinari ed appalti speciali.

<sup>23</sup>Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 13 novembre 2008, C-324/07, *Coditel Brabant*, in particolare punto 42.

che due o più comuni esercitino insieme il controllo analogo.

Ma il problema in questo caso non è nell'*an*, quanto nel *quomodo*. È chiaro infatti che se si richiedesse che tutte le Amministrazioni partecipanti debbano essere in grado di esercitare un controllo analogo, alla stregua di quanto avviene nel caso di un Ente socio unico di una controllata, si finirebbe sostanzialmente con il negare l'ammissibilità del controllo congiunto. Non v'è infatti necessità di dilungarsi molto nell'evidenziare che, se ci riferiamo ad una società per azioni il cui capitale è diviso tra più enti, se si rapportasse il controllo analogo alla percentuale di partecipazione non si potrebbe praticamente mai configurarlo.

In ragione di tale pacifica circostanza, la Corte di giustizia ha assunto una diversa posizione nella nota sentenza *Econord*<sup>24</sup>: al fine di integrare il requisito del controllo analogo, non è necessario detenere la maggioranza del capitale della partecipata, ma è viceversa richiesto che tutti gli enti pubblici, a prescindere dalla quota partecipativa, e quindi anche quelli di ultra-minoranza, devono partecipare agli organi direttivi della Società, di modo da essere in grado di influire sulle decisioni della società. Anche le nuove Direttive accolgono tale impostazione ed ammettono, quindi, la partecipazione ad una società *in house* di più Amministrazioni congiuntamente, secondo modalità che, nella sostanza, ricalcano quelle già definite dalla giurisprudenza sommariamente richiamata. Vi sarebbe, tuttavia, molto più di così da dire sul punto, in quanto le norme sulle società *in house* multiententi sono contenute al terzo comma, che ne disciplina autonomamente i caratteri<sup>25</sup>. Il che, dunque, se pur in misura non determinante, comporta una pur qualche minima conseguenza di regime, che, tuttavia, oggi, per ragioni di tempo, non mi è possibile sicuramente affrontare.

Più complessa, invece, è la questione della partecipazione dei privati al capitale. La complessità, tuttavia, non deriva tanto dalla posizione della giurisprudenza sul punto, quanto, piuttosto, dalla posizione assunta dal legislatore in proposito, in netta controtendenza rispetto alla giurisprudenza assolutamente maggioritaria, la quale aveva fermamente ritenuto incompatibile la presenza di soggetti privati con il "controllo analogo"<sup>26</sup>.

Il ragionamento della Corte si fondava sull'assunto che i soggetti pubblici, indipendentemente dal loro numero, possono dirsi perseguire tutti fini tra loro assimilabili, in quanto tutti sostanzialmente portatori di interessi pubblici che quindi, in vario modo, vanno a condizionare l'attività della società, se pur in senso non necessariamente univoco, sicuramente omogeneo. Certo com'è normale che sia in un contesto ove vi è un controllo "congiunto", vi potranno certamente essere divergenze di vedute e potenziali conflitti sulle decisioni da assumere, ma, nella prospettiva accolta dalla Corte di giustizia,

<sup>24</sup>Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 29 novembre 2012, cause riunite C-182/11 e C-183/11, *Econord*, punto 22

<sup>25</sup>Cfr. artt. 17, 12 e 28, paragrafo 3, rispettivamente delle Direttive: concessioni, appalti ordinari ed appalti speciali.

<sup>26</sup>Tra le tante, si veda la sentenza della Corte di giustizia in data 11 gennaio 2005, C-26/03, nella causa *Stadt Halle*, punto 49.

ciò avverrà sempre per il perseguimento di interessi pubblici, laddove i soci siano unicamente Pubbliche Amministrazioni.

Seguendo tale ragionamento, la partecipazione anche di un solo privato, viceversa, anche minoritaria, è in grado di falsare questo interesse predominante pubblico, perché l'ingresso dell'interesse privato, che è per sua natura il fine di lucro, viene a minare il perseguimento dell'interesse pubblico.

Da quanto s'è detto parrebbe emergere una contraddizione tra quanto ho detto sin'ora. Si era infatti premesso in apertura che le nuove Direttive hanno sostanzialmente seguito i principi essenziali posti dalla giurisprudenza europea, eppure su un profilo tanto rilevante quanto la partecipazione dei privati a prima vista ciò sembrerebbe non trovare perfetto riscontro nei fatti posto che una qualche apertura, oggi, le Direttive l'ammettono anche verso la partecipazione dei privati. Ma a ben vedere, anche tale previsione rispecchia quanto già in precedenza aveva statuito la Corte.

Si tratta, a quanto mi consta, soltanto di una sentenza, ma, cionondimeno, v'è un caso in cui, pur a fronte della partecipazione dei privati, si ritenne il controllo analogo integrato<sup>27</sup>. Il caso era relativo all'affidamento diretto da parte di un'Amministrazione italiana ad una società per azioni di un appalto per la fornitura di servizi nel campo dell'informatica. All'interno del capitale sociale era del tutto pacifico che vi fossero dei privati, ma la Corte di Giustizia, analizzata la struttura societaria ed il ruolo rivestito da questi ultimi, concluse che in sostanza non avevano possibilità alcuna di minare l'esclusività del controllo pubblico sulle scelte gestionali della società.

In proposito, come si è detto, le Direttive hanno accolto l'indirizzo maggioritario, ma con un correttivo, in recepimento anche di tale ultima pronuncia Hanno infatti previsto che sono possibili forme di partecipazione di privati qualora sussistano tre requisiti, cumulativi: non deve esserci alcun potere di controllo o di veto; tale partecipazione deve essere prescritta da disposizioni legislative; ed i soci privati non devono poter esercitare un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata<sup>28</sup>. Quindi, a quanto pare, nulla escluderebbe che si possano costituire delle società *in house* con soci di minoranza privati con azioni speciali che garantiscono il rispetto di detti requisiti. Ma l'utilità dell'eccezione è evidente che deve essere considerata alla luce del fatto che la possibilità per i privati di partecipare deve essere imposta dal legislatore.

Per chiudere sulla partecipazione dei privati, vale sottolineare che la giurisprudenza europea era, sempre in senso assolutamente prevalente, fermamente orientata a richiedere che, oltre alla tendenziale assenza di privati nella compagine sociale al momento dell'affidamento, non vi fosse nemmeno alcuna possibilità che il capitale sociale potesse essere sottoscritto da soggetti privati in un secondo momento. Ciò, dal lato pratico, aveva il più delle volte portato così ad inserire negli statuti delle partecipate una clausola che vietava la cessione delle quote societarie a soggetti privati. Ora, alla luce

<sup>27</sup>Sentenza della Corte di giustizia del 17 luglio 2008, nella causa C-371/05, *Commissione / Italia*, punti 26 e 29.

<sup>28</sup>Cfr. artt. 17, 12 e 28, paragrafo 1, lett. c), rispettivamente delle Direttive: concessioni, appalti ordinari ed appalti speciali.

delle nuove norme, v'è da chiedersi se ciò sia ancora così rigorosamente necessario o, se, come mi pare più plausibile, sia unicamente necessario garantire che un eventuale subentro successivo di privati resti nei limiti entro i quali le norme europee consentono oggi la partecipazione di soggetti non pubblici.

Quanto, infine, alle concrete modalità con cui il controllo analogo deve prendere forma, come s'è anticipato poco fa, secondo la giurisprudenza europea ciò in sostanza richiede la capacità di esercitare un controllo analogo a quello che è possibile esercitare sui propri servizi, ossia deve essere in grado di influenzare in modo determinate le scelte operative degli organi di direzione<sup>29</sup>. Come s'è detto, tuttavia, in tali termini il requisito non spiega un gran che. Per comprendere, allora, cosa effettivamente implichi detto potere, occorrerebbe un'analisi casistica delle principali occasioni in cui la Corte di giustizia ha positivamente valutato i poteri riconosciuti all'Amministrazione. Ma si tratta di analisi che oggi, per evidenti ragioni di tempo, devo astenermi dal proporre. Ad ogni modo, sul punto, non mi pare che le nuove Direttive abbiano innovato in modo significativo, posto che le stesse si sono sostanzialmente limitate a ribadire che il requisito è soddisfatto qualora l'Amministrazione sia in grado di esercitare un'influenza decisiva sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative della persona giuridica controllata<sup>30</sup>.

Passando al secondo requisito, quello sulla prevalenza delle attività svolte a favore dell'ente controllante, sul punto si poteva registrare una qualche incertezza nelle varie interpretazioni offerte da giurisprudenza e dottrina, posta la non unanimità di vedute circa l'opportunità di fissare una percentuale fissa una volta per tutte, o condurre un'analisi anche qualitativa da condurre caso per caso<sup>31</sup>.

Ma sul punto ogni questione pare essere stata tranciata di netto dal legislatore con una soluzione di tipo oggettivo, avendo fissato il criterio della prevalenza all'80% delle attività svolte.

Dunque, al di là del dibattito di cui s'è detto, quanto pare utile sottolineare è *ratio* sottesa al secondo requisito. Il problema è che una società *in house*, godendo di un affidamento diretto, si pone al di fuori del gioco concorrenziale non solo per quanto riguarda la normativa sulle procedure di gara, ma anche per quanto riguarda l'aspetto economico della questione, posto che grazie a tale situazione di privilegio può operare in modo del tutto indipendente da un qualsiasi ragionamento tipico di un'economia di mercato.

Sotto un profilo del mercato interno, dunque, il rischio è che una società *in house* utilizzi tale vantaggio concorrenziale di cui gode in un determinato ambito di attività, per giovarsene anche in mercati aperti alla concorrenza con pratiche di c.d. *leveraging*, quali l'offerta di beni e servizi a prezzi molto

<sup>29</sup>Tra le tante si veda la sentenza della Corte di giustizia del 13 ottobre 2005, nella causa C-458/03, *Parking Brixen*, punto 61.

<sup>30</sup>Cfr. artt. 17, 12 e 28, paragrafo 1 seconda parte, rispettivamente delle Direttive: concessioni, appalti ordinari ed appalti speciali.

<sup>31</sup>Nella già citata sentenza *Carbotermo e Consorzio Alisei*, la Corte aveva già affermato la necessità di prendere in considerazione tutte le circostanze del caso, sia qualitative che quantitative (punti 60 e ss.).

più che competitivi rispetto agli altri operatori economici che non beneficiano del ritorno economico in grado di derivare, almeno potenzialmente, da un affidamento diretto senza gara.

Per tale motivo, dunque, la Corte di Giustizia si è preoccupata di porre dei limiti ben precisi alla possibilità per le società *in house* di espandere le proprie attività oltre i confini dell'affidamento diretto.

Quanto detto, dunque, permette di comprendere il senso dell'espressione utilizzata dal legislatore europeo, il quale ha chiarito che la suddetta quota dell'80% rappresenta la percentuale di attività effettuate nello svolgimento di «*compiti affidati*» dall'Amministrazione. «Affidati», alla luce di quanto s'è detto, nel senso dunque di rapporto diretto *in house* senza confronto concorrenziale.

### **Riflessioni conclusive**

Arriviamo, dunque, alla conclusione del discorso odierno con un brevissimo sguardo al diritto interno. Come ho già anticipato in apertura, gli interventi legislativi in materia di servizi pubblici locali sono stati caratterizzati da una tecnica legislativa che, senza timori, mi pare di poter definire quasi schizofrenica, pertanto mi astengo volentieri, e necessitatamente visto il poco tempo residuo, da una ricostruzione storica.

Mi limito, dunque, al mero fugace richiamo all'articolo 34, comma 20, del decreto legge del 18 ottobre 2012, n. 179 con il quale il legislatore, dopo le vicissitudini referendarie e le pronunce della Corte costituzionale che ne sono seguite<sup>32</sup>, ha in ultimo imposto alle amministrazioni locali un onere che, in una certa misura, ricorda la prima formulazione dell'articolo 113 del TUEL. Con la novella del 2012, infatti, il legislatore nazionale ha richiesto alle Amministrazioni la predisposizione di una relazione in cui dar conto «*delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta*». Quanto appare più interessante notare è tale ultima necessità: la sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo.

Cosa il legislatore intendesse mi pare questione sicuramente da approfondire, in quanto, così formulata, la norma si presta alle più disparate interpretazioni. Per quanto mi è possibile dire oggi, mi pare che si possa tornare al già citato articolo 14 del TFUE e su quel bilanciamento di cui già avevo parlato prima. Nel momento in cui l'ordinamento europeo detta norme molto chiare sul come è possibile procedere al fine di porre in essere un affidamento *in house* comunitariamente legittimo, e, contestualmente, definisce in modo altrettanto netto quali norme debbano essere rispettate laddove si voglia invece esternalizzare ricorrendo al mercato, mi pare che la scelta con cui la Pubblica Amministrazione decide, in un senso o nell'altro, deve essere motivata tenendo conto di tutti questi aspetti. Ma si tratta,

<sup>32</sup>Mi riferisco al ben noto referendum del giugno 2011 ed alla altrettanto nota sentenza della Corte Costituzionale, che, con sentenza del 20 luglio 2012, n. 199, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale delle norme riprodotte di quelle rimosse dal voto popolare.

a questo punto, di riflessioni con cui chiudo il mio intervento, posto che le stesse, che in parte peraltro esorbitano dall'oggetto del mio intervento odierno, meritano senz'altro un più approfondito esame.