

GESTIONE DEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI E *IN HOUSE PROVIDING*: NOVITÀ, AUSPICI E SCENARI FUTURI IN UNA PROSPETTIVA DI DE-FRAMMENTAZIONE DEL SISTEMA

Diana-Urania Galetta, Gherardo Carullo

SOMMARIO – 1. Nota introduttiva. 2. Il quadro di riferimento nel diritto europeo primario (e gli equivoci da sfatare). 3. *L'in house providing* fra passato e futuro. 3.1 La creazione dello strumento dell'*in house providing* e le problematiche connesse. 3.2 Il requisito del c.d. 'controllo analogo'. 3.3 L'affidamento diretto a società interamente in mano pubblica, ma di proprietà di diversi enti locali. 3.4 La questione della compartecipazione di soggetti privati nel capitale della società. 3.5 (segue) Il cambio di paradigma nelle nuove direttive in materia di appalti e concessioni e la relativa *ratio*. 3.6 (segue) Il futuro della partecipazione dei privati nelle società a partecipazione di una sola amministrazione. 3.7 (segue) L'ipotesi di compartecipazione di più amministrazioni. 4. I tratti distintivi tra *in house* 'misto' pubblico-privati e società miste 'tradizionali'. 5. I servizi pubblici e lo strumento dell'*in house*: conclusioni.

1. Nota introduttiva

Nella prospettiva generale assunta dal gruppo di lavoro dedicato al tema dell'intervento pubblico nell'economia – e nel contesto di un'opera collettanea sul centocinquantesimo dedicata, essenzialmente, ad una rilettura in chiave europea delle nostre leggi di unificazione amministrativa del 1865 – l'ambito dei servizi pubblici di rilievo economico è un settore che riveste particolare importanza, poiché è stato oggetto di massicci interventi ad opera e del legislatore, e della giurisprudenza dell'Unione europea.

Il tema generale dei servizi pubblici è peraltro oggetto di specifico approfondimento altrove, in questo volume (v. E. Boscolo, *L'unificazione attraverso la garanzia delle prestazioni di servizio pubblico*, in questo volume). Sicché, nel contributo che segue, si daranno per scontate le relative problematiche¹ per concentrare, invece, l'attenzione sull'esame di un aspetto particolare: quello inerente ai principi che, ad oggi, regolano i rapporti tra pubblico e privati (Manganaro, 2014) nel contesto delle partecipazioni societarie per la gestione dei servizi pubblici locali mediante c.d. *in house providing*, alla ricerca degli elementi di unificazione e/o frammentazione del quadro ordinamentale che, ad oggi, ne scaturiscono.

Come è ben noto, quello delle modalità di gestione dei servizi di interesse economico generale è un aspetto sul quale hanno giocato un ruolo determinante i giudici, tanto a livello europeo quanto a livello nazionale: da un lato, la Corte di Giustizia ha definito in maniera vieppiù stringente l'ambito di azione

degli Stati membri; dall'altro i giudici nazionali, nell'applicare ed interpretare nel caso concreto i principi via via enucleati a livello europeo, hanno offerto un interessante banco di prova rispetto ad un sistema nazionale non sempre coerente con l'obiettivo di massima apertura del mercato interno più volte ribadito dalla Corte di Giustizia (Galetta, 2007)².

Mentre non vi è spazio, in questa sede, per dedicarsi all'analisi del quadro normativo e giurisprudenziale nazionale (per il quale è tuttavia possibile rinviare ai numerosissimi contributi di dottrina pubblicati, anche di recente, in materia), nei paragrafi che seguono verrà delineato il processo evolutivo dell'*in house providing* nel diritto dell'Unione europea per individuarne, in quel contesto, i punti fermi a fronte della caotica indeterminatezza e instabilità che caratterizza il quadro normativo e giurisprudenziale nazionale.

La questione riveste peraltro, oggi, particolare attualità in vista del necessario recepimento delle nuove Direttive in materia di procedure ad evidenza pubblica, il cui termine di trasposizione è stato fissato nel 18 aprile 2016³. Le nuove Direttive hanno infatti tradotto in norme scritte, seppur con alcune innovazioni, gli orientamenti sin qui espressi dalla Corte di giustizia nella sua giurisprudenza in materia di *in house providing*: della quale si darà perciò adeguatamente conto, anche allo scopo di correttamente inquadrare le nuove norme europee nel contesto generale preesistente.

2. Il quadro di riferimento nel diritto europeo primario (e gli equivoci da sfatare)

L'*in house providing* – è bene dirlo subito – non è, né può essere inteso come un modello organizzativo coniato dal diritto UE con riferimento alle modalità di erogazione dei servizi pubblici (locali). Si tratta, molto più banalmente, di uno strumento che consente l'eccezione alle procedure ad evidenza pubblica normalmente richieste dal diritto UE per l'affidamento di commesse pubbliche. Esso nasce, infatti, nella giurisprudenza della Corte di Giustizia UE con la precipua finalità di 'salvare' modelli organizzativi nazionali che presentano indubbi aspetti di criticità ed in ossequio al principio di c.d. autonomia organizzativa degli Stati membri.

Ciò premesso, prima di esaminare i principi enucleati dalla giurisprudenza europea in materia di affidamenti *in house*, e le relative norme che hanno recepito tali indirizzi nelle citate nuove Direttive è opportuno, perciò, un cenno preliminare alle disposizioni dei Trattati che hanno costituito la base giuridica per l'intervento europeo in materia di procedure per la selezione dei contraenti delle amministrazioni nazionali. Normativa dall'applicazione della quale – *recte*, dalla non applicazione della quale – è stata ricavata, appunto, l'eccezione comunemente nota come *in house providing*.

A questo proposito, occorre preliminarmente chiarire un punto onde eliminare un possibile equivoco. Occorre cioè specificare che la base giuridica che ha legittimato l'adozione delle norme europee in materia di procedure ad evidenza pubblica non sono – come comunemente si ritiene – le norme del Trattato concernenti le c.d. *regole di concorrenza* di cui agli artt. 101 sgg. T.F.U.E. (che peraltro disciplinano il comportamento degli operatori economici sul mercato), bensì le norme sulle c.d. libertà fondamentali. Nella parte che precede i considerando di tutte e tre le nuove direttive adottate in materia – e che contiene, appunto, l'indicazione delle norme che rappresentano la base giuridica per l'adozione delle stesse – sono infatti espressamente menzionati, come base giuridica dell'intervento, l'art. 53 par. 1 e l'art. 62 del T.F.U.E.: due norme inserite nel capo IV sulla libera circolazione delle persone, dei servizi e dei capitali, nonché l'articolo 114 T.F.U.E. relativo «al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri che hanno per oggetto l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno». Non è perciò un caso se, ad esempio, la Direttiva 2014/24/UE recita, al suo primo considerando, che «l'aggiudicazione degli appalti pubblici da o per conto di autorità degli Stati membri deve rispettare i principi del trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) e in particolare la libera circolazione delle merci, la libertà di stabilimento e la libera prestazione di servizi, nonché i principi che ne derivano, come la parità di trattamento, la non discriminazione, il mutuo riconoscimento, la proporzionalità e la trasparenza».

Che il fine perseguito dalle c.d. Direttive appalti fosse (e sia) l'instaurazione e il funzionamento del mercato interno, e quindi la libera circolazione degli operatori all'interno di questo, è del resto da tempo acclarato. Le originarie Direttive in materia, la Direttiva 71/305/CEE e la Direttiva 77/62/CEE, facevano espresso riferimento alle libertà fondamentali previste dal Trattato⁴ e la Direttiva 92/50/CEE del 18 giugno 1992, sulle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, recitava al suo primo considerando «che il Consiglio europeo ha constatato l'esigenza di completare la realizzazione del mercato interno».

Anche la Corte di Giustizia ha più volte chiarito, *ad abundantiam*, che «l'obiettivo principale delle norme comunitarie in materia di appalti pubblici è la libera circolazione delle merci e dei servizi»⁵.

Dunque, il problema di fondo che pone, in ottica europea, l'affidamento diretto di commesse pubbliche è non già il *vulnus* alla concorrenza in sé e per sé, quanto piuttosto la restrizione che questo affidamento diretto comporta alla libera circolazione, in violazione anche del principio di non discriminazione sulla base della nazionalità che si connota qui, in modo affatto peculiare, e cioè come principio di parità di trattamento degli offerenti (Cusumano, Gattuccio, 2006: 299 sgg.).

Nell'intenzione della Corte di Giustizia, esso ha infatti lo scopo di consentire che tutti gli offerenti dispongano delle stesse possibilità nella formulazione dei termini delle loro offerte, a prescindere dalla loro nazionalità⁶.

Ma il problema richiamato si pone, ben inteso, solo laddove l'amministrazione decida di affidarsi al mercato. Perché laddove la stessa ritenga, invece, di preferire l'autoproduzione, il problema della tutela della libera circolazione degli operatori economici, in quanto produttori di beni e servizi, non si pone nemmeno, poiché non v'è alcuna commessa da aggiudicare a terzi.

Ne deriva dunque che, ogniqualvolta l'amministrazione decida di autoprodurre un servizio (o un bene), essa non è soggetta ad alcun onere di evidenza pubblica. Il che è di particolare rilievo in quanto, come affermato anche dalla nostra Corte costituzionale, «nella prospettiva europea [...] la pubblica amministrazione può decidere di erogare direttamente prestazioni di servizi a favore degli utenti mediante proprie strutture organizzative senza dovere ricorrere, per lo svolgimento di tali prestazioni, ad operatori economici attraverso il mercato»⁷.

Il che, dunque, chiama in gioco un'altra fondamentale norma dei Trattati: l'attuale art. 345 T.F.U.E.

La lettura di detta disposizione, che risulta inserita sin dall'origine tra le disposizioni generali e finali del Trattato di Roma (art. 222 dell'originario Trattato CEE), consente infatti di sfatare un altro falso mito: quello dell'imposizione, da parte del diritto UE, delle c.d. privatizzazioni. In verità la norma appena richiamata ha un chiaro significato, di segno affatto contrario: essa sancisce il principio della neutralità del diritto europeo nei confronti della proprietà delle imprese, che può essere, dunque, indifferentemente pubblica o privata. La norma è chiara espressione della volontà di non interferire con il regime di proprietà esistente negli Stati membri, né con la facoltà di questi di procedere ad eventuali nazionalizzazioni. Il diritto UE – diversamente da quanto è stato sovente affermato in dottrina – non si esprime, dunque, sulla scelta degli Stati nazionali fra ricorso al mercato ed autoproduzione per i servizi di interesse economico generale (Mengozzi, 2005: 169; Tesauo, 1996: § 1). Tuttavia le norme del Trattato – e in particolare quelle in materia di mercato interno e di concorrenza – si applicano indipendentemente dal regime di proprietà (pubblica o privata) di un'impresa. L'ordinamento comunitario, nel delineare il proprio regime dell'impresa è, cioè, del tutto indifferente alla veste formale pubblica e/o privata dell'operatore economico. Sicché l'ente pubblico o, per esso, la società in mano pubblica, quando agisce come imprenditore, dovrà necessariamente rispettare le norme a tutela della concorrenza e la disciplina antitrust, le norme sul divieto di aiuti di Stato e le norme poste a tutela delle libertà fondamentali (e, dunque, del mercato interno) che impongono la scelta dell'appaltatore mediante selezione concorsuale, impedendo l'affidamento diretto (Cintioli, 2014).

L'*in house providing* funge dunque – come già si è detto – quale strumento inteso a preservare la c.d. autonomia organizzativa degli Stati membri e presuppone la sussistenza di speciali condizioni (che saranno oggetto di analisi nel prossimo paragrafo) in presenza delle quali sono possibili affidamenti diretti senza gara, in deroga evidente alle norme di diritto UE poste a tutela del mercato interno. È bene tuttavia precisare sin d'ora che il fatto che si tratti di un'eccezione rispetto alle regole generali del diritto UE, oltre ad implicare che essa è soggetta ad un'interpretazione necessariamente restrittiva, implica anche che l'onere di dimostrare l'effettiva sussistenza delle circostanze eccezionali che giustificano l'affidamento diretto – cioè la presenza delle caratteristiche che consentono di identificare la società in questione come una sorta di *longa manus* della p.a. medesima – grava, evidentemente, sul soggetto che intenda avvalersene⁸.

3. L'*in house providing* fra passato e futuro

3.1 La creazione dello strumento dell'*in house providing* e le problematiche connesse

Come è ormai ben noto, è con la famosa giurisprudenza *Teckal* del 1999⁹ che vengono identificati gli elementi costitutivi di quello che è stato in seguito battezzato – con un'evocativa espressione, utilizzata in seguito dalla stessa Corte di giustizia¹⁰ – come *in house providing*.

Con riferimento ad una questione pregiudiziale posta dal TAR Emilia Romagna, la Corte di Giustizia aveva infatti precisato che, per l'ipotesi di un contratto stipulato fra un ente locale ed una persona giuridicamente distinta da quest'ultimo, si applicavano le procedure di gara previste dalla direttiva 93/63 per la scelta del contraente, indipendentemente dal fatto che tale persona giuridica fosse o meno, a sua volta, amministrazione aggiudicatrice. Salvo nell'ipotesi in cui si potesse applicare il concetto di *in house providing*: e, cioè, per il caso in cui «l'ente locale eserciti sulla persona di cui trattasi un controllo analogo a quello da esso esercitato sui propri servizi e questa persona realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che la controllano».

La scarsa definizione dei due criteri di riferimento enunciati dalla Corte di Giustizia con questa fondamentale pronuncia ha tuttavia creato non pochi problemi in fase di adattamento alla stessa da parte degli ordinamenti nazionali. Problemi la cui soluzione è stata fornita in larga parte dalla successiva giurisprudenza della Corte UE in materia, ma rispetto ai quali decisivo si rivela ora – come vedremo – anche l'intervento del legislatore UE con le recenti Direttive in materia di procedure ad evidenza pubblica.

3.2 Il requisito del c.d. 'controllo analogo'

Per quel che concerne il requisito del c.d. 'controllo analogo' è solo con la sentenza *Parking Brixen* dell'ottobre 2005¹¹ che la Corte di Giustizia ha fornito le prime utili precisazioni sulla natura del potere che deve sussistere in capo al socio pubblico, al fine di poter considerare integrato il requisito in questione.

Il caso aveva ad oggetto l'affidamento diretto della gestione di parcheggi pubblici ad una *ex* municipalizzata (azienda speciale), divenuta società per azioni, al momento totalmente in mano pubblica. Sicché, in relazione ai due requisiti posti dalla giurisprudenza *Teckal* per la sussistenza dell'*in house providing*, la Corte ha in quell'occasione precisato che – oltre a dovere formare oggetto, in quanto eccezioni alle regole generali, di un'interpretazione necessariamente restrittiva¹² – quanto al requisito del 'controllo analogo' esso postula «una possibilità di influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti»¹³. Influenza determinante che non sussisteva nel caso di specie: poiché la società in questione, a seguito della trasformazione da azienda speciale in SpA, aveva acquisito «una vocazione commerciale che rende precario il controllo del comune». Conclusione che risultava corroborata da elementi quali l'ampliamento dell'oggetto sociale e dell'ambito territoriale di attività, oltre ai «considerevoli poteri conferiti al Consiglio di amministrazione, senza che in pratica venga esercitato alcun controllo gestionale da parte del Comune»¹⁴.

Con questa importante pronuncia, che a tutt'oggi rappresenta una pietra miliare nello sviluppo dell'*in house providing*, la Corte ne ha così ristretto l'ambito di operatività, individuando alcuni elementi che escludono la sussistenza di detta fattispecie. E da tale giurisprudenza si può individuare un tratto a tutt'oggi essenziale e caratterizzante il controllo analogo: il saldo controllo gestionale da parte del Comune, che non può essere messo in discussione nemmeno dai tradizionali poteri che sono normalmente riconosciuti in capo all'organo di governo della società.

La Corte di Giustizia ha infatti confermato tale conclusione, anche di recente, con la sentenza *Econord* del novembre 2012¹⁵, con la quale ha precisato che elemento essenziale del c.d. controllo analogo è la circostanza che spetta all'amministrazione controllante, o alle amministrazioni controllanti, la definizione degli obiettivi strategici e delle decisioni più importanti, attraverso un potere effettivo. E tale affermazione è stata resa dalla Corte senza identificare l'esistenza di incompatibilità di principio tra l'*in house providing* e la veste societaria dell'affidatario diretto della gestione del servizio pubblico. Il che appare del tutto giustificabile, alla luce del fatto che non spetta alla Corte di Giustizia, nel contesto di un rinvio pregiudiziale di interpretazione, di sostituirsi al giudice nazio-

nale nel valutare la compatibilità in concreto delle previsioni del diritto nazionale (nel caso di specie delle norme codicistiche che determinano il regime delle società) con il diritto dell'Unione europea.

3.3 *L'affidamento diretto a società interamente in mano pubblica, ma di proprietà di diversi enti locali*

Del problema dei requisiti per la sussistenza dell'*in house providing* in ipotesi di società interamente in mano pubblica, ma di proprietà di diversi enti locali, la Corte di giustizia si è occupata più volte, tra cui, di recente, nella già citata sentenza *Econord*. Il caso appare particolarmente significativo in quanto, nel confermare i precedenti sul punto, nel solco della giurisprudenza *Parking Brixen* sul controllo analogo, la sentenza reca anche qualche utile precisazione in ordine alle modalità con cui tale controllo analogo deve realizzarsi.

Dapprima la Corte ricorda che «nel caso in cui venga fatto ricorso ad un'entità posseduta in comune da più autorità pubbliche, il “controllo analogo” può essere esercitato congiuntamente da tali autorità, senza che sia indispensabile che detto controllo venga esercitato individualmente da ciascuna di esse»¹⁶. Aggiunge poi che «ove più autorità pubbliche facciano ricorso ad un'entità comune ai fini dell'adempimento di un compito comune di servizio pubblico, non è indispensabile che ciascuna di esse detenga da sola un potere di controllo individuale su tale entità; ciononostante, il controllo esercitato su quest'ultima non può fondarsi soltanto sul potere di controllo dell'autorità pubblica che detiene una partecipazione di maggioranza nel capitale dell'entità in questione, e ciò perché, in caso contrario, verrebbe svuotata di significato la nozione stessa di controllo congiunto»¹⁷.

L'affermazione da ultimo richiamata appare particolarmente rilevante poiché, nella precedente sentenza *Coditel Brabant* del 2008¹⁸, la Corte aveva sostenuto che non impedisce la sussistenza del requisito del controllo analogo il fatto che la partecipazione sia ultraminoritaria. In tale occasione essa aveva infatti affermato che «ove le decisioni relative alle attività di una società cooperativa intercomunale detenuta esclusivamente da autorità pubbliche sono adottate da organi statutari di detta società composti da rappresentanti delle autorità pubbliche associate, il controllo esercitato su tali decisioni dalle autorità pubbliche in parola può essere considerato tale da consentire loro di esercitare sulla società di cui trattasi un controllo analogo a quello che esercitano sui propri servizi»¹⁹.

La Corte ha così chiarito che il proprio precedente nella causa *Coname*²⁰ non deve essere letto quale impedimento al un controllo congiunto anche in caso di partecipazioni molto esigue, fintanto che, tuttavia, ciascuna amministrazione possa esercitare un controllo effettivo²¹.

3.4 La questione della compartecipazione di soggetti privati nel capitale della società

Sin dalla nota sentenza *Stadt Halle*²² – primo ed essenziale intervento della Corte di giustizia UE, finalizzato a meglio precisare i criteri di riferimento indicati nella sua giurisprudenza *Teckal* – la Corte di Giustizia ha chiarito che la condizione per cui «l'autorità pubblica, che sia un'amministrazione aggiudicatrice, eserciti sull'entità [...] un controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi» non si realizza ove nel capitale sociale partecipino soggetti privati. In quella occasione la Corte ha infatti precisato, che «la partecipazione, anche minoritaria, di un'impresa privata al capitale di una società alla quale partecipi anche l'amministrazione aggiudicatrice in questione esclude in ogni caso che tale amministrazione possa esercitare sulla detta società un controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi»²³.

La *ratio* dell'affermazione della Corte va ricercata nella circostanza, espressamente indicata nella motivazione della pronuncia, che, mentre «il rapporto tra un'autorità pubblica, che sia un'amministrazione aggiudicatrice, ed i suoi servizi sottostà a considerazioni e ad esigenze proprie del perseguimento di obiettivi di interesse pubblico. Per contro, qualunque investimento di capitale privato in un'impresa obbedisce a considerazioni proprie degli interessi privati e persegue obiettivi di natura differente»²⁴. Oltre a questa prima considerazione, la Corte ne aggiunge poi anche un'altra, di portata a mio avviso ancor più rilevante. E cioè che «l'attribuzione di un appalto pubblico ad una società mista pubblico-privata senza far appello alla concorrenza pregiudicherebbe l'obiettivo di una concorrenza libera e non falsata ed il principio della parità di trattamento degli interessati contemplato dalla direttive 92/50, in particolare nella misura in cui una procedura siffatta offrirebbe ad un'impresa privata presente nel capitale della detta società un vantaggio rispetto ai suoi concorrenti»²⁵.

L'impossibilità di considerare *in house* un'entità compartecipata da privati è stata successivamente riaffermata in numerose occasioni²⁶, tra cui vale la pena qui ricordare solo il caso *ANAV*²⁷. In tale occasione la Corte ha infatti ribadito che un'apertura siffatta escluderebbe «in ogni caso» la persistenza del requisito del controllo analogo, poiché «se la società concessionaria è una società aperta, anche solo in parte, al capitale privato, tale circostanza impedisce di considerarla una struttura di gestione "interna" di un servizio pubblico nell'ambito dell'ente pubblico che la detiene»²⁸. La Corte ha poi sottolineato che l'apertura del capitale di un'affidataria *in house* ad azionisti privati non è ammissibile in quanto «la conseguenza di ciò sarebbe l'affidamento di una concessione di servizi pubblici ad una società mista senza procedura concorrenziale, il che contrasterebbe con gli obiettivi perseguiti dal diritto comunitario»²⁹.

Quanto alla verifica in concreto circa la possibilità di un'apertura del capitale sociale ai privati, la Corte ha chiarito nel caso *SEA*³⁰ che in una situazione «in cui il capitale della società aggiudicataria è interamente pubblico e in cui non vi è alcun indizio concreto di una futura apertura del capitale di tale società ad investitori privati, la mera possibilità per i privati di partecipare al capitale di detta società non è sufficiente per concludere che la condizione relativa al controllo dell'autorità pubblica non è soddisfatta». Ma ha altresì precisato che il fatto che, «successivamente, ma sempre durante il periodo di validità di tale appalto, gli azionisti privati siano ammessi a partecipare al capitale di detta società costituirebbe un cambiamento di una condizione fondamentale dell'appalto che necessiterebbe di un'indizione di gara»³¹.

Tanto la motivazione di cui al caso *Stadt Halle*, quanto le precisazioni rese nei successivi giudizi *ANAV* e *SEA* offrono oggi utili spunti per verificare come potrà in concreto realizzarsi la partecipazione di privati al capitale sociale secondo quanto eccezionalmente consentito dalle nuove Direttive in materia di procedure ad evidenza pubblica. Ciò anche al fine di poter distinguere le fattispecie che, nonostante la partecipazione di capitale privato, restano ipotesi di *in house providing*, da quelle in cui l'apporto dei privati può essere invece ricondotto alla 'tradizionale' forma di Partenariato pubblico-privati istituzionalizzata mediante società mista (Valaguzza, 2012). Sul che si avrà modo di tornare a breve (v. *infra*, par. 4).

Per il momento può invece evidenziarsi che, con una recente sentenza, la Corte di Giustizia ha fugato ogni eventuale dubbio circa la portata prescrittiva della giurisprudenza *Stadt Halle*. Nell'affermare infatti che anche la partecipazione di un'associazione di pubblica utilità senza scopo di lucro impedisce la sussistenza del requisito del controllo analogo, la Corte ha chiarito che le conclusioni raggiunte nella precedente sentenza *Stadt Halle* non si fondavano «sulla forma giuridica degli enti privati facenti parte dell'entità aggiudicatrice e neppure sulla finalità commerciale di essi, ma sul fatto che tali enti privati seguivano considerazioni inerenti ai loro interessi privati, che erano di natura diversa da quella delle finalità di interesse pubblico perseguite dall'amministrazione aggiudicatrice»³².

La Corte ha così chiarito che i principi affermati nella sentenza *Stadt Halle*, ed in particolare quelli inerenti le ragioni ostative alla partecipazione di privati al capitale sociale, non furono determinati da particolari circostanze del caso, ma che gli stessi rispondono alla *ratio* stessa dell'*in house providing*. Affinché vi possa essere controllo analogo è necessario che l'interesse sociale perseguito sia determinato unicamente dall'amministrazione, senza possibilità che la partecipazione di privati possa influenzare le scelte gestionali.

3.5 (segue) Il cambio di paradigma nelle nuove direttive in materia di appalti e concessioni e la relativa ratio

Come si è visto nel precedente paragrafo la Corte di Giustizia, nella sua giurisprudenza, ha ripetutamente affermato che anche la partecipazione minoritaria di un socio privato al capitale di una partecipata pubblica escluderebbe *ex se* la possibilità di configurare su quest'ultima il 'controllo analogo' richiesto ai fini della sussistenza dell'*in house providing*.

Senonché, già nel celebre caso *Stadt Halle* l'Avvocato Generale Christine Stix-Hackl aveva sottolineato che «poiché anche gli organismi con partecipazione di un socio privato di minoranza possono soddisfare il criterio del controllo, è d'uopo dedurne che l'eccezione Teckal si applica non solo alle società proprie, ma anche alle società miste pubblico private. Quindi, in linea di principio, il coinvolgimento di imprese private non comporta alcun pregiudizio»³³.

Il ragionamento dell'Avvocato Generale offre un interessante spunto di riflessione: come si è argomentato in dottrina, infatti, la presenza di un privato, pur introducendo un elemento di differenziazione nel capitale sociale, non per questo ha necessariamente l'effetto di sovvertire la normale formazione della volontà sociale, comunque pur sempre corrispondente a quella della maggioranza (Gallo, 2005: par. 8). Sicché si può immaginare che, in talune circostanze, non sia preclusiva del controllo analogo la presenza di soggetti privati nel capitale sociale. E, sebbene la Corte di Giustizia tanto nella sentenza *Stadt Halle*, quanto in quelle successive³⁴, abbia escluso questa possibilità, questo interessante spunto sembra essere stato invece colto, più di recente, dal legislatore europeo.

Le nuove Direttive in materia di procedure ad evidenza pubblica, infatti, hanno confermato la regola di principio che nella persona giuridica controllata non deve esservi alcuna partecipazione di capitali privati diretti. Hanno tuttavia riconosciuto che, seppure a titolo eccezionale, può ammettersi la presenza di capitali privati nella compagine sociale senza che vengano meno, per ciò stesso solo, i presupposti per la sussistenza del 'controllo analogo' e ciò tanto per i casi di controllo individuale quanto in relazione a quello congiunto di più enti. Perché tale partecipazione di capitale privato sia ammissibile devono tuttavia sussistere, ai sensi delle richiamate direttive, tre specifici requisiti, da considerarsi cumulativi, in virtù dei quali si richiede che: *i*) le forme di partecipazione di capitali privati non comportino controllo o potere di veto; *ii*) queste forme di partecipazione siano 'prescritte' (ossia rese obbligatorie³⁵) dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei Trattati; *iii*) queste partecipazioni private siano tali da non consentire al capitale privato di esercitare un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata³⁶.

La giustificazione di queste previsioni può facilmente desumersi dal tenore dei considerando che ad esse si riferiscono nelle direttive menzionate. Ivi si conferma infatti, anzitutto, che la *ratio* per la quale «l'esenzione non dovrebbe estendersi alle situazioni in cui vi sia partecipazione diretta di un operatore economico privato al capitale della persona giuridica controllata», consiste nella circostanza che, in queste ipotesi, «l'aggiudicazione di una concessione senza una procedura competitiva offrirebbe all'operatore economico privato con una partecipazione nel capitale della persona giuridica controllata un indebito vantaggio rispetto ai suoi concorrenti». Precisandosi poi che, «Tuttavia date le particolari caratteristiche degli organismi pubblici con un'adesione obbligatoria, quali le organizzazioni responsabili della gestione o dell'esercizio di taluni servizi pubblici, ciò non dovrebbe valere nei casi in cui la partecipazione di determinati operatori economici privati al capitale della persona giuridica controllata è resa obbligatoria da disposizioni legislative del diritto nazionale conformi ai trattati, a condizione che si tratti di una partecipazione che non implica controllo o potere di veto e che non conferisce un'influenza determinante sulle decisioni della persona giuridica controllata»³⁷.

Non vi è, dunque, contraddizione con l'argomento a suo tempo usato dalla Corte di Giustizia nella già menzionata pronuncia *Stadt Halle* (v. precedente par. 3.3): ove si sottolineava, appunto, il rischio che l'attribuzione di un appalto pubblico ad una società mista pubblico-privata, senza far appello alla concorrenza, potesse pregiudicare l'obiettivo di una concorrenza libera e non falsata offrendo all'impresa privata presente nel capitale della detta società un vantaggio rispetto ai suoi concorrenti³⁸. Semplicemente il rischio viene qui scongiurato inserendo dei paletti specifici, normativamente identificati, rispetto al ruolo ed alla funzione del privato all'interno di una compagine societaria la cui struttura può essere la conseguenza – in ossequio al principio di autonomia organizzativa – di norme nazionali che impongano forme di partecipazione di capitali privati.

3.6 (segue) Il futuro della partecipazione dei privati nelle società a partecipazione di una sola amministrazione

La rottura con il precedente e consolidato orientamento giurisprudenziale, inteso ad escludere del tutto la partecipazione dei soci privati, pone inevitabilmente molteplici dubbi su come le previsioni delle nuove direttive potranno trovare recepimento e concreta attuazione negli ordinamenti nazionali. Certo è che, comunque si vogliano leggere le norme in questione, posta la chiara enunciazione circa il potere di veto e l'influenza dominante pubblica, appare sin d'ora certo che la partecipazione di privati non potrà mettere in dubbio la salda *governance* da riconoscere in capo all'ente pubblico socio.

Sicché, se pur appare certamente preferibile che la partecipazione privata sia comunque minoritaria, ed eventualmente realizzata con strumenti societari atti a limitarne i concreti poteri, il nodo interpretativo pare dover essere sciolto in senso sostanzialistico: ossia in base alla titolarità, in capo all'amministrazione, di quei poteri necessari a costituire il c.d. controllo analogo. In altre parole, per potere ammettere la presenza di capitale privato all'interno di una società *in house*, la formula più coerente con la *ratio* dello strumento dell'*in house providing* sembra comportare il riconoscimento al socio pubblico di quei poteri via via enucleati dalla giurisprudenza europea per la sussistenza del controllo analogo (v. *supra* par. 3.2), che rimane dunque di assoluta attualità.

Quanto poi al requisito della necessaria 'previsione legislativa' della partecipazione privata, è sufficiente in questa sede richiamare quanto si era già esposto in altra sede: ossia che tale prescrizione possa essere soddisfatta anche dalla previsione di questo requisito per il tramite di atti normativi secondari, (regolamenti attuativi o esecutivi), in linea con quanto da tempo previsto dalla giurisprudenza della Corte di giustizia con riguardo agli atti idonei a rappresentare un atto di trasposizione dotato di requisiti di sufficiente certezza e stabilità (Carullo, 2015: par. 2).

Le nuove disposizioni determinano, dunque – come vedremo – un significativo scostamento dell'*in house* 'misto' rispetto al modello della società mista emerso nella giurisprudenza europea.

3.7 (segue) *L'ipotesi di compartecipazione di più amministrazioni*

Le nuove Direttive definiscono sulla falsariga della precedente giurisprudenza (v. il precedente par. 3.2) il contenuto del 'controllo analogo congiunto', nella seconda parte del terzo paragrafo degli articoli dedicati all'eccezione *de qua*³⁹. Viene chiarito che, per integrare il requisito del controllo analogo congiunto, devono essere soddisfatte tre cumulative condizioni.

In primo luogo, si richiede che gli organi decisionali della persona giuridica controllata siano composti da rappresentanti di tutte le amministrazioni. Si conferma dunque l'indirizzo giurisprudenziale secondo cui, affinché sussista il 'controllo analogo' è necessario che ciascuna delle Autorità partecipi non solo al capitale sociale, ma anche alla composizione degli organi direttivi dell'entità compartecipata, così da assicurare che anche il socio ultraminoritario eserciti il proprio controllo in forma congiunta con gli altri enti pubblici ed in modo effettivo⁴⁰.

In secondo luogo le nuove Direttive richiedono che le amministrazioni siano in grado di esercitare congiuntamente un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative di detta persona giuridica. Anche in questo caso la disposizione si colloca in linea di continuità con la precedente giuri-

sprudenza, ai sensi della quale poteva considerarsi *in house* una società intercomunale anche laddove la partecipazione di ciascun Ente fosse particolarmente esigua, purché a ciascuna partecipazione, anche minoritaria, corrispondesse una composizione degli organi statutari tale per cui il controllo esercitato da ciascuna fosse assimilabile a quello esercitato sui propri servizi⁴¹.

Infine, anche la terza condizione posta dalle nuove Direttive, ai sensi della quale «la persona giuridica controllata non persegue interessi contrari a quelli delle amministrazioni aggiudicatrici controllanti», risulta in linea con il precedente orientamento della Corte, così come della dottrina espressasi sul punto (Roversi Monaco, 2006: par. 2), secondo cui la non omogeneità degli interessi perseguiti dai soci non sarebbe coerente con il modello *in house*⁴².

Anche nel caso di compartecipazione di più amministrazioni, si può dunque concludere che sia perfettamente confermata la necessaria *governance* pubblica, che in questo caso deve risultare dalla guida congiunta, ed effettiva, da parte di tutte le amministrazioni partecipanti.

4. I tratti distintivi tra *in house* 'misto' pubblico-privati e società miste 'tradizionali'

Se dunque la totalità delle partecipazioni pubbliche non è più un requisito indefettibile delle società affidatarie *in house*, potendo anche queste ultime essere costituite da capitale misto pubblico-privato, v'è da chiedersi se e quali differenze permangano con l'ipotesi delle c.d. società miste, così come sino ad oggi intese nell'ordinamento europeo.

Per quanto qui interessa è sufficiente ricordare che le c.d. società miste rappresentano un istituto da tempo collocato tra le forme di collaborazione tra pubblico e privato (Valaguzza, 2012), attraverso cui è possibile non solo assicurare il contributo di finanziamenti privati al settore pubblico, ma anche beneficiare del *know-how* e dei metodi di funzionamento del settore privato⁴³, così da «acrescere il benessere congiunto» (Massera, 2009: 889).

Nel caso delle società miste è noto l'acceso dibattito che si registrò in relazione alla necessità, o meno, di indire una doppia gara, tanto per la scelta dei soci privati quanto poi per l'affidamento del servizio. Dibattito che è stato ormai risolto dalla Corte di Giustizia, nel senso di escludere la necessità della 'doppia gara'. La Corte ha infatti ammesso l'affidamento diretto del servizio ad una società mista, purché il socio sia scelto con una procedura di gara aperta e trasparente e purché l'oggetto sociale rimanga invariato durante l'intera durata della concessione e senza che vi sia alcuna modifica sostanziale del contratto; circostanza questa che, secondo la Corte, comporterebbe un obbligo di indire una gara⁴⁴. In particolare la Corte ha precisato che la società deve essere stata «costi-

tuita specificamente al fine della fornitura di detto servizio e con oggetto sociale esclusivo, nella quale il socio privato sia selezionato mediante una procedura ad evidenza pubblica, previa verifica dei requisiti finanziari, tecnici, operativi e di gestione riferiti al servizio da svolgere e delle caratteristiche dell'offerta in considerazione delle prestazioni da fornire»⁴⁵. Non solo, la pronuncia chiarisce anche che la società «deve mantenere lo stesso oggetto sociale durante l'intera durata della concessione e che qualsiasi modifica sostanziale del contratto comporterebbe un obbligo di indire una gara»⁴⁶.

Alla luce di quanto sin qui detto, sembra dunque potersi ritenere che il tratto distintivo fondamentale tra *in house* 'misto' pubblico-privati e società miste 'tradizionali' sia da ricercare nelle diverse finalità perseguite dai due istituti, specie per quanto attiene alla *governance* societaria.

Nel caso degli affidamenti *in house* 'misti' si è visto che la guida deve restare saldamente in capo all'Ente pubblico o agli enti pubblici, che avranno così modo di determinare l'andamento delle società e delle attività da svolgere.

Nel caso delle società miste 'tradizionali', invece, la partecipazione del socio privato è caratterizzata proprio dall'inverso obiettivo di portare nella compagine sociale le competenze dell'imprenditoria privata in relazione ad una specifica e predeterminata commessa, cristallizzata negli atti attraverso i quali viene bandita la gara per la selezione del socio stesso. Sicché si può senz'altro ritenere che nella società mista 'tradizionale' il privato avrà un ruolo assai più determinante nella definizione delle strategie aziendali e nelle modalità di espletamento di quelle attività individuate in sede di procedura ad evidenza pubblica.

La già citata sentenza *Acoset* ha infatti chiarito che l'affidamento diretto a società mista, ove il socio è stato scelto con procedura ad evidenza pubblica, è ammissibile solo nella misura in cui l'oggetto sociale sia ben individuato e la gara abbia individuato in modo preciso e circostanziato il «servizio da svolgere e [le] caratteristiche dell'offerta in considerazione delle prestazioni da fornire». Per contro, nell'*in house* non sussiste alcuna limitazione di tal genere, ben potendo l'entità partecipata essere incaricata di qualsiasi attività da parte dell'amministrazione fintanto che sussistano i requisiti per l'affidamento diretto.

Il diverso atteggiarsi della 'capacità' dei due soggetti si può spiegare ancora sulla base della disciplina che regola la *governance* societaria. Nell'ambito di un affidamento *in house* è comunque l'amministrazione a determinare le scelte gestionali, sicché si resta all'interno di una sfera pubblicistica che, almeno teoricamente, non dovrebbe avere quale fine ultimo quello di lucro. Viceversa, nelle società miste 'tradizionali' il socio privato è in posizione tale da consentirgli di influire sulla guida societaria, sicché il fine di lucro che ne caratterizza le decisioni potrebbe portare a scelte potenzialmente pregiudizievoli per il mercato interno⁴⁷. È per tale ragione, quindi, che in relazione alle società miste 'tradizio-

nali' l'oggetto del servizio e delle prestazioni da rendere deve essere predeterminato ed ogni modifica di queste deve comportare una nuova gara.

Si può dunque ritenere che *in house* 'misto' e società miste continuino, oggi, a correre su binari distinti e si inquadrino, dunque, nella prospettiva di una frammentazione dell'ordinamento. Tuttavia, le differenze che caratterizzano le due fattispecie vanno riducendosi e la prospettiva di un futuro ulteriore avvicinamento dei due istituti, se non addirittura l'unificazione degli stessi, non pare poi così irrealistica. Soprattutto perché, in un'ottica di corretto recepimento delle nuove Direttive, difficilmente potrà predicarsi una selezione del socio privato nell'ambito dell'*in house* che prescindano totalmente da un qualche confronto concorrenziale. Questo è infatti, a parere di chi scrive, il significato corretto da attribuirsi alle nuove previsioni normative: laddove queste ammettono forme di partecipazione di capitali privati a società *in house* a condizione che tali forme di partecipazione siano «prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati»⁴⁸.

Sarebbe quindi auspicabile, per il futuro, che le norme nazionali di recepimento che prescrivono la compartecipazione di soci privati individuino al contempo modalità trasparenti e non discriminatorie per la loro selezione. E laddove questi ultimi risultino predeterminati (in diritto o di fatto), sarà opportuno indicare chiaramente le motivazioni per le quali si ritiene essenziale la partecipazione proprio di questi soggetti al capitale sociale e, quindi, quali siano i presupposti oggettivi che ne determinano l'individuazione (ad es. diritti di proprietà intellettuale, non replicabilità di determinati *asset* ecc.).

5. I servizi pubblici e lo strumento dell'*in house*: conclusioni

La confusione fra norme del diritto UE poste a tutela della concorrenza, da un lato, e norme a garanzia delle c.d. libertà fondamentali garantite dai Trattati (libera circolazione delle persone, dei servizi, delle merci e dei capitali), dall'altro, caratterizza l'approccio di molta parte della dottrina che si è occupata del c.d. *in house providing*. Come già si è sottolineato (par. 2), sono tuttavia queste ultime – e non le c.d. *regole di concorrenza* di cui agli artt. 101 sgg. T.F.U.E.⁴⁹ – la base giuridica che ha legittimato l'adozione delle norme europee in materia di procedure ad evidenza pubblica. E queste ultime norme sono funzionali alla creazione di quell'Europa senza barriere che rappresentava – come è ben noto – l'obiettivo primario dei firmatari dell'originario Trattato di Roma.

Dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona taluna dottrina si è interrogata sul significato dell'eliminazione, dal previgente articolo 3, paragrafo 1, lett. g), TCE, della previsione secondo cui l'azione della Comunità comporta «un regime inteso a garantire che la concorrenza non sia falsata nel mercato in-

terno» chiedendosi se questa omissione, da parte dei redattori del Trattato di Lisbona, fosse innocua o comportasse, invece, un declassamento della concorrenza da *fine*, a mero *strumento*. In verità la norma in questione non è scomparsa, ma risulta trasferita nel Protocollo (n. 27) sul mercato e sulla concorrenza. Tuttavia, la questione non mi pare rilevante poiché, come ho altrove già sottolineato (Galetta, 2013), la concorrenza non è mai stata un fine dell'Unione europea, neppure all'epoca della Comunità *economica* europea. E con il Trattato di Lisbona essa è stata chiaramente confermata nella sua natura di mero strumento. Strumento che, secondo quanto si poteva leggere già nel Preambolo al Trattato di Roma del 1957, appare finalizzato a supportare l'azione volta ad eliminare gli ostacoli esistenti⁵⁰, rispetto alla creazione di quella «Unione sempre più stretta fra i popoli europei» cui faceva riferimento già il primo paragrafo del Preambolo medesimo.

Il riconoscimento espresso – di cui all'art. 3, par. 3, T.F.U.E. – di un'esigenza di sviluppo sostenibile dell'Europa che si basi, fra l'altro, su di «un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale» rende solo più evidente la questione. Rende evidente, cioè, che le regole del gioco concorrenziale sono solo un tassello del più ampio puzzle volto a definire una comune politica di riferimento tra gli Stati membri nell'affrontare, fra gli altri, anche le tematiche relative ai servizi di interesse (non solo economico) generale.

Di questo complesso puzzle l'*in house providing* è, a sua volta, un piccolo, ma rilevante tassello nella prospettiva dello svolgimento, da parte delle Amministrazioni nazionali, dei servizi di interesse economico generale di cui esse si facciano carico e che intendano svolgere in regime di autoproduzione. Il bilanciamento necessario *ex art.* 106 par. 2 T.F.U.E. tra regole di concorrenza, da un lato, ed esigenze connesse all'espletamento di servizi di interesse generale, dall'altro, si ottiene, infatti, in concreto, tramite l'applicazione di tre diversi principi: il *principio di neutralità* rispetto al regime di proprietà, pubblica o privata, delle imprese. Il *principio di libertà* degli Stati membri quanto alla definizione di ciò che è servizio d'interesse generale, fermo restando il controllo di eventuali casi di errore manifesto. Il *principio di proporzionalità* (Galetta, 2012), nel senso che le restrizioni alla concorrenza e le limitazioni delle libertà del mercato unico non devono eccedere quanto necessario per garantire l'effettivo assolvimento della missione di pubblico servizio.

Se non appare dunque condivisibile l'affermazione secondo cui l'osservanza del principio di concorrenza potrebbe addirittura comportare la necessità di 'mettere in concorrenza' i servizi interni qualora si opti – opzione, come si è visto, del tutto legittima e comunitariamente compatibile – per la 'autoproduzione dei servizi' (Ricci, 2006), vi è tuttavia un auspicio che vorrei esprimere in

questa sede e nella prospettiva di un possibile percorso di progressiva ri-unificazione o de-frammentazione del sistema di riferimento al livello dell'Unione europea. Pur nel rispetto del sacrosanto principio che la scelta circa le modalità di gestione dei servizi pubblici va lasciata, in ultima analisi, al legislatore nazionale sarebbe opportuno che vi fosse un progressivo allontanamento dell'Unione europea dallo strumento dell'*in house providing*. Il risultato che il suo utilizzo produce è, infatti, una forma di 'autoproduzione' anomala, che presenta a tutt'oggi molti profili di criticità, si presta a facili abusi e che crea, in concreto, moltissimi problemi ed una grande quantità di contenzioso⁵¹. Lo dimostra bene l'analisi sin qui svolta; e non mi pare che, sotto questo profilo, le nuove Direttive in materia di procedure ad evidenza pubblica siano idonee a risolvere tutte le problematiche questioni sul tappeto, pur nel loro lodevole intento chiarificatore rispetto ai profili più controversi dello strumento dell'*in house providing*⁵².

Pur nella consapevolezza, dunque, che per il nostro paese i servizi pubblici hanno rappresentato, dalla prospettiva dei cittadini, la prima e più evidente forma di unificazione dello Stato nazionale⁵³, mi pare che oggi, più che mai, sia necessario trovare un punto di equilibrio. A fronte, infatti, della tuttora prevalente spinta ideologico-politica nella direzione di un intervento pubblico inteso, sempre e comunque, nella prospettiva del mantenimento di livelli tariffari forzatamente non remunerativi e a fronte dell'erogazione di servizi pubblici di scarsa qualità, si pongono le esigenze, altrettanto rilevanti in epoca attuale, di garantire la sostenibilità del debito pubblico. Si tratta di esigenze che – piaccia o meno – risultano oggi rivestite di un elemento di precettività in passato assente: e mi riferisco non solo alle norme sovranazionali sull'obbligo del pareggio di bilancio, ma anche e soprattutto al nuovo art. 97, c. 1, Cost., ai sensi del quale «le pubbliche amministrazioni, in coerenza con l'ordinamento dell'Unione europea, assicurano l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico».

Sullo sfondo rimane poi, ovviamente, la dibattuta questione – che volutamente non è stata qui affrontata, perché ci porterebbe troppo oltre – se sia ancora immaginabile oggi, uno Stato-imprenditore quale espressione di un'identità nazionale degna di protezione e valorizzazione nel contesto di una Unione europea conforme al motto 'unità nella diversità'. Per bypassare l'ultima questione evocata – ma ricomprenderla al contempo nello schema di ragionamento che è stato sino a qui portato avanti – si può a mio parere concludere anche qui, come già altrove io avevo fatto (Galetta, 2007): e, cioè, che lo strumento dell'*in house providing* è in parte inutile (per perseguire gli scopi a cui esso teoricamente mira) e in parte dannoso. Ed è dannoso perché – come già si è detto – si presta troppo facilmente a fini elusivi delle norme europee poste a garanzia della libera circolazione degli operatori all'interno del mercato unico e della concorrenza fra gli stessi, senza peraltro riuscire ad assicurare un adeguato sod-

disfacimento delle esigenze connesse all'espletamento dei servizi di interesse generale. A quest'ultimo scopo è infatti il meccanismo (europeo) dell'imposizione di oneri di pubblico servizio a imprese private, nel contesto di un affidamento del servizio tramite gara, ad apparire preferibile. Ciò per la ragione specifica che quest'ultimo meccanismo – pur con tutte le sue criticità⁵⁴ – appare come una risposta di gran lunga più efficiente rispetto a quello dell'*in house providing*: e non solo dalla prospettiva, ora assai di moda, di un utilizzo migliore e più trasparente delle risorse pubbliche in un'ottica da *spending review*; ma, anche e soprattutto, in una prospettiva caratterizzata dall'esigenza di adeguatamente coniugare le libertà fondamentali riconosciute dai Trattati, i principi di libera concorrenza (pur declinati nell'attuale prospettiva della creazione di un'economia sociale di mercato *fortemente competitiva*) e le esigenze di salvaguardia dei pubblici servizi. Tutti questi elementi necessitano infatti oggi, a centocinquant'anni di distanza delle leggi di unificazione amministrativa, di essere adeguatamente coniugati in un ragionamento che, dal livello nazionale, si sposta e sposta il suo *focus* necessariamente sul livello dell'Unione europea.

Note

- * I paragrafi 1, 2, da 3.1 a 3.5 e 5 sono a cura di D.U. Galetta. I paragrafi 3.6, 3.7 e 4 sono a cura di G. Carullo. Ultimo aggiornamento del contributo: aprile 2016.
- ¹ Si ricorda soltanto che, in base al quadro normativo di riferimento attualmente in vigore, l'affidamento della gestione dei servizi pubblici locali potrà avvenire scegliendo fra quattro diverse modalità: a) gara ad evidenza pubblica; b) affidamento a società a capitale misto pubblico-privato con procedura di gara per la scelta del socio privato, a cui attribuire specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio (procedura cd. a doppio oggetto); c) affidamento diretto a società c.d. *in house* (che, come si vedrà, è una forma 'anomala' di auto-produzione); d) affidamento diretto anche non *in house* per il trasporto ferroviario regionale.
- ² A questo proposito si veda ad es., da ultimo, il discusso parere della seconda Sezione del Cons. St., 30.01.2015, n. 298, cui ha fatto seguito la recentissima pronuncia della VI sez. del Cons. St., 26.05.2015, n. 2660, che ribalta di fatto l'impostazione seguita nel parere della II sezione.
- ³ Si allude alle Direttive nn. 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE, rispettivamente relative all'aggiudicazione dei contratti di concessione; agli appalti pubblici; ed alle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali.
- ⁴ Ma già le direttive originarie in materia si riferivano, rispettivamente, all'obiettivo di «realizzazione simultanea della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi» (così la Direttiva 71/305/CEE del Consiglio, del 26 luglio 1971 che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti dei lavori pubblici) e al divieto di «restrizioni alla libera circolazione delle merci» (così la Direttiva 77/62/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1976, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture).
- ⁵ Cfr. C. giust., 11.05.2006, C-340/04, *Carbotermo e Consorzio Alisei*, punto 58.
- ⁶ V., in questo senso, già C. giust., 25.04.1996, C-87/94, *Commissione c. Belgio*, in particolare punti 33 e 54. Argomento ripreso in C. giust., 13.10.2005, C-458/03, *Parking Brixen*, punto 48.
- ⁷ C. cost., 23.12.2008, n. 439.
- ⁸ Cfr., in particolare, punto 26 della motivazione della sentenza C. giust., 6.04.2006, C-410/04, *ANAV*. È opportuno peraltro precisare, a scanso di equivoci, che la Corte di Giustizia, nel qualificare l'*in house providing* quale eccezione, intende che esso è un'eccezione rispetto alle condizioni di applicabilità delle direttive europee in tema di procedure ad evidenza pubblica e, quindi, ai fini dell'interpretazione dei requisiti che lo integrano. Resta perciò esclusa da tale qualificazione ogni considerazione in ordine all'astratta possibilità di ricorrervi che, viceversa, a livello nazionale, viene oggi individuata dalla giurisprudenza non più in via residuale. Cfr. *ex multis* Cons. St., Sez. V, 29.04.2014, n. 4599; id., Sez. V, 30.09.2013, n. 4832; id., Sez. VI, 11.02.2013, n. 762.
- ⁹ C. giust., 18.11.1999, C-107/98.
- ¹⁰ A questo proposito v., a titolo di esempio, la sentenza C. giust., 8.05.2003, C-349/97, *Regno di Spagna c. Commissione*, punto 204 ove si parla espressamente della «eccezione denominata "In House Providing"» (e ciò in tutte le versioni linguistiche, ivi compresa quella della lingua di procedura).
- ¹¹ C. giust., 13.10.2005, C-458/03.
- ¹² Il che implica anche che «l'onere di dimostrare l'effettiva sussistenza delle circostanze eccezionali che giustificano la deroga a quelle regole grava su colui che intenda avvalersene». Punto 63 della motivazione della sentenza *Teckal*. V. anche C. giust., 6.04.2006, C-410/04, *ANAV*, punto 26.
- ¹³ Punto 65 della motivazione.
- ¹⁴ Punto 67 della motivazione.

- ¹⁵ C. giust., 29.11.2012, C-182/11 e C-183/11, in particolare punto 27 della motivazione.
- ¹⁶ Punto 28 della sentenza *Econord*.
- ¹⁷ Punto 30 della motivazione.
- ¹⁸ C. giust., 13.11.2008, C-324/07.
- ¹⁹ Punto 42 della motivazione.
- ²⁰ C. giust., 21.07.2005, C-231/03
- ²¹ La Corte precisa infatti a tale riguardo, al punto 52 della sentenza *Coditel Brabant* cit., che nella sentenza *Coname* la Corte aveva «considerato che una partecipazione dello 0,97% è talmente esigua da non consentire ad un comune di esercitare il controllo su un concessionario che gestisce un servizio pubblico (v. sentenza *Coname*, cit., punto 24). Tuttavia, in questo stralcio della sentenza considerata, la Corte non affrontava la questione se un siffatto controllo potesse essere esercitato in maniera congiunta».
- ²² C. giust., 11.05.2005, C-26/03, relativa ad una fattispecie di affidamento senza gara pubblica di un appalto di servizi per il trattamento dei rifiuti ad una società interamente a capitale pubblico. In particolare, nel caso in questione la Corte ha l'occasione di meglio precisare il criterio del c.d. controllo analogo, indicato ma non precisato nella sentenza *Teckal* del 1999. A tale scopo la Corte, dopo avere ribadito che – come già si è detto – «un'autorità pubblica, che sia un'amministrazione aggiudicatrice, ha la possibilità di adempiere ai compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti, amministrativi, tecnici e di altro tipo, senza essere obbligata a far ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi», precisa che «in tal caso, non si può parlare di contratto a titolo oneroso concluso con un'entità giuridicamente distinta dall'amministrazione aggiudicatrice», e che «non sussistono dunque i presupposti per applicare le norme comunitarie in materia di appalti pubblici» (punto 48 della motivazione).
- ²³ Punto 49 della motivazione. V. anche C. giust., 10.11.2005, C-29/04, *Commissione c. Austria*, che ribadisce i concetti già espressi nella giurisprudenza precedente sul criterio del controllo analogo e le conseguenze che se ne devono trarre per le società miste (punti 45 sgg.).
- ²⁴ Punto 49 della motivazione.
- ²⁵ Punto 50 della motivazione.
- ²⁶ Cfr. tra le tante sentenze, C. giust., 18.01.2007, C-220/05, *Auroux*; 19.04.2007, C 295/05, *Asemfo*.
- ²⁷ C. giust., 6.04.2006, C-410/04.
- ²⁸ Punti 30-32 della motivazione della sentenza *ANAV*.
- ²⁹ Punto 30 della motivazione.
- ³⁰ C. giust., 10.09.2009, C-573/07.
- ³¹ Rispettivamente punti 51 e 53 della motivazione.
- ³² C. giust., 19.06.2014, C-574/12, *Centro Hospitalar de Setúbal e SUCH*, p. 36.
- ³³ Punto 70 delle conclusioni presentate in data 11.01.2005, C-26/03.
- ³⁴ Unica eccezione parrebbe quella di cui alla sentenza del 17.07.2008, nella causa C-371/05, *Commissione c. Italia*, ma la diversa conclusione ivi raggiunta deve necessariamente essere valutata alla luce delle peculiarità di tale giudizio, promosso dalla Commissione per un asserito inadempimento della Repubblica Italiana.
- ³⁵ Nella versione francese del testo delle Direttive in questione si legge infatti: «à l'exception des formes de participation de capitaux privés [...] requises par les dispositions législatives nationales, conformément aux traités». Idem nella versione in inglese, che recita: «with the exception of [...] forms of private capital participation required by national legislative provisions, in conformity with the Treaties».
- ³⁶ Cfr. artt. 17, 12 e 28, paragrafo 1, lett. c) per tutti, rispettivamente delle Direttive: concessioni, appalti ordinari ed appalti speciali.
- ³⁷ Cfr. considerando 46 e 32, rispettivamente, della Direttiva Concessioni e di quella relativa agli appalti nei settori ordinari. Nonostante l'omissione, si ritiene che il considerando in questione, stante l'identità delle norme, possa riferirsi anche alla Direttiva nei settori speciali.

- ³⁸ Punto 50 della motivazione della sentenza *Stadt Halle*.
- ³⁹ V. artt. 17, 12 e 28 rispettivamente delle Direttive nn. 23, 24 e 25 del 2014.
- ⁴⁰ Sentenza *Econord* cit., punti 31-33, ed in senso sostanzialmente analogo, anche sentenza *SEA* cit., punti 81-86 e sentenza *Coditel Brabant* cit., punto 46.
- ⁴¹ Sentenza, *Coditel Brabant*, cit., in particolare punto 42. In tale occasione la Corte ha chiarito che «siffatta conclusione non è inficiata dalla sentenza del 21 luglio 2005, nella causa C-231/03, Coname. Di sicuro la Corte ha ivi considerato che una partecipazione dello 0,97% è talmente esigua da non consentire ad un comune di esercitare il controllo su un concessionario che gestisce un servizio pubblico (v. sentenza Coname, cit., punto 24). Tuttavia, in questo stralcio della sentenza considerata, la Corte non affrontava la questione se un siffatto controllo potesse essere esercitato in maniera congiunta» (punto 52). In senso sostanzialmente analogo anche la successiva sentenza, *SEA*, cit., punto 90.
- ⁴² Cfr. punto 50 della motivazione nella sentenza *Stadt Halle*.
- ⁴³ Libro Verde relativo ai Partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni, COM(2004) 327, paragrafo 1.1.3.
- ⁴⁴ C. giust., 15.10.2009, C-196/08, *Acoset*, punti 61-62.
- ⁴⁵ Punto 61 della motivazione.
- ⁴⁶ Punto 62 della motivazione.
- ⁴⁷ Cfr. punto della motivazione della sentenza *Stadt Halle* cit. *supra* § 3.2.
- ⁴⁸ Artt. 17, 12 e 28, paragrafo 1, lett. c) per tutti, rispettivamente delle Direttive: concessioni, appalti ordinari ed appalti speciali.
- ⁴⁹ Per *regole di concorrenza*, di cui agli articoli 101 e seguenti T.F.U.E. si intende, come è noto: 1) il divieto delle intese anticoncorrenziali; 2) il divieto dell'abuso di posizione dominante; 3) il controllo delle fusioni per evitare, per l'appunto un risultato simile ad una intesa anticoncorrenziale o ad un abuso di posizione dominante; 4) il divieto degli aiuti di Stato di natura anticoncorrenziale, salve le deroghe la cui autorizzazione spetta alla Commissione.
- ⁵⁰ Si legge nel quarto paragrafo del preambolo al Trattato di Roma del 1957 che i firmatari riconoscono «che l'eliminazione degli ostacoli esistenti impone una azione concertata intesa a garantire la stabilità nella espansione, l'equilibrio negli scambi e la lealtà nella concorrenza».
- ⁵¹ *In house providing* – oltre ad essere stato oggetto di ben noti abusi, che lo hanno trasformato da strumento eccezionale in meccanismo di elusione del necessario confronto concorrenziale nell'affidamento dei servizi – determina in capo agli enti pubblici locali una «obiettiva situazione di conflitto d'interesse», poiché essi risultano essere «al contempo affidatari del servizio, azionisti e amministratori della società di gestione di servizi, nonché componenti degli organismi chiamati a vigilare e disciplinare la medesima» (così si legge nella segnalazione dell'Autorità Garante delle concorrenza e del mercato del 28.12.2006, su *Affidamento di servizi pubblici locali aventi rilevanza economica secondo modalità c.d. in house ed alcuni contenuti della legge delega in materia di tali servizi*, sottoscritta dal Presidente A. Catricalà).
- ⁵² Si segnala a questo proposito che, con riguardo al secondo requisito *Teckal* (la realizzazione della parte più importante della attività della società con l'ente che la controlla) le nuove Direttive ne hanno quantificato una volta per tutte la misura nell'80% del fatturato.
- ⁵³ Come bene sottolinea E. Boscolo, anche nella sua introduzione in questo volume.
- ⁵⁴ V. a tale proposito la Comunicazione della Commissione sugli aiuti di Stato concessi sotto forma di compensazione degli obblighi di servizio pubblico (2012/C 8/03).

Riferimenti bibliografici

- Amato G. 1998, *Citizenship and Public Services – Some General Reflections*, in M.R. Freedland, S. Sciarra (a cura di), *Public Services and Citizenship in European Law: Public and Labour Law Perspectives*, Clarendon Press, Oxford: 145 sgg.
- Cafagno M. 2001, *Lo Stato Banditore*, Giuffrè, Milano.
- Callea A 2006, *Gli affidamenti “in house”*, in *Amministrare*.
- Caringella F. 2005, *L'affidamento in house*, in R. Garofoli, M.A. Sandulli (a cura di), *Il nuovo diritto degli appalti pubblici*, Giuffrè, Milano: 255 sgg.
- Carullo G. 2013, *Obbligo di esercizio «associato» delle funzioni e modelli di cooperazione a livello comunale*, in *Foro amm. c.d.s.*: 2879 sgg.
- 2014, *Riflessioni su alcune aperture del legislatore europeo in tema di in house, anche in prospettiva dei corrispondenti limiti nazionali per le società strumentali*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*: 991 sgg.
- 2015 *Luci ed ombre sulla legittimità dell'affidamento in house al CINECA*, in *Giust. amm.*, <<https://www.giustamm.it/>>.
- Cavallo Perin R., Casalini D. 2006, *L'in house providing: un'impresa dimezzata*, in *Dir. amm.*: 51 sgg.
- Cintioli F. 2014, *Società in mano pubblica, interesse sociale e nuove qualificazioni della giurisprudenza*, in *Giust. amm.*, <<https://www.giustamm.it/>>: 1 sgg.
- Cusumano G., Gattuccio F. 2006, *Gli appalti pubblici nelle norme internazionali e comunitarie: affidamenti diretti ex articolo 6 della direttiva 92/50*, in *Amministrare*: 299 sgg.
- D'Alessandro D. 2006, *Affidamenti in house in senso ampio: la Corte mette in crisi l'idea della neutralità dello strumento societario*, in *Serv. pubb. e app.*: 103 sgg.
- Dettori S. 2008, *La società in house tra interesse pubblico e mercato. Spunti ricostruttivi*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli.
- Devroe W. 1997, *Privatisation and Community law: neutrality versus policy*, in *Common market law review*: 267 sgg.
- Dugato M. 2014, *Le società a partecipazione mista per la gestione dei servizi pubblici locali. Il procedimento di costituzione, l'affidamento dei lavori e la relazione tra ente socio e società*, in Id., F. Mastragostino (a cura di), *Partecipazioni, beni e servizi pubblici tra dismissioni e gestione*, Bononia University Press, Bologna: 213 sgg.
- Fracchia F. 2012, *In house providing, codice dei contratti pubblici e spazi di autonomia dell'ente pubblico*, in *Dir. Ec.*: 243 sgg.
- Galetta D.-U. 2007, *Forme di gestione dei servizi pubblici locali ed in house providing nella recente giurisprudenza comunitaria e nazionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*: 17 sgg.
- 2012, *Il principio di proporzionalità*, in M. Renna, F. Saitta (a cura di), *Studi sui principi del Diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano: 389 sgg.
- 2013, *La tutela dei diritti fondamentali (in generale, e dei diritti sociali in particolare) nel diritto UE dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*: 1175 sgg.

- Galetta D.-U., Giavazzi, M. 2007, *Trasporti terrestri*, in M.P. Chiti, G. Greco (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo. Parte Speciale*, coordinato da G.F. Cartei, D.-U. Galetta, vol. IV (II ed.), Giuffrè, Milano: 2174 sgg.
- Gallo C.E. 2005, *Disciplina e gestione dei servizi pubblici economici: il quadro comunitario e nazionale nella più recente giurisprudenza*, in *Dir. amm.*: 327 sgg.
- Gallo D. 2010, *I servizi di interesse economico generale. Stato, mercato e welfare nel diritto dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano.
- Greco G. 2000, *Gli affidamenti "in house" di servizi e forniture, le concessioni di pubblico servizio e il principio della gara*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*: 1461 sgg.
- 2005, *Imprese pubbliche, organismi di diritto pubblico, affidamenti «in house»: ampliamento o limitazione della concorrenza?*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*: 61 sgg.
- Grüner G. 2012, *Compiti e ruolo del socio pubblico: direzione (società miste) e dominio (società in house)*, in *Dir. Ec.*: 3 sgg.
- Guzzo G. 2009, *Società miste e affidamenti in house. Nella più recente evoluzione legislativa e giurisprudenziale*, Giuffrè, Milano.
- Hausmann F.L., Queisner G. 2013, *In-House Contracts and Inter-Municipal Cooperation – Exceptions from the European Union Procurement Law Should be Applied with Caution*, in *European procurement & public private partnership law*: 231 sgg.
- Jaione C. 2007, *Le società in house. Contributo allo studio dei principi di auto-organizzazione e auto-produzione degli enti locali*, Jovene, Napoli.
- Lyon-Caen A., Champeil-Desplats V. 2001, *Services publics et droits fondamentaux dans la construction européenne*, Dalloz, Parigi.
- Manganaro F. 2014, *Le amministrazioni pubbliche in forma privatistica: fondazioni, associazioni e organizzazioni civiche*, in *Dir. Amm.*: 45 sgg.
- Massera A. 2009, *Le Società pubbliche*, in *Gior. dir. amm.*: 889 sgg.
- Mengozi P. 2005, *Conclusioni*, in M.P. Chiti (a cura di), *Le forme di gestione dei servizi pubblici locali tra diritto europeo e diritto locale*, Bononia University Press, Bologna: 167 sgg.
- Morbidelli G., Zoppolato M. 2007, *Appalti pubblici*, in M.P. Chiti, G. Greco (a cura di), *Trattato di Diritto amministrativo europeo. Parte Speciale*, coordinato da G.F. Cartei, D.-U. Galetta, vol. I (II ed.), Giuffrè, Milano: 424 sgg.
- Nictolis R.D., Cameriero L. (a cura di) 2008, *Le società pubbliche in house e miste*, Giuffrè, Milano.
- Perfetti L.R. 2004, *L'affidamento diretto dei pubblici servizi locali a società partecipate dai Comuni tra amministrazione indiretta e privilegi extra legem*, in *Foro amm. c.d.s.*: 1161 sgg.
- Quin C., Jeannot G. (a cura di) 1997, *Un service public pour les européens ? Diversité des traditions et espaces de convergence*, MELT, La Documentation Française, Parigi.
- Ricci P. 2006, *Gli enti locali e le aziende dei servizi pubblici locali: profili di controllo e profili contabili*, in *Fin. loc.*: 13 sgg.

- Romano Tassone A. 2014, *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*, Bononia University Press, Bologna: 229 sgg.
- Roversi Monaco M.G. 2006, *I caratteri delle gestioni in house*, in *Gior. dir. amm.*: 1371 sgg.
- Scotti E. 2012, *Servizi pubblici locali*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, vol. Aggiornamento, Utet, Torino: 629 sgg.
- Soricelli G. 2008, *Contributo allo studio del modello organizzativo dell'in house providing*, Editoriale Scientifica, Napoli.
- Tesauro G. 1996, *Intervento pubblico nell'economia e art. 90, n. 2, del Trattato CE*, in *Diritto dell'unione europea*, 3: 719 sgg.
- Ursi R. 2005, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica tra outsourcing e in house providing*, in *Dir. amm.*: 199 sgg.
- Valaguzza S. 2012, *Società miste a partecipazione comunale: ammissibilità e ambiti*, Giuffrè, Milano.
- Verhoeven A. 1996, *Privatisation and EC law: is the European Commission "neutral" with respect to public versus private ownership of companies?*, in *International and comparative law quarterly*: 861 sgg.
- Villata R. 2008, *Pubblici Servizi. Discussioni e problemi* (V ed.), Giuffrè, Milano.
- Volpe C. 2014, *L'affidamento in house di servizi pubblici locali e strumentali: origine ed evoluzione più recente dell'istituto alla luce della normativa e della giurisprudenza europea e nazionale*, in *Giust. amm.*, <<https://www.giustamm.it/>>.
- Ziller J. 2014, *Social Market Economy as an Objective According to Article 3 of the Treaty on the European Union*, in *The EuroAtlantic Union Review*: 77 sgg.