

L'affidamento *in house* dei servizi pubblici locali di rilevanza economica. Considerazioni alla luce della sentenza della Corte Costituzionale del 17 luglio 2012 n. 199 e del Decreto Legislativo n. 50 del 18 aprile 2016.

Di Ivano SINISCALCHI*

SOMMARIO: **1.** La nozione di servizio pubblico. **2.** La disciplina dell'affidamento dei servizi pubblici locali e la tutela della concorrenza. **3.** L'art. 23-*bis* del D.L. 25 giugno 2008, n. 112. **4.** Il referendum abrogativo del 12 e 13 giugno 2011 e l'art. 4 del D.L. 13 agosto 2011, n. 138. **5.** L'intervento della Corte Costituzionale con la sentenza del 17 luglio 2012 n. 199 e l'attuale disciplina dei servizi pubblici locali. **6.** L'affidamento *in house* dei servizi pubblici locali di rilevanza economica. **7.** Il requisito del "*controllo analogo*". **8.** Il requisito della "*destinazione prevalente dell'attività*".

1. La nozione di servizio pubblico locale.

Per affrontare questa trattazione un'osservazione preliminare si rende necessaria. Il legislatore non si è preoccupato di fornire una definizione di "servizio pubblico locale", ma, essendo il servizio pubblico locale, l'oggetto di questo studio, è opportuno inquadrarne i tratti essenziali e comprendere se costituisca una *species* della più ampia categoria del servizio pubblico o se differisca da questa in qualche elemento¹.

* *Associate – Studio legale LEGANCE.*

¹ Per ragioni di completezza occorre, tuttavia, osservare che in attuazione della L. n. 124/2015 – recante deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche – è stato presentato uno schema di disegno di legge recante il Testo Unico sui servizi pubblici locali di interesse economico generale. L'art. 1, del citato disegno di legge, detta una precisa nozione di "servizi pubblici locali di interesse economico generale" (o "servizi di interesse economico generale di ambito locale") definendoli come "i servizi erogati o suscettibili di essere erogati dietro corrispettivo economico su un mercato, che non sarebbero svolti senza un intervento pubblico o sarebbero svolti a condizioni differenti in termini di accessibilità fisica ed economica, continuità, non discriminazione, qualità e sicurezza, che i comuni e le città metropolitane, nell'ambito delle rispettive competenze, assumono come necessari per assicurare la soddisfazione dei bisogni delle comunità locali, così da garantire l'omogeneità dello sviluppo e della coesione sociale". L'art. 5, del citato Testo Unico, inoltre, definisce le modalità di assunzione del servizio, specificando che costituisce funzione fondamentale dei comuni e delle città metropolitane l'individuazione delle attività di produzione di beni e servizi di interesse

L'art. 112 del D.lgs. n. 267 del 18, agosto del 2000 - "*Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali*" (da adesso T.U.E.L.)², rubricato "Servizi pubblici locali" costituisce il punto di partenza per la ricostruzione della locuzione in esame. La disposizione appena richiamata individua l'oggetto del servizio nella "produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali". Non è presente, invece, nessun elemento che permetta all'interprete di individuare la portata dell'aggettivo "pubblico". Storicamente, la dottrina si è divisa sul punto. Procediamo, dunque, con ordine.

In un primo momento, parte della dottrina, fautrice della teoria c.d. soggettiva³ ha ritenuto che si potesse parlare di servizio pubblico in tutti i casi in cui la pubblica amministrazione assume la titolarità e la gestione, diretta o indiretta, di un determinato servizio. Secondo questa teoria, l'elemento determinante andava individuato nella titolarità e nella gestione del servizio da parte della pubblica amministrazione, dunque, nella sua imputabilità ad un soggetto pubblico, senza porre particolare attenzione al contenuto effettivo delle attività. Questa concezione di servizio pubblico, tuttavia, richiede un'ulteriore precisazione. Secondo l'elaborazione teorica del XIX secolo le attività delle pubbliche amministrazioni potevano essere distinte in funzioni pubbliche e

economico generale nell'ottica di garantire i bisogni e le necessità delle comunità locali. Tuttavia, il legislatore, sempre più orientato a garantire la tutela della concorrenza (in conformità agli orientamenti politici europei) ha previsto che i comuni e le città metropolitane prima di assumere un certo servizio (di interesse economico generale) – salvo i casi in cui sia espressamente previsto dalla stessa legge– debbano verificare che le attività oggetto di detti servizi non siano già fornite e non possano essere fornite da imprese operanti secondo le normali regole di mercato. Inoltre, occorre osservare, per quanto interessa il presente scritto, che il Testo Unico sui servizi pubblici locali di interesse economico generale all'art. 7 annovera tra le modalità di affidamento e gestione di detti servizi anche quello dell'affidamento c.d. *in house*.

² Il primo provvedimento ad occuparsi, in maniera completa, della gestione dei servizi pubblici locali fu la L. n. 103 del 29 marzo del 1903 recante "Assunzione diretta dei pubblici servizi da parte dei comuni" a cui fece seguito il R.D. n. 2578 del 1925 "Testo unico delle leggi sull'assunzione dei pubblici servizi da parte dei comuni e delle province". Con la L. n. 142 dell'8, giugno del 1990, con cui è stata attuata la riforma delle autonomie locali, la materia fu oggetto di un importante intervento da parte del legislatore. La L. n. 142/1990 è stata completamente assorbita, con una serie di modifiche, dal D.lgs. n. 267 del 18, agosto del 2000 recante il "Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali".

³ Cfr. A. DE VALLES, *Primo trattato di diritto amministrativo italiano* (diretto da V.E. Orlando), vol. IV, Milano, 1930, p. 613.

pubblici servizi⁴. Le prime intese quali attività aventi carattere autoritativo e di competenza esclusiva del pubblico potere, le seconde sarebbero state, invece, le attività assunte da parte della pubblica amministrazione (a seguito di una scelta politico-amministrativa) ma tendenzialmente esercitabili anche da soggetti privati.

Nell'ambito dei servizi pubblici, secondo la teoria c.d. soggettiva, sarebbero rientrate, dunque, tutte le attività assunte dalla pubblica amministrazione, non rientranti nella categoria della pubblica funzione. Alla luce di questa ricostruzione appaiono evidenti i limiti di questa teoria, che tende a considerare come servizio pubblico una copiosa serie di attività, tra loro estremamente eterogenee, che per il sol fatto di non essere funzione pubblica in senso stretto vanno a ricadere in una categoria residuale, quella dei pubblici servizi.

In contrasto con la teoria c.d. soggettiva si è posta la teoria c.d. oggettiva, che prende in considerazione non tanto la titolarità e la gestione del servizio in capo alla pubblica amministrazione, al fine di considerarlo pubblico, quanto, invece, il contenuto del servizio stesso, che deve essere rivolto al pubblico, con lo scopo di rispondere ad una particolare necessità della collettività. L'aggettivo pubblico, quindi, deve essere inteso nel senso di "a disposizione del pubblico"⁵. Ad un occhio attento, però, le due teorie non devono apparire come tra loro contrapposte, poiché l'una comprende l'altra. Alla luce di queste due ricostruzioni, si è imposta una nuova chiave di lettura, secondo la quale, per servizio pubblico deve intendersi qualsiasi servizio erogato ad una collettività, in risposta alle sue esigenze, di cui è titolare una pubblica amministrazione, senza che rilevi l'effettiva gestione delle attività da parte di quest'ultima.

In questo senso è rilevante la distinzione tra assunzione e gestione del servizio⁶. Per un Ente pubblico assumere un servizio vuol dire operare una scelta politico-amministrativa⁷ ed impegnarsi a garantire l'erogazione di una

⁴ Cfr. M. SANTISE, *Coordinate ermeneutiche di Diritto Amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2014 pp. 75.

⁵ In questi termini A. ROMANO, *Profili della concessione di pubblici servizi*, in *Dir. Amm.*, 1994, p. 468.

⁶ Per gestione del servizio deve intendersi l'attività sia di predisposizione dei mezzi necessari per l'erogazione del servizio sia l'attività di fornitura della prestazione vera e propria, in questo senso M. SANTISE, *op.cit.*, p. 78.

⁷ L'assunzione di un servizio pubblico da parte di una pubblica amministrazione implica una scelta di natura discrezionale in ordine alla necessità di rispondere ad un bisogno che questa, in relazione ai suoi fini istituzionali, deve soddisfare. Si tratta, pertanto, di una valutazione

serie di prestazioni, ma ciò non implicherà necessariamente la gestione dell'attività, che ben potrà essere demandata ad un soggetto terzo (nei limiti del rispetto della disciplina comunitaria e nazionale che ci apprestiamo ad analizzare)⁸. Così come si attribuisce rilevanza al contenuto oggettivo del servizio (secondo la teoria c.d. oggettiva), allo stesso tempo, si attribuisce rilevanza alla titolarità dello stesso in capo alla pubblica amministrazione (secondo la c.d. teoria soggettiva) lasciando, però, alla scelta di quest'ultima, la decisione in merito alla modalità di gestione del servizio, senza che ciò possa influenzare la sua qualificazione come servizio pubblico o meno⁹. Il tipo di gestione scelto sarà tendenzialmente rimesso ad una valutazione discrezionale dell'Ente, senza che ciò giochi un ruolo determinante ai fini della qualificazione del servizio¹⁰.

Per ragioni di completezza uno sguardo deve essere volto anche all'ordinamento sovranazionale. Il legislatore comunitario non utilizza la locuzione "servizio pubblico" ma ne utilizza una differente, ossia, servizio di interesse economico generale (da adesso S.I.E.G.)¹¹, per ragioni probabilmente di opportunità, dal momento che la nozione di "servizio pubblico" all'interno dei diversi ordinamenti potrebbe assumere connotati differenti. In ragione di ciò, all'interprete si è posto il problema di riempire di significato la nozione di SIEG ed allo stesso tempo individuare eventuali differenze con quella di servizio pubblico locale. Sul punto, invero, è intervenuta la Corte Costituzionale a più riprese, la quale ha chiarito che "la nozione comunitaria di S.I.E.G., ove limitata

eminentemente di carattere politico-amministrativo. Chiaramente non ogni attività potrà essere assunta come servizio pubblico ma sarà sempre necessaria una valutazione da parte dell'Ente pubblico che la voglia assumere circa la sua doverosità ricollegata alla necessità di rispondere a delle specifiche esigenze della collettività a cui l'attività sarà rivolta.

⁸ Come è stato fatto notare da parte della dottrina *"la decisione (discrezionale) di assumere in carico all'Amministrazione un certo servizio per meglio incontrare le esigenze della collettività territoriale è il perno su cui ruota tutta la nozione di servizio pubblico"*, in questo senso POLICE, *Spigolature sulla nozione di "servizio pubblico locale"*, in Dir.amm., fasc.1, 2007, p. 84.

⁹ Per riprendere le parole di autorevole dottrina *"ciò che rileva è l'attività oggettivamente considerata, non chi la svolge"* in GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, a cura di Mirabelli Centurione, Giuffrè, Milano, 2000, p. 589.

¹⁰ Per la considerazione che non sia necessario ai fini della qualificazione di servizio pubblico la sua gestione da parte dello stato o di un ente pubblico di veda U. POTOTSCHNING, *I pubblici servizi*, Padova, 1964.

¹¹ Si vedano gli articoli 14 e 106 del T.F.U.E.

all'ambito locale, e quella interna di servizio pubblico locale di rilevanza economica hanno contenuto omologo"¹².

Entrambe le nozioni, così come è stato rilevato da parte di attenta dottrina¹³, fanno riferimento a un servizio reso mediante attività economica, intesa come un'attività di offerta di beni e servizi nei confronti di una generalità indifferenziata di soggetti, in relazione a delle prestazioni che una pubblica amministrazione ha ritenuto necessario assumere in capo ad essa.

Dalle considerazioni appena svolte risulta evidente che il servizio pubblico locale si caratterizza per essere una *species* della categoria generale del servizio pubblico, anche in considerazione del fatto che nessun dato positivo lascia propendere per una ricostruzione in senso contrario.

Un'ulteriore elemento di complicazione si pone all'interprete in considerazione della necessità, ai fini della corretta individuazione della disciplina da applicare, di distinguere i servizi pubblici locali di rilevanza economica da quelli che ne sono privi¹⁴.

Anche in questo caso manca un chiaro riferimento normativo che individui i tratti tipici delle due categorie di servizi. Il punto di partenza per poter tracciare la linea di demarcazione tra le due categorie è l'intervento della Corte Costituzionale che, con sentenza dell'8, giugno 2004 n. 272, ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 113-*bis* del T.U.E.L. che dettava la disciplina in materia di affidamento di servizi pubblici locali privi di rilevanza economica.

La Corte, infatti, si è mossa dal presupposto che nel caso di servizi pubblici locali privi di rilevanza economica, mancando un mercato concorrenziale di riferimento, ed essendo il titolo di legittimazione per gli interventi del legislatore statale la tutela della concorrenza¹⁵, il suo intervento, nel disciplinare direttamente questa materia, si sarebbe inserito in un ambito in cui

¹² Si veda da ultimo Corte Cost. sentenza del 3 novembre 2010 n. 325. La questione è stata affrontata anche da Corte Cost. sentenza dell'8, giugno 2004 n. 272. A livello sovranazionale la questione è stata affrontata da Corte di giustizia UE, 18 giugno 1998, C-35/96, Commissione c. Italia.

¹³ Cfr. M. SANTISE, *op.cit.*, p. 81.

¹⁴ La distinzione non è di poco conto dal momento che, come vedremo nel prosieguo, differenti saranno le modalità di affidamento della gestione dei servizi in un caso o nell'altro. Inoltre, la distinzione rileva anche su un ulteriore piano, quello della competenza legislativa dello Stato e delle Regioni nel dettare la relativa disciplina, in considerazione dei criteri di riparto stabiliti all'art. 117 Cost.

¹⁵ L'art. 117, c. 2, lett. e) della Costituzione attribuisce competenza esclusiva allo Stato in materia di tutela della concorrenza.

non gli è stata riconosciuta competenza. Questo censura, mossa del giudice costituzionale, offre all'interprete un importante punto di partenza, dal momento che rispetto ai servizi pubblici locali privi di rilevanza economica viene riconosciuta l'assenza di un mercato concorrenziale. Inoltre, la giurisprudenza comunitaria ha individuato una serie di indici utili al fine di attribuire ad un servizio rilevanza economica o meno¹⁶. Tra questi, secondo il giudice europeo, è necessario tenere in considerazione l'assenza del carattere economico dell'attività svolta, dunque, la mancanza di uno scopo lucrativo, così come dell'assunzione dei rischi connessi alla gestione del servizio. Di recente è intervenuto anche il Consiglio di Stato che, con la sentenza del 10 settembre 2010 n. 6529, ha precisato che sebbene per individuare la sussistenza o meno della rilevanza economica del servizio si debba valutare, *in primis*, il carattere remunerativo del servizio oltre che l'assunzione del rischio da parte del soggetto che concretamente gestisce l'attività, questi indici non sono determinanti, ma sarà sempre necessario utilizzare un criterio relativistico, che tenga in considerazione il caso concreto, dunque la concreta struttura del servizio, le concrete modalità del suo espletamento ed i suoi connotati economico-organizzativi. Infatti, non è stretta conseguenza della non rilevanza economica del servizio l'impossibilità di ottenere una remunerazione del capitale, potendo questa essere conseguibile anche in caso di gestione di servizi privi di rilevanza economica¹⁷. Da questo orientamento del Consiglio di Stato si evince, dunque, che esistono alcuni indici sintomatici, utili, al fine di ricondurre un servizio nell'alveo della categoria di quelli privi di rilevanza economica, ma non sono per ciò solo determinanti, essendo sempre necessario un esame ulteriore in considerazione del caso concreto. Inoltre, come ha osservato attenta dottrina¹⁸, l'inquadramento del servizio come privo di rilevanza economica o meno, dipende non solo dal carattere intrinseco del servizio ma anche "da valutazioni politiche", proprio quelle valutazioni a seguito delle quali la pubblica amministrazione decide di assumere la titolarità del servizio.

In considerazione degli indici sintomatici di assenza di rilevanza economica, parte della dottrina¹⁹ ha ritenuto che i servizi pubblici locali privi di rilevanza

¹⁶ Cfr. Corte di Giustizia sentenza del 22, maggio 2003, n. C-18/2001.

¹⁷ Cfr. M. CALARESU, *Effetti del referendum sulla disciplina dei servizi pubblici locali*, in Foro amm. TAR, fasc. 6, 2011, p. 2162.

¹⁸ In questo senso CALARESU, *op.cit.*, p. 2162.

¹⁹ Cfr. A. POLICE, *op.cit.*, p. 88.

economica coincidano con la categoria dei servizi sociali, con l'avvertimento però, che una totale sovrapposizione sarebbe erronea, sia per eccesso che per difetto, in considerazione che non tutti i servizi sociali sono privi di rilevanza economica, così come anche altri servizi, quali quelli culturali, educativi e ricreativi, potrebbero rientrare a pieno titolo nella categoria dei servizi privi di rilevanza economica. Questa considerazione si muove dal presupposto che nel caso dei servizi sociali il fine ultimo da tutelare è quello dei diritti sociali, in considerazione dei bisogni primari della persona, garantiti dalla Carta Costituzionale, mentre risulta affievolita la tutela della concorrenza che invece anima la disciplina dettata in materia di gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica. Sarebbero proprio le precipue finalità sociali di questi servizi a consentire una deroga alla disciplina dettata a tutela della concorrenza.

2. La disciplina dell'affidamento dei servizi pubblici locali e la tutela della concorrenza

Questa trattazione si preoccupa di analizzare una particolare modalità di affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, ossia l'affidamento c.d. *in house*, ma per ragioni di completezza si rende opportuno inquadrare anche le altre modalità di affidamento e gestione di detti servizi che, tuttavia, non saranno oggetto di analisi.

Senza riprendere la questione attinente l'inquadramento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica e quelli privi di tale connotato, basti qui ricordare che quando trattasi di servizi del primo genere questi hanno un mercato concorrenziale di riferimento. Per mercato concorrenziale, attraverso una estrema semplificazione, si intende quel luogo di scambio popolato da soggetti che richiedono servizi ed operatori che in concorrenza tra di loro sono disposti ad offrirli a determinate condizioni.

La tutela della concorrenza rientra tra le finalità perseguite dall'Unione Europea ed a cui gli stati membri sono chiamati a cooperare²⁰.

In materia di gestione di servizi di interesse economico generale, che abbiamo visto essere locuzione coincidente con quella di servizi pubblici locali nel caso in cui si faccia riferimento ad un ambito locale, l'art. 106 del T.F.U.E. prescrive il rispetto delle norme dei trattati ed in particolare delle regole di concorrenza,

²⁰ Si ricordi che la tutela della concorrenza rientra tra le materie di competenza legislativa esclusiva dello Stato ai sensi dell'art. 107 Cost.

ma si badi bene, nei limiti in cui ciò non si ponga in contrasto con la missione affidata alla pubblica amministrazione. Ragion per cui, qualora un impedimento di siffatto tipo si ponga, lo Stato potrà derogare alle regole in materia di concorrenza.

Nell'attuale quadro ordinamentale, la gestione dei servizi pubblici locali può avvenire attraverso modalità differenti. Due sono le macro-categorie che possono essere prese in considerazione:

- attraverso la gestione diretta da parte della pubblica amministrazione (nel caso di internalizzazione);
- attraverso l'affidamento della gestione a soggetti privati (nel caso di esternalizzazione).

A cavallo tra le due macro-categorie si deve però tenere in considerazione un fenomeno, quello conosciuto come partenariato pubblico-privato istituzionalizzato, che vede un coinvolgimento del soggetto pubblico e di quello privato che cooperano nella gestione del servizio²¹.

Nel caso di gestione diretta da parte del soggetto pubblico sarà possibile configurare un'attività rimessa in capo ad un organo o un ufficio della pubblica amministrazione che opera attraverso le strutture di cui già dispone, evidentemente nel caso di attività meno complesse e che non richiedono particolari mezzi (ad es. la gestione di un asilo), oppure attraverso un soggetto formalmente diverso ed autonomo rispetto al soggetto pubblico che però viene considerato come un suo *braccio operativo* al ricorrere di determinate condizioni che configurano il modello c.d. *in house*.

Nel caso di affidamento della gestione a soggetti privati²², invece, si dovranno avviare delle procedure, ad evidenza pubblica, nel rispetto delle regole della

²¹ Il partenariato pubblico privato istituzionalizzato (conosciuto anche con l'acronimo di PPPI) è stato oggetto di forti dibattiti in dottrina, non essendo questo il luogo opportuno per poter approfondire questa tematica, basti ricordare che oggi è ammesso a determinate condizioni purché nell'individuazione del soggetto privato venga indetta una gara a c.d. doppio oggetto. Per gara a doppio oggetto si deve intendere una gara, ad evidenza pubblica, volta all'individuazione del soggetto privato (soggetto avente un ruolo non meramente finanziario ma anche operativo) ed allo stesso tempo determinativa dell'attività operativa a cui lo stesso dovrà partecipare in cooperazione con il soggetto pubblico.

²² È importante rilevare che in questo caso si potrà procedere o attraverso un appalto pubblico volto alla stipula di un contratto avente ad oggetto la gestione di un servizio pubblico o a mezzo di una concessione. Non è questa la sede per poter analizzare le differenze tra appalto di servizio e concessione di servizio, basti qui ricordare che con le nuove direttive 2014/23/UE ed 2014/24/UE rispettivamente in materia di concessioni ed appalti le differenze si sono ormai estremamente assottigliate, sebbene rimanga una differenza di disciplina. Si deve inoltre

concorrenza, della trasparenza e della parità di trattamento, che permettano di individuare il soggetto più adatto a gestire un certo servizio.

Il legislatore comunitario, con l'intento di dare un impulso pro-concorrenziale al mercato, ha cercato di relegare ai margini il fenomeno dell'internalizzazione non escludendo però questa possibilità, ma limitandone la legittimità del ricorso ai soli casi in cui le regole della concorrenza possano in qualche modo ostacolare la missione istituzionale della pubblica amministrazione.

3. L'art. 23-*bis* del D.L. 25 giugno 2008, n. 112.

Il legislatore nazionale, in considerazione del quadro normativo comunitario, ha operato, nel senso di garantire, con ancor maggiore vigore (e rigore), la creazione di un mercato pro-concorrenziale e lo ha fatto introducendo dei limiti ancor più stringenti rispetto alla possibilità di optare per una gestione internalizzata dei servizi pubblici. Questo approccio del legislatore nazionale è stato passato al vaglio della Corte Costituzionale che ha avuto modo di dichiarare, nella sentenza del 3 novembre 2010, n. 325, la non censurabilità di questa scelta, in considerazione del fatto che il legislatore nazionale ben può dettare criteri più stringenti rispetto a quelli posti a livello sovranazionale, essendogli, invece, tendenzialmente precluso il contrario.

Con l'art. 23-*bis* del D.L. 25 giugno 2008, n. 112, convertito con modificazioni dalla L. del 6, agosto 2008 n. 133, infatti, il legislatore nazionale ha introdotto una nuova disciplina delle modalità di affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica.

La disposizione in esame prevedeva, al c. 2, la possibilità, in via ordinaria, di conferire la gestione dei servizi pubblici locali a favore di:

- "imprenditori o di società in qualunque forma costituite individuati mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi del Trattato che istituisce la Comunità europea e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di economicità, efficacia,

osservare, che a livello comunitario la concessione ormai viene configurata come un contratto, che si differenzia dal contratto d'appalto solo per la forma di remunerazione del servizio che consiste o nel diritto di gestire il servizio o nel diritto di gestire il servizio in aggiunta di un prezzo. Questo inquadramento dell'istituto della concessione è ben lontano rispetto a quello tradizionale offerto dalla dottrina pubblicistica italiana che lo ha sempre ricondotto all'alveo degli atti di natura provvedimentoale (atto autoritario unilaterale), in questo senso Berionni, *L'applicabilità delle norme del codice dei contratti pubblici alle concessioni di servizi*, in Foro amm., fasc. 7-8, 2014, p. 1919.

imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento e proporzionalità”

- “a società a partecipazione mista pubblica e privata, a condizione che la selezione del socio avvenga mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi di cui alla lettera a), le quali abbiano ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l’attribuzione dei compiti operativi l’attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio e che al socio sia attribuita una partecipazione non inferiore al 40 per cento”.

Al comma immediatamente successivo, invece, prevedeva la possibilità di derogare alle ordinarie modalità di affidamento, a favore di una società a capitale interamente pubblico, partecipata dall’ente locale affidante, avente i requisiti previsti dall’ordinamento comunitario per la gestione c.d. *in house* solo al ricorrere di “situazioni eccezionali che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace e utile ricorso al mercato”. Fin qui, non possono essere segnalate discrepanze significative rispetto a quanto disposto dall’art. 106 T.F.U.E., sebbene dalla formulazione normativa già si possa presagire un certo *favor* per la privatizzazione dei servizi pubblici locali.

Limiti più stringenti, invece, sono posti dal c. 4 dell’articolo in questione, il quale prevedeva che nei casi di affidamento *in house*, “l’ente affidante deve dare adeguata pubblicità alla scelta, motivandola in base ad un’analisi del mercato e contestualmente trasmettere una relazione contenente gli esiti della predetta verifica all’Autorità garante della concorrenza e del mercato per l’espressione di un parere preventivo, da rendere entro sessanta giorni dalla ricezione della predetta relazione. Decorso il termine, il parere, se non reso, si intende espresso in senso favorevole”.

Queste ulteriori condizioni costituivano chiaramente una restrizione delle ipotesi in cui era consentito il ricorso alla gestione *in house*. Inoltre, si deve notare, che anche al ricorrere delle situazioni eccezionali di cui al c. 3, l’aggravio delle procedure necessarie (necessità di un’analisi di mercato e richiesta di parere all’A.G.C.M.) e prodromiche all’affidamento *in house*, scoraggiavano, in concreto, l’Ente locale ad utilizzare tale modalità di gestione dei servizi.

4. Il referendum abrogativo del 12 e 13 giugno 2011 e l'art. 4 del D.L. 13, agosto 2011, n. 138.

A fronte del parere di legittimità costituzionale dato dalla Corte con la sentenza n. 325/2010 si è espresso il popolo (con *referendum*), manifestando la volontà di porsi in controtendenza con l'attività di privatizzazione portata avanti dal legislatore nazionale. Così con d.P.R. del 18 luglio 2011, n. 113, di recepimento della volontà popolare, l'art. 23-*bis* è stato abrogato.

La Corte Costituzionale con sentenza del 12 gennaio 2011, n. 24 aveva dichiarato ammissibile il *referendum* abrogativo, ed è proprio a questa sentenza che ci si deve rifare per inquadrare l'assetto normativo successivo all'abrogazione dell'art. 23-*bis*.

Non era fondato, infatti, il timore che si potesse creare un vuoto normativo, dal momento che la stessa Consulta aveva osservato che a seguito dell'abrogazione della normativa in questione, si sarebbe dovuto fare riferimento a quella comunitaria. La disciplina rilevante doveva essere rintracciata nell'art. 106 del T.F.U.E. che sebbene consideri la gestione diretta (attraverso l'affidamento *in house*) un'eccezione alla regola, comunque la ritiene possibile, qualora le regole concorrenziali risultino di intralcio alla realizzazione della missione dell'ente e qualora risultino rispettate le condizioni, individuate dalla giurisprudenza comunitaria, per l'affidamento *in house*²³.

A pochi mesi dal *referendum* il legislatore è intervenuto nuovamente sulla materia con l'art. 4 del D.L. n. 138/2011, convertito con modificazioni dalla L. del 14 settembre 2011 n. 148 ponendosi sostanzialmente nel solco già tracciato nel 2008, e addirittura, dettando criteri più stringenti per l'affidamento *in house*, in netta controtendenza con quella che era stata la volontà popolare.

La nuova disciplina prevedeva la possibilità di ricorrere ad un affidamento *in house* (oltre al ricorrere delle condizioni richieste dal diritto europeo, che approfondiremo successivamente) solo nel caso in cui il valore economico del servizio oggetto dell'affidamento fosse pari o inferiore alla somma complessiva di 900.000,00 euro annui. Inoltre era previsto che l'Ente "verificasse la realizzabilità di una gestione concorrenziale dei servizi pubblici locali di

²³ L'analisi delle condizioni che rendono ammissibile l'affidamento *in house* è demandata al prosieguo di questo articolo. Basti qui ricordare, sinteticamente, che in linea di massima, è richiesta la partecipazione totalitaria dell'ente alla società *in house* (con delle eccezioni), "il controllo analogo" esercitato dall'ente sulla società e lo svolgimento della parte più importante dell'attività dell'affidatario in favore dell'aggiudicante.

rilevanza economica, di seguito "servizi pubblici locali", liberalizzando tutte le attività economiche compatibilmente con le caratteristiche di universalità e accessibilità del servizio" e potesse attribuire "diritti di esclusiva alle ipotesi in cui, in base ad una analisi di mercato, la libera iniziativa economica privata non risulti idonea a garantire un servizio rispondente ai bisogni della comunità".

Inoltre, l'Ente avrebbe dovuto adottare, a seguito di questa verifica, una delibera quadro contenente le motivazioni per cui il mantenimento di un regime di esclusiva potesse determinare un vantaggio per la comunità locale. La delibera, poi, oltre ad essere adeguatamente pubblicizzata doveva essere inviata all'AGCM per l'acquisizione di un parere obbligatorio.

A seguito di questo intervento normativo, si ripristinava sostanzialmente lo stesso assetto antecedente al referendum, con un aggravio delle condizioni che avrebbero legittimato il ricorso al modello *in house*.

5. L'intervento della Corte Costituzionale con la sentenza del 17, luglio 2012 n. 199 e l'attuale disciplina dei servizi pubblici locali.

Sulla disciplina dei servizi pubblici locali, così come riformata con l'art. 4 del D.L. n. 138/2011, convertito dalla L. n. 148/2011, è intervenuta la Corte Costituzionale con la sentenza n. 199/2012 che ne ha dichiarato l'incostituzionalità per violazione del divieto di ripristino della normativa abrogata a seguito di *referendum* popolare, desumibile dall'art. 75 Cost.²⁴.

Il legislatore, non solo ha sostanzialmente "riabilitato" il regime di affidamento dei servizi pubblici locali come delineato dall'art. 23-*bis* del D.L. n. 112/2008 ma, anzi, ne ha rafforzato la portata pro-concorrenziale, nel senso di escludere di fatto la possibilità di ricorrere ad una gestione diretta attraverso un affidamento *in house*, individuando un ulteriore requisito, prevedendo, cioè, una soglia economica (in relazione al valore economico del servizio oggetto di

²⁴ Il referendum, secondo la ricostruzione della giurisprudenza costituzionale (si veda Corte Cost. sentenze n. 468/1990 e 32/1993) è un atto-fonte dell'ordinamento ed è espressione di una volontà definitiva e irripetibile in considerazione della quale al legislatore è preclusa la possibilità di continuare ad applicare la disciplina abrogata (ad es. con una nuova legge che ripristini la disciplina abrogata). In questo senso si veda anche M. Luciani, *Art. 75. Il referendum abrogativo*, in G. Branca, A. Pizzorusso (a cura di), *Commentario della Costituzione, La formazione delle leggi*, vol. I, t. II, Bologna-Roma, 2005, p. 599 ss. Inoltre in quest'ottica si ricordi la ricostruzione di V. CRISAFULLI, *Lezioni di Diritto Costituzionale - L'ordinamento costituzionale italiano*, Padova, 1984, 98, secondo il quale anche l'abrogare puramente e semplicemente non è «non disporre», ma disporre diversamente e costituisce pertanto esercizio di una potestà normativa.

affidamento) che se superata avrebbe impedito il ricorso a questa particolare modalità di gestione.

L'intervento riformatore si è posto palesemente in contrasto con la volontà popolare, determinato, conseguentemente, un intervento della Corte che ne ha ravvisato i chiari connotati di incostituzionalità. L'intervento legislativo, infatti, ha ripreso in buona parte la disciplina abrogata e si è ispirato alla medesima *ratio*, riconducibile all'intento di privatizzare i servizi pubblici.

A nulla è servito escludere dalla sfera di operatività della nuova disciplina il servizio idrico integrato (che era stato solamente oggetto dello slogan della proposta referendaria) dal momento che l'art. 23-*bis* riguardava tutti i servizi pubblici locali di rilevanza economica.

Nel vuoto normativo che si è venuto a creare (si badi, solo a livello nazionale, dal momento che a livello sovranazionale la disciplina di riferimento è facilmente rintracciabile nell'art. 106 T.F.U.E.) è intervenuto nuovamente il legislatore, in questo caso più cautamente e nel rispetto della volontà popolare, con l'art. 34 del D.L. del 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla L. del 17, dicembre 2012, n. 221.

La disposizione richiamata (limitatamente a quanto di nostro interesse) prevede che «Per i servizi pubblici locali di rilevanza economica, al fine di assicurare il rispetto della disciplina europea, la parità tra gli operatori, l'economicità della gestione e di garantire adeguata informazione alla collettività di riferimento, l'affidamento del servizio è effettuato sulla base di apposita relazione, pubblicata sul sito internet dell'ente affidante, che da' conto delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta e che definisce i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e servizio universale, indicando le compensazioni economiche se previste^{25 26}».

²⁵ Art. 34, comma 20 del D.L. del 18 ottobre 2012, n. 179.

²⁶ Si rende opportuno segnalare, a meri fini di completezza, che ai sensi dell'art. 13, comma 25-*bis* del D.L. n. 145 del 23 dicembre 2013 – convertito con modificazioni dalla L. 21 febbraio 2014, n. 9 – gli enti locali sono tenuti ad inviare le relazioni di cui all'articolo 34, commi 20 e 21, del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221, all'Osservatorio per i servizi pubblici locali, istituito presso il Ministero dello sviluppo economico nell'ambito delle risorse umane, strumentali e finanziarie già disponibili a legislazione vigente e comunque senza maggiori oneri per la finanza pubblica, che provvederà a pubblicarle nel proprio portale telematico contenente dati concernenti l'applicazione della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica sul territorio.

In considerazione di quanto previsto dalla disposizione in esame, sembra che il legislatore non solo si sia dimostrato rispettoso della volontà popolare, come espressa attraverso il *referendum*, ma allo stesso tempo si sia mosso lungo la stessa direttrice scelta dal legislatore comunitario, che non ha escluso l'internalizzazione dei servizi, ma l'ha semplicemente relegata al ricorrere di situazioni fattuali per cui l'applicazione delle regole della concorrenza ostacolerebbero il perseguimento della missione dell'Ente pubblico.

In conclusione, la disciplina attuale, prevede che gli Enti locali possano, in via del tutto discrezionale, scegliere le modalità di gestione del servizio più funzionali alle esigenze del territorio, nel rispetto dei principi europei della concorrenza, della libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi e dei principi di efficienza, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa, corredando le proprie scelte con adeguata motivazione. In ragione di quanto detto, attenta dottrina ha osservato che «la scelta potrà, eventualmente, essere sindacata in sede giurisdizionale solamente se priva di istruttoria e motivazione, viziata da travisamento dei fatti, palesemente illogica o irrazionale²⁷».

6. L'affidamento *in house* dei servizi pubblici locali di rilevanza economica.

Il c.d. affidamento *in house* è un istituto di matrice comunitaria²⁸. Il *leading case* in cui la Corte di Giustizia ha definito le condizioni che devono ricorrere per legittimare l'affidamento *in house* è stata la sentenza Teckal del 1999²⁹. Questo istituto si pone come un modello alternativo, rispetto all'esternalizzazione, attraverso il quale la pubblica amministrazione può gestire i servizi pubblici di cui si è assunta la titolarità. In concreto, questo tipo di gestione implica che l'Ente a fronte della costituzione di uno strumento societario affida direttamente a questo, derogando al principio della gara, ad evidenza pubblica, la gestione di un certo servizio. In questo caso, dunque, la pubblica amministrazione non si serve di un proprio organo o ufficio.

Già dalla prima pronuncia in materia (sentenza *Teckal*), il giudice europeo ha evidenziato come nel caso di specie si potesse derogare al principio della gara,

²⁷ Cfr. M. SANTISE, *op.cit.*, p. 99.

²⁸ L'istituto è di origine giurisprudenziale ed attualmente ha ottenuto un pieno riconoscimento a livello normativo all'interno delle direttive Appalti e Concessioni, rispettivamente all'art. 12 della Direttiva 2014/24/UE e all'art. 17 della Direttiva 2014/23/UE.

²⁹ Sentenza 18 novembre 1999, causa C-107/98, *Teckal*.

ad evidenza pubblica, dunque alla disciplina dettata a garanzia della concorrenza, per affidare (attraverso concessione o appalto di servizi) la gestione di un servizio pubblico ad un soggetto solo formalmente terzo rispetto all'amministrazione affidante. La *ratio* posta alla base di questa deroga andrebbe ricercata nell'assenza, nel caso di specie, di un requisito tipico del contratto di appalto e del contratto di concessione, ossia l'alterità tra l'Ente pubblico e la società affidataria e ci si porrebbe, pertanto, al di fuori del tipico confronto concorrenziale, dunque al fuori del mercato. Al ricorrere delle c.d. "*condizioni Teckal*" (che ci apprestiamo ad analizzare) non si configura un rapporto contrattuale intersoggettivo tra affidante ed affidatario, poiché il veicolo societario di cui l'Ente si serve è sostanzialmente una sua *longa manus*. All'interno della sentenza "*Teckal*" si fa riferimento ad una relazione interorganica che è inquadrata dalla dottrina come quella che «riguarda i differenti organi del medesimo Ente e che, per quanto possano apparire come attività organizzativa meramente interna, restano suscettibili di rilevare all'esterno»³⁰ e non intersoggettiva, che presupporrebbe una rapporto di terzietà tra i due soggetti³¹.

Le condizioni definite dalla pronuncia in questione, affinché si possa ricorrere all'affidamento in house sono il "controllo analogo" dell'Ente (o degli Enti) sulla società e la "destinazione prevalente dell'attività a favore dell'Ente (o degli Enti) affidante". Diretto corollario della prima condizione consisterebbe nella partecipazione totalitaria dell'Ente alla società³².

³⁰In questo senso v. G. NAPOLITANO, *Manuale di diritto amministrativo*, Halley editrice, 2008, p. 138.

³¹ Come ha osservato attenta dottrina "nel caso dell'affidamento diretto del servizio vi sarebbe una delegazione interorganica in favore di un soggetto che, pur se dotato di personalità giuridica, risulta, nella sostanza, sottoposto ad un penetrante controllo da parte dello stesso ente, alla stessa stregua di tutte le articolazioni interne classiche del soggetto pubblico. In tal modo, si profila un controllo assai stringente dal punto di vista gestionale e finanziario, tale da integrare un'influenza dominante così pregnante che l'affidatario risulta titolare di un'autonomia solo formale rispetto all'ente di riferimento. La sostanziale assenza di terzietà di tale soggetto rispetto all'ente affidante rende, dunque, non necessaria la procedura di gara per l'affidamento del servizio pubblico", v. F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, 2012, p. 610.

³² Sebbene la giurisprudenza comunitaria si sia sempre dimostrata tendenzialmente univoca in questo senso con le nuove direttive Appalti e Concessioni, rispettivamente 2014/24/UE e 2014/23/UE la situazione è significativamente cambiata, come avremo modo di osservare nel prosieguo, e si profila un'apertura nel senso di permettere una partecipazione privata al capitale sociale ma al ricorrere di stringenti condizioni.

L'istituto dell'affidamento *in house* – come anticipato – è di matrice giurisprudenziale e per quasi un ventennio i principi regolatori di questa particolare modalità di affidamento sono stati declinati dalla giurisprudenza europea, ed in taluni casi anche da quella nazionale, fino a quando il legislatore comunitario, con le Direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE – in materia di appalti e concessioni pubbliche – ne ha delineato i tratti essenziali. Il legislatore nazionale è intervenuto – *in limine temporis* – con il d.lgs. n. 50/2016 (anche conosciuto come il *Codice dei contratti pubblici*) con cui ha recepito le citate direttive ed ha previsto anche una specifica disciplina per gli affidamenti c.d. *in house*.

L'art. 5 del Codice dei contratti pubblici individua le condizioni – cumulative – al ricorrere delle quali una concessione o un appalto pubblico, nei settori ordinari o speciali, aggiudicati da un'amministrazione aggiudicatrice o da un ente aggiudicatore a una persona giuridica di diritto pubblico o di diritto privato, non rientra nell'ambito di applicazione del Codice dei contratti pubblici.

Le condizioni che devono ricorrere sono le seguenti (a) l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore deve esercitare sulla persona giuridica di cui trattasi un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi; (b) oltre l'80% delle attività della persona giuridica controllata deve essere effettuato nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'amministrazione aggiudicatrice controllante o da altre persone giuridiche controllate dall'amministrazione aggiudicatrice o da un ente aggiudicatore e (c) nella persona giuridica controllata non vi deve essere alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati previste dalla legislazione nazionale, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata³³.

³³ Per ragioni di completezza non può tacersi del D.lgs. 175/2016 di attuazione della riforma Madia con cui è stato adottato il T.U. unico sulle società partecipate che ha avuto anche riflessi sull'affidamento *in house*. Ai sensi dell'art. 16 del citato decreto, infatti, "Le società in house ricevono affidamenti diretti di contratti pubblici dalle amministrazioni che esercitano su di esse il controllo analogo o da ciascuna delle amministrazioni che esercitano su di esse il controllo analogo congiunto solo se non vi sia partecipazione di capitali privati, ad eccezione di quella prescritta da norme di legge e che avvenga in forme che non comportino controllo o potere di veto, né l'esercizio di un'influenza determinante sulla società controllata. 2. Ai fini della realizzazione dell'assetto organizzativo di cui al comma 1: (a) gli statuti delle società per azioni possono contenere clausole in deroga delle disposizioni dell'articolo 2380-bis e dell'articolo 2409-novies del codice civile; (b) gli statuti delle società a responsabilità limitata possono prevedere l'attribuzione all'ente o agli enti pubblici soci di particolari diritti, ai sensi dell'articolo 2468, terzo comma, del codice civile; (c) in ogni caso, i requisiti del controllo analogo possono essere

Il Codice dei contratti pubblici ha anche previsto, all'art. 192, che è "istituito presso l'A.N.A.C., anche al fine di garantire adeguati livelli di pubblicità e trasparenza nei contratti pubblici, l'elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società in house. L'iscrizione nell'elenco avviene a domanda, dopo che sia stata riscontrata l'esistenza dei requisiti, secondo le modalità e i criteri che l'Autorità definisce con proprio atto. La domanda di iscrizione consente alle amministrazioni aggiudicatrici e agli enti aggiudicatori sotto la propria responsabilità, di effettuare affidamenti diretti dei contratti all'ente strumentale. Resta fermo l'obbligo di pubblicazione degli atti connessi all'affidamento diretto medesimo secondo quanto previsto al comma 3"³⁴.

7. Il requisito del "controllo analogo".

Il requisito del "controllo analogo" si sostanzia in un controllo dell'Ente affidante nei confronti del soggetto affidatario non meramente strutturale, ma anche funzionale, che implica un potere di ingerenza tale da poter essere equiparato a quello che l'Ente stesso esercita nei confronti dei propri servizi. Per controllo strutturale si intende una partecipazione al capitale della società *in house* tendenzialmente totalitario³⁵ che consenta di scegliere gli organi di governo e controllo societario e comunque incidere in maniera determinante sul sistema di *governance* e controllo della società. Ciò, tuttavia, non è di per sé sufficiente, infatti, gli strumenti tipici offerti alla maggioranza dei soci dal diritto societario, non sono di per sé idonei a garantire un controllo così penetrante, tale da poter instaurare una relazione assimilabile a quella di subordinazione gerarchica. È proprio la sussistenza di un vincolo così stringente, come ha avuto modo di evidenziare il Consiglio di Stato nella

acquisiti anche mediante la conclusione di appositi patti parasociali; tali patti possono avere durata superiore a cinque anni, in deroga all'articolo 2341-bis, primo comma, del codice civile."

³⁴ Per ragioni di completezza si deve osservare che l'A.N.A.C. con un comunicato del 3 agosto 2016 ha precisato che "nelle more – della istituzione del registro – tenuto conto dell'efficacia non costitutiva ma meramente dichiarativa dell'iscrizione, l'affidamento diretto alle società in house può essere effettuato, sotto la propria responsabilità, dalle amministrazioni aggiudicatrici e dagli enti aggiudicatori in presenza dei presupposti legittimanti definiti dall'art. 12 della direttiva 24/2014/UE e recepiti nei medesimi termini nell'art. 5 del d.lgs. n. 50/2016 e nel rispetto delle prescrizioni di cui ai commi 2 e 3 dell'art. 192, a prescindere dall'inoltro della domanda di iscrizione".

³⁵ Salvo quanto previsto dall'art. 5 del codice dei contratti pubblici ai sensi del quale viene fatta eccezione per quelle forme di partecipazione di capitali privati previste dalla legislazione nazionale, in conformità dei trattati, che non permettono di esercitare un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata.

pronuncia del 25 gennaio 2005, n. 168 che permette di soddisfare il requisito del "*controllo analogo*".

Accanto al controllo strutturale si pone quello funzionale, consistente, invece, nel potere di esercitare una influenza decisiva sugli obiettivi strategici e sulle decisioni più significative. È l'esercizio congiunto di questi due tipi di controlli che dà luogo a un rapporto «analogo a quello proprio di una relazione di subordinazione gerarchica e comportante un controllo gestorio e finanziario stringente»³⁶.

La nozione di "*controllo analogo*", di origine giurisprudenziale³⁷, recentemente, è stata positivizzata all'interno delle Direttive 2014/24/UE e 2014/23/UE (rispettivamente Direttiva Appalti e Direttiva Concessioni), in termini sostanzialmente analoghi, recepite con il Codice dei contratti pubblici. Affinché vi sia controllo analogo, si dice, è necessario che «un'amministrazione aggiudicatrice [...] eserciti un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della persona giuridica controllata»³⁸.

Per diversi anni, la giurisprudenza comunitaria ha, a diverse riprese, considerato quale corollario del controllo analogo la partecipazione totalitaria dell'ente alla società³⁹, muovendo dal presupposto che una partecipazione privata, anche minima, avrebbe "inquinato" le finalità istituzionali della società *in house*. Questo assunto muoverebbe dal presupposto che il soggetto pubblico ed il soggetto privato svolgono la loro attività su piani differenti e sono animati da interessi e finalità diversi, il primo tendente al perseguimento dell'interesse pubblico, il secondo tendente al raggiungimento di un interesse privato anche ad eventuale discapito di quello pubblico. La non conciliabilità di queste prospettive avrebbe spinto il giudice comunitario a considerare preclusa la possibilità di un'apertura alla partecipazione privata. In ogni caso, l'eventuale apertura al capitale privato avrebbe determinato il venir meno di un rapporto «analogo a quello proprio di una relazione di subordinazione gerarchica», ritenuto invece essenziale al fine di rispettare il criterio del

³⁶ In questo senso M. SANTISE, *op.cit.*, p. 100 che riprende l'analisi fatta dal Consiglio di Stato nella pronuncia n. 2151/2011.

³⁷ In questo senso Corte giust., Sez. I, 13 ottobre 2005, causa C-458/03, *Parking Brixen*; Corte giust., Sez. I, 11 maggio 2006, causa C-340/04, *Carbotermo e Consorzio Alisei*.

³⁸ Art. 12, c. 2 Direttiva 2014/24/UE.

³⁹ In questo senso Corte Giust., Sez. I, 11 gennaio 2005, causa C-26/03, *Stadt Halle e RPL Lochau*; Corte giust., Sez. grande, 21 luglio 2005, n. 231, causa C-231/03, *Coname*; Corte giust., Sez. I, 10 novembre 2005, causa C-29/04, *Mödling*; Corte giust., Sez. I, 6 aprile 2006, causa C-410/04, *Anav*; Corte giust., Sez. I, 18 gennaio 2007, n. 220, causa C-220/05, *Jean Auroux*.

“*controllo analogo*⁴⁰”. In controtendenza rispetto a quello che sembrava un orientamento ormai consolidato, si è mosso il legislatore comunitario che ha previsto la possibilità di forme di partecipazione privata, ma al ricorrere di stringenti condizioni, ossia, l’assenza di poteri di controllo o di veto in capo al soggetto privato, che vi sia una disposizione legislativa nazionale⁴¹ che preveda tale possibilità e che vi sia un’assenza di influenza determinante⁴².

Pertanto, allo stato attuale, la partecipazione di capitali privati che sembrava essere preclusa in senso assoluto è stata considerata ammissibile, prima dal legislatore comunitario e, di riflesso, da quello nazionale che con il Codice dei contratti pubblici ha espressamente previsto questa possibilità.

Parte della dottrina⁴³ ha osservato che per la partecipazione di soggetti privati sarebbe opportuno prevedere strumenti quali le azioni senza diritto di voto o comunque strumenti che non determinino in capo a soggetti estranei rispetto al socio (o ai soci) pubblico l’attribuzione di poteri gestori. Ciò implicherà (a differenza del fenomeno del PPPI⁴⁴) una partecipazione del soggetto (o dei soggetti) privato di natura tendenzialmente finanziaria.

Sebbene il requisito del controllo analogo, con il Codice dei contratti pubblici, sia positivamente previsto, il legislatore non ha avuto cura nell’individuare, in maniera dettagliata, le modalità attraverso le quali il controllo analogo debba essere garantito, individuando, al più, elementi negativi che farebbero venir meno detta modalità di controllo.

Ai sensi dell’art. 5, c. 2 del Codice dei contratti pubblici «un’amministrazione aggiudicatrice o un ente aggiudicatore esercita su una persona giuridica un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi ai sensi del c. 1, lett. a) dell’art. 5, qualora essa eserciti un’influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della persona giuridica controllata».

Il legislatore è piuttosto chiaro nel definire lo *status* di sostanziale soggezione del soggetto controllato rispetto al soggetto controllante, senza però

⁴⁰ Consiglio di Stato nella pronuncia del 25 gennaio 2005, n. 168.

⁴¹ Si badi bene, con questa locuzione si vogliono ricomprendere anche le fonti legislative regionali nel pieno rispetto di quanto statuito a livello costituzionale all’art. 117. Infatti il legislatore comunitario non si preoccupa, tendenzialmente, di come è strutturato il sistema delle fonti dei singoli Stati.

⁴² Art. 12 Direttiva, 2014/24/UE ed in senso analogo art. 17 Direttiva, 2014/23/UE.

⁴³ Si veda per tutti Gherardo, *Riflessioni su alcune aperture del legislatore europeo in tema di in house, anche in prospettiva dei corrispondenti limiti nazionali per le società strumentali*, Riv. Ita. Dir. Pubbl. Comun., fasc.5, 2014 in p. 1000

⁴⁴ Vd. nel testo Cap. 2.

individuare gli indici specifici da cui ricavare questo assetto. In merito, invece, si è espressa la giurisprudenza.

È opportuno premettere che la partecipazione pubblica totalitaria non è di per se sufficiente a garantire questo peculiare potere di controllo e, dunque, occorrono maggiori strumenti di direzione e controllo a disposizione dell'ente affidante rispetto a quelli generalmente previsti per il socio controllante dal diritto civile⁴⁵.

Gli elementi che devono caratterizzare a tal fine l'assetto proprietario ed il sistema di *governance* della società controllata possono essere così sintetizzati:

- (a) il consiglio di amministrazione non deve disporre di poteri amministrativi di gestione che si sottraggono al diretto controllo dei soci e, in particolare, del detentore pubblico del capitale sociale⁴⁶;
- (b) nel modello della società a responsabilità limitata il socio è in grado di assumere poteri particolarmente marcati e pregnanti⁴⁷, per tale motivo il modello della società a responsabilità limitata è preferito per costituire organismi *in house*;
- (c) la previsione che la nomina del presidente del consiglio di amministrazione e del direttore generale è rimessa al consiglio di amministrazione e non del socio è indice di carenza del requisito del "controllo analogo"⁴⁸;
- (d) l'ente controllante-affidante deve esercitare, nei confronti dell'ente controllato-affidatario, un potere assoluto di direzione, coordinamento e supervisione dell'attività del soggetto partecipato, che gli consenta di dettare le linee strategiche e di influire in modo effettivo ed immediato sulle decisioni dell'affidatario⁴⁹;
- (e) la relazione tra ente controllante ed ente controllato deve atteggiarsi come una relazione di subordinazione gerarchica, che si verifica quando sussiste un controllo gestionale e finanziario stringente dall'ente controllante su quello controllato⁵⁰;

⁴⁵ In questo senso si è espressa la Corte di Giustizia Europea, 11 maggio 2006, C-340/04; Cons. St., 1 giugno 2007, n. 2932 e 3 aprile 2007, n. 1514.

⁴⁶ In questo senso cfr. Cons. St. 30 agosto 2006, n. 5072.

⁴⁷ In questo senso cfr. Cons. St. 30 agosto 2006, n. 5072.

⁴⁸ In questo senso cfr. Cons. St. 8 gennaio 2007, n. 5.

⁴⁹ In questo senso cfr. T.A.R. Milano 22 marzo 2012, n. 892.

⁵⁰ In questo senso cfr. T.A.R. Milano 22 marzo 2012, n. 892.

- (f) le decisioni più importanti devono essere sottoposte al vaglio preventivo dell'ente affidante occorrendo un'influenza determinante da parte del socio pubblico sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti⁵¹.

8. Il requisito della "destinazione prevalente dell'attività".

Alla base dell'ulteriore requisito della "destinazione prevalente dell'attività" si pone l'esigenza di evitare, che società che abbiano beneficiato di un affidamento diretto, possano sfruttare tramite pratiche di *leveraging* il vantaggio competitivo derivante da questo tipo di affidamento. In ragione di questa esigenza si è voluta limitare l'operatività delle società *in house* sul mercato concorrenziale, poiché si sarebbe potuta realizzare una turbativa del "gioco" concorrenziale. In realtà, bisogna essere più precisi al riguardo, dal momento che la tutela della concorrenza non è assicurata solo attraverso la previsione di una ridotta operatività sul mercato da parte di società *in house* ma anche dalla normativa in materia di aiuti di stato di cui all'art. 107 T.F.U.E.. Per quanto riguarda il criterio della "destinazione prevalente dell'attività" svolta nei confronti dell'Ente controllante, prima dell'intervento legislativo ad opera delle Direttive Appalti e Concessioni, la giurisprudenza⁵² e la dottrina⁵³ si erano interrogate sulla portata dell'aggettivo "prevalente" che data la formulazione lasciava molte incertezze in ordine alla sua interpretazione. Il legislatore europeo, probabilmente conscio di questa problematica, è intervenuto, ed ha individuato un criterio matematico che lascia poco spazio all'interpretazione, indicando come soglia minima di rilevanza, affinché si possa parlare di *in house*, una percentuale superiore all'80% delle attività che la società deve effettuare «nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'amministrazione aggiudicatrice controllante [...]»⁵⁴.

Inoltre, nel caso in cui diversi enti detengano congiuntamente il capitale di una società *in house*, la condizione relativa alla destinazione prevalente dell'attività, deve essere valutata in relazione ai compiti espletati nei confronti degli enti,

⁵¹ In questo senso cfr. C. Giust. CE, 11 maggio 2006, C-340/04, Cons. St. 8 gennaio 2007, n. 5, Cons. St. 11 agosto 2010, n. 5620.

⁵² Cfr. Corte di giustizia, 11 maggio 2006, nella causa C-340/04, Carbotermo e Consorzio Alisei.

⁵³ Cfr. G. CORSO, G. FARES, *Crepuscolo dell' «in house»?*, in Foro it., I, 2009, par. 4.

⁵⁴ Art. 2, c. 1, lett. b) Direttiva Appalti. In senso analogo art. 17, c. 1, lett. b) Direttiva Concessioni

complessivamente considerati⁵⁵, che comunque deve essere superiore all'80% delle attività realizzate dalla società.

Il legislatore, con il Codice dei contratti pubblici, si è anche curato di individuare un preciso metodo per verificare se il requisito della destinazione prevalente dell'attività sia rispettato. Ai sensi dell'art. 5, c. 7 si prevede, infatti, che *per* «determinare la percentuale delle attività (di cui al comma 1, lettera b), e al comma 6, lettera c), si prende in considerazione il fatturato totale medio, o una idonea misura alternativa basata sull'attività, quale i costi sostenuti dalla persona giuridica o amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore nei settori dei servizi, delle forniture e dei lavori per i tre anni precedenti l'aggiudicazione dell'appalto o della concessione⁵⁶».

⁵⁵ Art. 12, c. 3, cpv. 2, lett. ii) Direttiva Appalti. In senso analogo art. 17, c. 4, lett. c) Direttiva Concessioni.

⁵⁶ Ai sensi dell'art. 5, c. 8 è previsto che "Se, a causa della data di costituzione o di inizio dell'attività della persona giuridica o amministrazione aggiudicatrice o ente aggiudicatore, ovvero a causa della riorganizzazione delle sue attività, il fatturato o la misura alternativa basata sull'attività, quali i costi, non è disponibile per i tre anni precedenti o non è più pertinente, è sufficiente dimostrare, segnatamente in base a proiezioni dell'attività, che la misura dell'attività è credibile."