

## **La (possibile) partecipazione di un soggetto privato all'interno di una società *in house providing* alla luce delle recenti evoluzioni normative.**

**di Emilio BOCCIA\***

**SOMMARIO:** **1.** Premessa; **2.** L'evoluzione del modello dell'*in house providing*; **3.** Il modello dell'*in house providing* nel T.U. in materia di società a partecipazione pubblica; **4.** La (possibile) partecipazione di un soggetto privato al capitale di una società a totale partecipazione pubblica; **5.** Conclusioni.

**ABSTRACT:** *The aim of this work is the possible participation of private capital, even if it is not able to have a decisive influence on corporate governance, in the in house providing companies in the light of the provisions of recent legislation on the subject.*

### **1. Premessa.**

Il modello dell'*in house providing* rappresenta una esplicazione del principio di autorganizzazione della pubblica amministrazione secondo cui la stessa è in grado di produrre beni e servizi senza dover fare ricorso al mercato attraverso procedure ad evidenza pubblica<sup>1</sup>.

Come è noto, tale modello non può essere identificato con l'organismo di diritto pubblico in quanto contraddistinto da requisiti più rigorosi. Infatti, com'è stato più volte sottolineato dal Consiglio di Stato, mentre tutte le società *in house* sono organismi di diritto pubblico, non può sostenersi il contrario<sup>2</sup>.

---

\* *Avvocato del foro di Napoli.*

<sup>1</sup> La società *in house* risulta quindi essere una mera estensione della stessa amministrazione pubblica non distinguendosi dalla stessa per quel che riguarda il profilo soggettivo in relazione al controllo analogo alla quale è assoggettata.

<sup>2</sup> Per questo motivo, quindi, nei casi in cui l'affidatario dell'appalto può essere qualificato quale organismo di diritto pubblico non lo esonera dal rispetto della normativa in materia. La definizione precisa di organismo di diritto pubblico può essere rinvenuta nell'articolo 1, comma 9, della direttiva n.18/2004. Il legislatore europeo con l'intento di allargare la nozione di "amministrazioni aggiudicatrici" ha definito organismo di diritto pubblico "qualsiasi organismo" 1) istituito per soddisfare specificamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale; 2) dotato di personalità giuridica; 3) la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismo di diritto pubblico oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi ovvero il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è

La definizione del modello *in house providing*, come si avrà modo analizzare qui di seguito, è il frutto di un intenso “dialogo” tra legislatore e giudice nazionale ed europeo, protrattosi nel tempo ed ancora attuale, del quale, solo per ragioni di sistematicità, si dà qui conto in due distinti paragrafi, l’uno dedicato all’evoluzione normativa e l’altro allo sviluppo della giurisprudenza in materia.

## **2. L’evoluzione del modello dell’*in house providing*.**

La definizione del modello *in house providing* è stata, come è noto, il frutto di un intenso “dialogo” tra legislatore e giudice, nazionale ed europeo, protrattosi nel tempo ed ancora attuale.

La prima nozione è stata infatti definita in materia di appalti pubblici al fine di legittimare l’affidamento di un servizio senza la previa indicazione di una procedura ad evidenza pubblica, così come previsto dalla normativa europea<sup>3</sup>.

Il primo importante riferimento all’*in house providing* è rinvenibile nel c.d. Libro Bianco del 1998<sup>4</sup>, attraverso il quale la Commissione Europea ha definito tale modello di affidamento come “quelli aggiudicati all’interno della pubblica

---

designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico”. Come è noto, questa definizione è stata recepita dal legislatore nazionale nell’articolo 3, comma 26, D.lgs. 17 aprile 2006, n.163. Cfr. Consiglio di Stato, 11 dicembre 2015, n. 5643, in *Foro amm.*, 2015, 12, 3101. Secondo i giudici di Palazzo Spada, infatti, “*Se dunque è vero - come è vero - che l’organismo in house rappresenta sotto ogni aspetto un’articolazione in senso sostanziale dell’amministrazione pubblica di riferimento, ne consegue l’applicabilità al caso in esame dei richiamati articoli 1, comma 2, e 63, comma 4, con tutto ciò che ne deriva in punto di estensione, all’organismo in house, delle previsioni in punto di giurisdizione riferibili all’amministrazione pubblica di riferimento.*”

<sup>3</sup> Come parte della dottrina ha riscontrato, l’obiettivo principale dell’Unione europea resta sempre la realizzazione in un mercato unico, contraddistinto da un “*regime di tipo liberista*”, volto ad incoraggiare “*la libera iniziativa privata, e basato su regole volte a tutelare la concorrenzialità tra imprese, senza alcuna distinzione tra settore pubblico e settore privato*”. Cfr. M.R. ALLEGRI, *La politica della concorrenza*, in *Il diritto dell’Unione Europea* (a cura di) G.P. ORSELLO, in G. SANTANIELLO, *Trattato di diritto amministrativo*, XXXII, Torino, 2002, 420. Com’è noto, lo stesso modello è stato oggetto di critiche da parte di una certa dottrina secondo cui “*l’affidamento diretto possa essere incompatibile con l’ordinamento comunitario, non tanto perché in contrasto con le regole della concorrenza, ma perché strumento non idoneo ad assicurare il mantenimento di finanze pubbliche sane nonché un’efficace allocazione di risorse*”, R. CAVALLI PERIN - D. CASALINI, *L’in house providing: un’impresa dimezzata*, in *Dir. amm.*, 1, 2006, 62.

<sup>4</sup> Commissione Europea, *Pagamento commisurato all’uso dell’infrastruttura: approccio graduale a un quadro comune di fissazione degli oneri per l’infrastruttura di trasporto nell’UE*, Libro Bianco, 1998.

amministrazione, ad esempio tra amministrazione centrale e locale, o ancora, tra una amministrazione e una società da questa interamente controllata”<sup>5</sup>.

La definitiva consacrazione di tale modello è avvenuta però in seguito ad alcune decisioni della Corte Di Giustizia,<sup>6</sup> che ha elaborato per la prima volta, in maniera definitiva, il concetto di *in house providing* nella c.d. sentenza *Teckal*,<sup>7</sup> al fine di armonizzare i principi in materia di tutela della concorrenza con la facoltà di auto-organizzazione riconosciuta alle pubbliche amministrazioni<sup>8</sup>.

Gli stessi giudici hanno inoltre valutato la compatibilità di tale affidamento, delineando in maniera più dettagliata i requisiti fissati nella sentenza *Teckal*, in

---

<sup>5</sup> Cfr. Corte di Giustizia, 10 novembre 1998, Arnhem, C- 306/96, in *Raccolta*, 1998, 6821; Corte di Giustizia, 9 settembre 1999, Ri. San, C-108/98, in *Cons. St.*, 1999, 1905. Cfr. inoltre R. CARANTA, *Nozioni di appalto, lavori, servizi e forniture*, in *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva 2004/18/CE e nella legge comunitaria n.62/2005*, R. GAROFOLI - M.A.SANDULLI a cura di, Milano, 2005, 23 ss.

<sup>6</sup> Per un’analisi più approfondita della giurisprudenza sovra nazionale in materia di *in house providing* si veda: G. GRECO, *Gli affidamenti in house di servizi e forniture, le concessioni di pubblico servizio e il principio della gara*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2000, 1461; C. ALBERTI, *Appalti in house, concessione in house ed esternalizzazione*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2001, 495; BARTOSCH, *The relationship between public procurement and state aid surveillance. The toughest standard applies?*, in *C.M.L.R.*, 2002, 551; L. R. PERFETTI, *Pubblico servizio, capacità di diritto private e tutela della concorrenza. Il caso del facility management*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2002, 177; A. ANNIBALI, *Gli affidamenti in house: dal diritto comunitario ai servizi pubblici locali*, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it), 12, 2003; A. MASSERA, *L’in house providing: una questione da definire*, cit., 849; G. SCIULLO, *La procedura di affidamento dei servizi pubblici locali tra disciplina interna e principi comunitari*, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it), 7-8, 2004; C. IAIONE, *Le società in house. Contributo allo studio dei principi di auto- organizzazione e auto-produzione degli enti locali*, cit., 138.

<sup>7</sup> Corte di Giustizia, 18 novembre 1999, *Teckal s.r.l. c Comune di Aviano*, causa- 197/98, in *Raccolta*, 1999, 8121.

<sup>8</sup> I giudici europei hanno evidenziato l’obbligo di rispettare la normativa in materia di appalti solo nel caso in cui un’amministrazione aggiudicatrice avesse stipulato un contratto a titolo oneroso, avente ad oggetto la fornitura di prodotti e la prestazione dei servizi con un ente distinto dalla stessa da un punto di vista formale.

In quella occasione, gli stessi giudici hanno indicato come non potesse applicarsi la disciplina europea in materia di contratti pubblici vista l’assenza di un vincolo contrattuale in senso stretto tra concedente e concessionario, obbligando il giudice nazionale a verificare la sussistenza di un legame tra l’Amministrazione e una persona distinta giuridicamente dalla stessa, ad eccezione del “ caso in cui, nel contempo, l’ente locale eserciti sulla persona di cui trattasi un controllo analogo a quello da essa 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”. Cfr. sul punto: D. CASALINI, *L’organismo di diritto pubblico e l’organizzazione in house*, cit., 247 ss.; G. GUCCIONE, *Affidamenti in house e nozione di organismo di diritto pubblico*, in *Riv. trim. appalti*, 2004, 1073; S. COLOMBARI, «Delegazione interorganica» ovvero «in house providing» nei servizi pubblici locali, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2004, 1134 ss.; D.U. GALETTA, *Forme di gestione dei servizi pubblici locali ed in house providing nella recente giurisprudenza comunitaria e nazionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2007, 19; I. DEL GIUDICE, *Gli affidamenti in house ed a società miste tra diritto comunitario della concorrenza e diritto interno*, 2008.

altre decisioni, attribuendo agli stessi una portata generale tale da estenderne l'applicazione degli stessi anche alla categoria delle concessioni dei servizi pubblici, materia non disciplinata dalle direttive in materia di appalti.

Il riferimento è, ad esempio al c.d. *caso Arge*<sup>9</sup> ed alla controversia c.d. Regno di Spagna- Commissione<sup>10</sup>, stabilendo un'eccezione ai requisiti dettati in riferimento alla delegazione interorganica<sup>11</sup>.

I "requisiti *Teckal*" sono, però, sembrati in mancanza di una definizione chiara e precisa, particolarmente generici e per questo soggetti ad elastiche interpretazioni, soprattutto da parte di alcuni Stati membri inclini a sottrarre al mercato settori rilevanti svolti in favore o per conto delle amministrazioni pubbliche<sup>12</sup>.

A tal proposito è necessario un riferimento alla Comunicazione 26 giugno 2002 della Commissione Europea<sup>13</sup> nei confronti dell'Italia, conseguenza della procedura d'infrazione aperta in merito alla normativa dei servizi pubblici locali. Per tale motivo, quindi, la mera partecipazione totalitaria in una società *in house* non è stata ritenuta strumento idoneo a legittimare il conferimento di attività economiche in via diretta, e, quindi, in deroga alla normativa europea, in considerazione del fatto che " affinché tale tipo di controllo sussista non è sufficiente il semplice esercizio degli strumenti di cui dispone il socio di maggioranza secondo le regole proprie del diritto societario", ma risulta

---

<sup>9</sup> Corte di Giustizia, 7 dicembre 2000, C-94/99, in *Riv. It. Dir. pubbl. comunit.*, 2000, 1442.

In questa occasione la Corte ha ricordato che, se un'amministrazione pubblica avesse esercitato nei confronti di un altro soggetto un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, le funzioni affidate a quest'ultimo sarebbero state come delegate all'interno dell'amministrazione stessa. Sul punto, si è altresì sottolineato come una società controllata non risulti privata necessariamente della propria libertà di azione, nelle ipotesi in cui le decisioni che lo riguardano vengano prese dall'amministrazione pubblica che la controlla, in quanto capace di esercitare una parte rilevante della propria attività nei confronti di altri operatori.

<sup>10</sup> Corte di Giustizia, 8 maggio 2003, C-349/97, Regno di Spagna- Commissione, in *Racc. I*, 3851.

<sup>11</sup> In quest'occasione non è stata ritenuta necessaria la verifica dell'esistenza di un vero e proprio controllo gerarchico tra amministrazione concedente e soggetto concessionario, attribuendo, nel caso di specie, la qualifica di ente strumentale dell'amministrazione alla società controllata, in quanto considerata come uno dei servizi dell'amministrazione intesa sia come a livello centrale sia territoriale.

<sup>12</sup> Se, infatti, i requisiti del controllo analogo e della destinazione prevalente sono stati teoricamente da subito delineati, ben diversa è stata la loro applicazione, vista l'impossibilità di assumere un carattere neutrale nell'ordinamento giuridico nazionale potendo influenzare numerosi istituti giuridici sia di natura sostanziale che processuale, con conseguenze di grossa rilevanza.

<sup>13</sup> Commissione Europea, 26 giugno 2002, C- 2002/2329, Costituzione in mora del Governo Italiano: L'art. 35 della L. 448/2001 viola gli obblighi che incombo all'Italia in virtù della direttiva 92/50 CE e della direttiva 93/38/CEE ed altresì in virtù degli artt. 43 ss e 49 ss Trattato CE.

necessario “ un assoluto potere di direzione, coordinamento e supervisione dell’attività del soggetto partecipato e che riguarda l’insieme dei più importanti atti di gestione del medesimo”.

Al fine di arginare l’utilizzo eccessivo del modello *in house*, la giurisprudenza sovranazionale, a partire dalla famosa sentenza *Stadt Halle*<sup>14</sup>, ha inaugurato, come è noto, un filone giurisprudenziale restrittivo sull’interpretazione dei requisiti idonei all’affidamento diretto, evidenziando come non potesse sussistere un legame di *in house providing* tra amministrazioni e società controllate dalle stesse nel caso in cui il capitale sociale di queste ultime fosse detenuto anche da soggetti privati<sup>15</sup>. Tali statuizioni sono state confermate anche nella risoluzione delle *controversie Coname*<sup>16</sup> *Modling*<sup>17</sup>, *Auroux*<sup>18</sup>, *Anav*<sup>19</sup> *Carbotermo*<sup>20</sup>, *Commissione-Italia*<sup>21</sup> e *Tragsa*<sup>22</sup>.

---

<sup>14</sup> Corte di Giustizia, 11 gennaio 2005, C- 26/03, *Stadt Halle*, RPL Recyclingpark Lochau GmbH-Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna, in [www.curia.eu.it](http://www.curia.eu.it). Per un’analisi più approfondita si rinvia a A. CLARIZIA, *Il privato inquina: gli affidamenti in house solo a società a totale partecipazione pubblica*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 1, 2005; R. DE NICTOLIS, *La corte si pronuncia in tema di tutela nella trattativa privata, negli affidamenti in house e a società miste*, in *Urb. e app.*, 2005, 295; G. F. FERRARI, *Servizi pubblici locali ed interpretazione restrittiva delle deroghe alla disciplina dell’aggiudicazione concorrenziale*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2005, 837; V. FERRARO, *La nuova ricostruzione dell’in house proposta dalla Corte di Giustizia nella sentenza Stadt Halle*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2005, 1004; C.E. GALLO, *Disciplina e gestione dei servizi pubblici economici: il quadro comunitario e nazionale nella più recente giurisprudenza*, in *Dir. amm.*, 2005, 2, 327; A. GRAZIANO, *La riforma e la controriforma dei servizi pubblici locali*, in *Urb. e app.*, 2005, 1369.

<sup>15</sup>Secondo i giudici europei, infatti, “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”. Sul punto, gli stessi hanno ricordato come “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 di un’impresa obbedisce a considerazioni proprie degli interessi privati e persegue obiettivi di natura differente”.

<sup>16</sup> Corte di Giustizia, 21 luglio 2005, C- 231/03, Co.na.me- Comune di Cingia dè Botti e Padania Acque s.p.a, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, 4, 405. In questa occasione la Corte di Giustizia ha valorizzato il mero dato formale della possibile ed eventuale entrata dei privati nel capitale sociale di una società a prevalente capitale pubblico, ipotesi che non avrebbe senza dubbio giustificato l’assimilazione tra una società a capitale interamente pubblico e una mista.

Per questo motivo, quindi, secondo i giudici, la società affidataria del servizio “costituisce una società aperta, almeno in parte, al capitale privato, il che impedisce di considerarla come una struttura di gestione interna di un servizio pubblico nell’ambito dei comuni che ne fanno parte”.

<sup>17</sup> Corte di Giustizia, 10 novembre 2005, C- 29/04, Commissione della Comunità europee-Repubblica d’Austria, in [www.curia.eu.int](http://www.curia.eu.int). Per un commento Cfr. sul punto: M. PADELLARO, *Brevi notazioni a margine dei recenti sviluppi nella giurisprudenza comunitaria in tema di appalti in-house*, in *Riv. amm. App.*, 2005, 4, 325; M. GIOVANNELLI, *Divieto di affidamento di servizi*

Nel cercare di arginare ed, in alcuni casi particolari, punire, i ripetuti abusi del modello perpetrati dagli Stati membri, i giudici hanno quindi adottato un'impostazione restrittiva dei requisiti dell'*in house*, stabilendo l'obbligo, in capo alle amministrazioni che intendevano avvalersi di tale strumenti in deroga alle norme in materia, di dimostrare la sussistenza dei requisiti nei singoli casi di specie.<sup>23</sup>

La stessa Corte, inoltre, a partire dalla sentenza Parking Brixen<sup>24</sup>, ha indirizzato l'attenzione della dottrina e, in alcuni casi della giurisprudenza nazionale, sulle caratteristiche ed i rispettivi limiti delle società a totale partecipazione pubblica.

---

*pubblici senza gara a società mista e ulteriore restrizione dell'in house providing*, in *Urb. e app.*, 2006, 2, 157.

<sup>18</sup> Corte di Giustizia, 18 gennaio 2007, C-220/05, Jean Aurox e altri- Commune de Roanne, in *Urb app.*, 2007, 5, 552 con commento di G. RONDONI, *Convenzione tra amministrazioni aggiudicatrici come appalti pubblici di lavori*; G. MARCHEGIANI, *La Corte di Giustizia europea ignora la sua giurisprudenza in materia di organismi di diritto pubblico quando esamina casi di affidamenti "quasi in house"* in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2007, 4.

<sup>19</sup> Corte di Giustizia, 6 aprile 2006, C- 410/04, Anav- Comune di Bari, in *Foro.it*, 2006, 5, 511.

<sup>20</sup> Corte di Giustizia, 11 maggio 2006, C- 340/04, Carbotermo, Alisei- Comune di Busto Arsizio, *Foro. It.*, 2006, 510.

<sup>21</sup> Corte di Giustizia, 17 luglio 2008, C-371/05, *Commissione-Italia*. Nell'accertare l'esistenza del controllo analogo ai fini dell'affidamento del servizio i giudici europei, nella risoluzione del caso *Commissione- Italia*, hanno, stabilito come fosse necessario tener conto non solo della normativa in materia, ma, soprattutto, delle circostanze riconducibili al caso di specie e "*l'eventuale obbligo per l'amministrazione aggiudicatrice di procedere ad una gara d'appalto deve essere valutato, in via di principio, alla luce delle condizioni esistenti alla data dell'aggiudicazione dell'appalto pubblico di cui ai trattati*".

<sup>22</sup> Corte di Giustizia, 19 aprile 2007, C- 295/05, Asociación Nacional de Empresas Forestales e Transformación Agraria SA- Administración del Estado, in [www.curia.eu.int](http://www.curia.eu.int), con nota di G. F. FERRARI, *Un raro esempio di controllo analogo*, nota a sentenza della Corte di giustizia della Comunità Europea (seconda sezione), 19 aprile 2007, causa C-295/05, *Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) c. Transformación Agraria SA (Tragsa)*, *Administración del Estado*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 3, 2007, 1374-1376

<sup>23</sup> Parte della dottrina giustamente ricordato come "*al di là delle affermazioni di principio secondo cui l'amministrazione è libera di autorganizzarsi senza l'obbligo di ricorrere ad entità esterne, la Corte ha inteso porre un freno all'espansione degli affidamenti in house, visti come eccezionali deroghe alle regole del mercato e della concorrenza*". R. VILLATA, *Pubblici servizi. Discussioni e problemi*, cit., 7.

<sup>24</sup> Corte di Giustizia, 13 ottobre 2005, C- 458/03, Parking Brixen GmbH- Gemeinde Brixen e Stadtwerke Brixen AG, in *Urb. e app.*, 2005, 31. Per un'analisi più approfondita sul punto si veda: A. COLAVECCHIO, *Gli affidamenti in house a "future" società miste*, in *Giust. amm.*, 2005, 2, 524; A. CLARIZIA, *La Corte suona il de profundis per l'in house*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 10, 2005; F. GOISIS, *I giudici comunitari negano la "neutralità" delle società di capitali (anche se) in mano pubblica totalitaria e mettono in crisi l'affidamento in house di servizi pubblici locali*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2005, 5, 1915; M. PADELLARO, *Brevi notazioni a margine di recenti sviluppi nella giurisprudenza comunitaria in tema di appalti in house*, in *Riv. amm. App.*, 2005, 4, 325; A. SCARASCIA, *I limiti degli affidamenti in house dei servizi pubblici locali*, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it), 10, 2005; A. SONCINI, *Trasparenza ed effettività in materia di concessioni di*



In questa occasione i giudici europei hanno argomentato tale decisione ponendo l'attenzione sulla trasformazione dell'azienda speciale in una società per azioni, sull'ampliamento dell'oggetto sociale capace di far operare la società in "nuovi importanti settori", sulla previsione di una "apertura obbligatoria della società ad altri capitali"<sup>25</sup>.

Il controllo analogo e la destinazione prevalente sono stati ulteriormente interpretati in maniera diversa, dalla stessa Corte, in considerazione della possibile presenza dei privati nel capitale delle società *in house*.

Con la sentenza Commissione delle Comunità Europee – Repubblica Italiana<sup>26</sup>, i giudici hanno evidenziato come la presenza dei privati nel capitale sociale della società non fosse ritenuta sufficiente a giustificare la mancata soddisfazione del requisito del controllo analogo, vista anche la mancanza di una

---

*servizi*, in *Dir. com. sc. int.*, 2005, 4, 693; M. BALDINATO, *Nota alla sentenza Parking Brixen: la Corte di Giustizia limita ulteriormente la nozione di in house providing*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2006, 1, 227; O.M. CALSOLARO, *S.p.a. in mano pubblica e in house providing. La Corte di Giustizia CE torna sul controllo analogo: un'occasione perduta?* nota a Corte di giustizia 13 ottobre 2005, n. C. 458/03 in *Foro amm.*, Cds. 2006, 1670; D. D'ALESSANDRO, *Affidamenti in house in senso ampio: la corte mette in crisi l'idea della neutralità dello strumento societario*, in *Serv. pubbl. app.*, 2006, 1, 103; G. F. FERRARI, *Parking Brixen: Teckal da totem a tabù?* in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2006, 1, 271; P. LOTTI, *Concessioni di pubblici servizi, principi dell'in house providing e situazioni interne*, in *Urb. app.*, 2006, 1, 34; G. MOLINARI, *In house providing e profili di diritto societario*, in *Nuovo dir.*, 2006, 2-3, 183; G. PIPERATA, *L'affidamento in house nella giurisprudenza del giudice comunitario*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, 2, 133; R. URSI, *La Corte di Giustizia stabilisce i requisiti del controllo sulle società "in house"*, in *Foro it.*, 2006, 2, 79; C. IAIONE, *Le società in house. Contributo allo studio dei principi di auto-organizzazione e auto-produzione degli enti locali*, cit., 152.

<sup>25</sup> Elemento innovativo della decisione è stato inoltre, l'espressa applicabilità dei "requisiti Teckal" anche in casi di concessioni di servizi pubblici.

Come già ricordato, quest'ultimo istituto è stato oggetto di particolare attenzione, in considerazione dell'incremento degli affidamenti diretti in materia di servizi pubblici locali, idonei ad assicurare una gestione del servizio pubblico in contrasto con il processo di liberalizzazione, l'ingresso dei privati nel settore in casi limitati e la tutela delle prerogative caratterizzanti l'imprenditore pubblico.

Sul punto, la Corte, nel sindacare l'abuso dello strumento del rinvio dei giudici nazionali per la qualificazione giuridica della fattispecie, ha ripreso il proprio filone giurisprudenziale sulla distinzione tra appalto e concessione, chiarendo come la deroga alla normativa europea non si potesse applicare anche alle concessioni, rilevando, al tempo stesso, che l'affidamento di servizio attraverso questo modello sarebbe dovuto avvenire nel rispetto del divieto di discriminazione fondato sulla nazionalità.

<sup>26</sup> Corte di Giustizia, 17 luglio 2008, C- 371/05, Commissione delle Comunità Europee - Repubblica Italiana, con nota di D. PIAZZONI, *In house providing, partenariati pubblico-privati istituzionalizzati a partecipare al capitale sociale a scopo di finanziamento*, in *Giur. comm.*, 2009, II, 8.

partecipazione certa degli stessi, in sede di stipula di convenzione tra amministrazione affidante e società *in house*<sup>27</sup>.

L'analisi del requisito del controllo analogo è stato, inoltre, oggetto anche dei c.d. *casì Coditel*<sup>28</sup> ed *Econord s.p.a.*<sup>29</sup> grazie ai quali la Corte, occupandosi della legittimità della partecipazione azionaria in una società *in house* divisa tra più enti pubblici affidanti, ha ricordato 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".

Secondo l'orientamento della Corte, quindi, le stesse amministrazioni pubbliche che, nella loro veste di amministrazioni aggiudicatrici costituiscono in comune un'entità competente ad adempiere mansioni di pubblico servizio, sono legittimate a derogare all'obbligo di indire una procedura ad evidenza pubblica, nel caso in cui esercitino in maniera congiunta, sulla suddetta società, un controllo analogo a quello da esse esercitato sui propri servizi e nei casi in cui, ciascuna delle stesse, sia presente non solo nel capitale ma anche negli organi direttivi della stessa società.

---

<sup>27</sup> Tale statuizione è stata giustificata, per ragioni di certezza del diritto, in considerazione del fatto che l'obbligo di indire una procedura ad evidenza pubblica deve tener conto delle condizioni esistenti al momento della aggiudicazione della gara.

Per questo motivo, sconfessando i precedenti orientamenti, la Corte ha ritenuto, nel caso di specie, legittima la presenza dei privati nella società in quanto intervenuta in un momento successivo all'aggiudicazione del servizio e, per questo, non prevista al momento della stipulazione del contratto.

<sup>28</sup> Corte di Giustizia, 13 novembre 2008, C- 324/07, *Coditel Brabant SA c. Commune d'Uccle*, in [www.curia.eu.it](http://www.curia.eu.it); con nota di G.F. FERRARI, *Affidamento di servizi pubblici: la Corte apre la strada al consorzio tra comuni*, nota a sentenza della Corte di giustizia della Comunità Europea, 13 novembre 2008, causa C-324/07, *Coditel Brabant SA c. Commune d'Uccle*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, n. 1/2009, 354-356. In questa occasione, i giudici, riprendendo l'orientamento della sentenza *Parking Brixen*, hanno ricordato come "il controllo esercitato sull'ente concessionario da un'autorità pubblica concedente sia analogo a quello che la medesima autorità esercita sui propri servizi, ma non identico ad esso in ogni elemento" precisando come il controllo esercitato, anche se non individuale, doveva risultare effettivo.

<sup>29</sup> Corte di Giustizia, 29 novembre 2012, C- 182/11, C-183/11, *Econord SpA contro Comune di Cagno e Comune di Varese (C-182/11) e Comune di Solbiate e Comune di Varese (C-183/11)*, in [www.curia.eu.it](http://www.curia.eu.it)



### **3. Il modello dell'*in house providing* nel T.U. in materia di società a partecipazione pubblica.**

Con l'emanazione del Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica il legislatore delegato ha disciplinato il modello dell'*in house providing* tenendo conto, al tempo stesso, sia delle novità introdotte dalla Direttiva Appalti in materia di contratti pubblici e dei principi e dei criteri direttivi previsti dalla legge delega.

Nello specifico, le società *in house* sono state definite come società pubbliche sulle quali una o più amministrazioni esercitano il controllo analogo, dove la partecipazione dei privati rispetti le norme nazionali e quelle dei Trattati e che soddisfano il requisito dall'attività prevalente.

Nel recepire quanto previsto dalla giurisprudenza e dalla Direttiva Appalti del 2014<sup>30</sup>, il testo legislativo stabilisce che "il controllo analogo ricorre quando

---

<sup>30</sup> Come è noto la c.d. Direttiva Appalti non definisce mai in maniera certa il fenomeno dell'*in house providing*, ma lo regola in maniera incidentale rispetto agli appalti ed alle concessioni tra soggetti nell'ambito del settore pubblico, tra amministrazioni aggiudicatrici, assegnati ad "*una persona giuridica di diritto privato o di diritto pubblico*", escludendoli dall'ambito di applicazione delle nuove norme. Il riferimento normativo è all'articolo 12 della "Direttiva Appalti" che ha in gran parte recepito gli orientamenti giurisprudenziali della Corte di Giustizia in materia, inserendo, al tempo stesso alcune novità e precisazioni. In riferimento al requisito del c.d. controllo analogo la nuova disposizione prevede che, ai fini dell'affidamento diretto, l'amministrazione aggiudicatrice debba esercitare sulla società aggiudicataria un controllo analogo a quello che la stessa esercita sui propri uffici e, nello specifico, ha evidenziato come sussista il requisito di cui sopra "*qualora essa eserciti un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle sue decisioni significative della persona giuridica controllata*", precisando che "*tale controllo può anche essere esercitato da una persona giuridica diversa, a sua volta controllata allo stesso modo dall'amministrazione aggiudicatrice*". Per quel riguarda, invece, la sussistenza del requisito dell'attività prevalente, la direttiva Appalti stabilisce che la società controllata deve svolgere oltre l'80% delle proprie attività di esecuzione dei compiti ad essa affidati dall'amministrazione aggiudicatrice controllante, o da altre persone controllate direttamente o indirettamente dall'amministrazione aggiudicatrice, o da altre persone giuridiche controllate dall'amministrazione controllante. La novità senza dubbio più rilevante è quella riconducibile al requisito della totale partecipazione pubblica, secondo cui si dispone che "*nella persona giuridica controllata non vi sia alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto, prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata*". Si tratta di una disposizione che si pone in contrasto con l'orientamento giurisprudenziale della Corte di Giustizia e dei giudici nazionali, nonché con quanto previsto nei Trattati, e che ha sollevato importanti

l'amministrazione esercita su una società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, esercitando un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della società controllata. Tale controllo può anche essere esercitato da una persona giuridica diversa a sua volta controllata allo stesso modo dall'amministrazione partecipante" (art. 2 comma 1, lett. c).

In riferimento al requisito dell'attività prevalente il T.U., nel rendere più stringente il requisito rispetto a quanto stabilito dalla Direttiva Appalti, stabilisce che gli statuti delle società *in house* devono stabilire che oltre l'ottanta per cento del loro fatturato sia destinato allo svolgimento di attività affidate dal socio pubblico<sup>31</sup>.

In caso di gravi irregolarità di tali statuizioni viene assegnato alla società un termine di tre mesi per sanare la stessa dovendo scegliere se rinunciare ad una parte di rapporti con soggetti terzi o agli affidamenti diretti da parte delle amministrazioni, con conseguente riaffidamento del servizio entro i sei mesi successivi allo svolgimento del rapporto contrattuale.

Il legislatore sembrerebbe aver inoltre preso una posizione sulla questione inerente la natura giuridica delle società *in house* che, come è noto, è stata oggetto di un ampio dibattito in dottrina e giurisprudenza.

Secondo una prima impostazione, infatti, le società *in house*, non potendo essere inserite nel panorama giuridico delle società di diritto comune, sono state considerate "una *longa manus* della pubblica amministrazione, al punto che l'affidamento pubblico mediante *in house* neppure consente di configurare un rapporto contrattuale intersoggettivo"<sup>32</sup> ed, al tempo stesso, "uno dei servizi proprio dell'amministrazione stessa"<sup>33</sup>.

A tale tesi se ne contrappone un'altra, che sembrerebbe essere stata recepita nel Testo Unico, in virtù della quale le società *in house* debbano essere considerate persone giuridiche di diritto privato e, per questo motivo, assoggettate alla disciplina civilista salve le ipotesi derogatorie relative allo

---

dubbi sulla volontà del legislatore europeo di creare un nuovo modello di società pubblica e di attribuire ai legislatori nazionali la possibilità di legittimare l'affidamento diretto a società che, anche se in maniera minima, sono partecipate dai privati.

<sup>31</sup> La stessa disposizione prevede, inoltre, come la produzione ulteriore rispetto al limite di tale percentuale possa derivare anche dallo svolgimento di prestazioni diverse, a condizioni che dalle stesse possano conseguirsi economie di scala o altri recuperi di efficienza sul complesso dell'attività principale.

<sup>32</sup> Corte Costituzionale, 20 marzo 2013 n. 46, in *Giur. cost.*, 3, 2013, 239.

<sup>33</sup> Consiglio di Stato, 7 gennaio 2008 n. 1, in *Foro amm Cds*, 2008, 1.

svolgimento dell'attività di impresa e l'applicazione della disciplina pubblicistica in materia di affidamento di contratti pubblici<sup>34</sup>.

#### **4. La (possibile) partecipazione di un soggetto privato al capitale sociale di una società a totale partecipazione pubblica.**

La novità senza dubbio più rilevante derivante dalla c.d. direttiva appalti in materia di società *in house providing* è quella riconducibile al requisito della totale partecipazione pubblica, secondo cui si dispone che "nella persona giuridica controllata non vi sia alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto, prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata"<sup>35</sup>.

Si tratta di una disposizione che si pone in contrasto con l'orientamento giurisprudenziale della Corte di Giustizia e dei giudici nazionali, nonché con quanto previsto nei Trattati, e che ha sollevato importanti dubbi sulla volontà del legislatore europeo di creare un nuovo modello di società pubblica e di attribuire ai legislatori nazionali la possibilità di legittimare l'affidamento diretto a società che, anche se in maniera minima, sono partecipate dai privati.

Altro elemento di criticità si riscontra in riferimento all'interpretazione letteraria della disposizione, nella parte in cui si stabilisce come la partecipazione del

---

<sup>34</sup> L'impostazione adottata dal legislatore sembrerebbe non aver trovato il consenso del Consiglio di Stato che, in sede consultiva ha evidenziato come "*qualunque sia la prospettazione che si intenda seguire, la società in house conserva una forte peculiarità organizzativa, imposta dal diritto europeo, che la rende non riconducibile al modello generale di società quale definito dalle norme di diritto privato*". Cfr. Consiglio di Stato, Parere 16 marzo 2016 n. 438.

<sup>35</sup> Si tratta della disposizione presente al paragrafo 1, lett. c) della Direttiva Appalti. Parte della dottrina ha ricordato come l'apertura di società pubbliche alla partecipazione di privati fosse avvenuta già con il Regolamento CEE N. 1370/2007, in materia di servizi pubblici di trasporto passeggeri su strada e ferrovia. In particolare, l'articolo 5 comma 2 lettera a dello stesso ha stabilito che "*al fine di determinare se l'autorità competente a livello sociale esercita tale controllo, sono presi in considerazione elementi come il livello della sua rappresentanza in seno agli organi di amministrazione, di direzione o vigilanza, le relative disposizioni negli statuti, l'assetto proprietario, l'influenza ed il controllo effettivi sulle decisioni strategiche e sulle singole decisioni di gestione. Conformemente al diritto comunitario, la proprietà al 100 % da parte dell'autorità pubblica competente, in particolare in caso di partenariato pubblico- privato, non è un requisito obbligatorio per stabilire il controllo ai sensi del presente paragrafo, a condizione che vi sia un'influenza pubblica dominante e che il controllo possa essere stabilito in base ad altri criteri*". Cfr. sul punto: C. VOLPE, *Le nuove Direttive sui contratti pubblici e l'in house providing: problemi vecchi e nuovi*, cit., 17.

privato all'interno di società pubbliche debba essere regolata dalle disposizioni nazionali e debba risultare conforme ai Trattati.

Sul punto però, si evidenzia come risulti poco chiara la *voluntas* legislativa, indirizzata verso una limitazione di tale ipotesi ai soli casi in cui, l'ingresso di capitali privati sia imposto dalla normativa nazionale in conformità dei Trattati, attribuendo, quindi, ai singoli Stati membri la facoltà di legittimare o meno tale ipotesi, con il rischio di creare discordanze tra gli stessi appartenenti all'Unione. Ai fini della risoluzione dei dubbi in materia potrebbe essere fondamentale la lettura del considerando n. 32 della Direttiva Appalti ed il n. 46 della Direttiva Concessioni, secondo i quali, la possibilità di derogare alla normativa riconducibile alla procedura ad evidenza pubblica "non dovrebbe estendersi alle situazioni in cui vi sia partecipazione diretta di un operatore economico privato al capitale della persona giuridica controllata poiché, in tali circostanze, l'aggiudicazione di un appalto pubblico senza una procedura competitiva offrirebbe all'operatore economico privato che detiene una partecipazione nel capitale della persona giuridica controllata un indebito vantaggio rispetto ai suoi concorrenti. Tuttavia, date le particolari caratteristiche degli organismi pubblici con partecipazione 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 una disposizione legislativa nazionale in conformità dei trattati, a condizione che si tratti di una partecipazione che non comporta controllo o potere di veto e che non conferisca un'influenza determinante sulle decisioni della persona giuridica controllata"<sup>36</sup>.

Dall'analisi di queste ultime, quindi, si evidenzia come la nuova direttiva Appalti legittimi un affidamento diretto a società a partecipazione privata, nei soli casi in cui il socio privato non eserciti potere di controllo, di veto o di influenza

---

<sup>36</sup> Gli stessi considerando hanno inoltre specificato come "*l'unico elemento determinante è la partecipazione privata al capitale della persona giuridica controllata. Perciò, in caso di partecipazione di capitali privati nell'amministrazione aggiudicatrice controllante o nelle amministrazioni aggiudicatrici controllanti, ciò non preclude l'aggiudicazione di appalti pubblici alla persona giuridica controllata, senza applicare le procedure previste dalla presente direttiva in quanto tali partecipazioni non incidono negativamente sulla concorrenza tra operatori economici privati*".

dominante sulla controllata, la cui partecipazione venga prevista dalla legge e risulti conforme ai Trattati<sup>37</sup>.

Nonostante questo chiarimento da parte della disposizione di cui sopra, si auspica un intervento della Corte di Giustizia sul punto, capace di valutare la legittimità della stessa in riferimento ai Trattati e limitare, e successivamente, punire i possibili abusi riconducibili alla partecipazione di capitali privati all'interno di società *in house*.

Infatti, pur in assenza di potere di controllo e veto, non essendo stato definito un limite percentuale a questa partecipazione, un'interpretazione estensiva della norma, potrebbe permettere a società a partecipazione pubblica affidatarie in via diretta di servizi, di competere sul mercato con soggetti che non ricevono tali agevolazioni, agendo, quindi, in palese contrasto con i principi in materia di concorrenza<sup>38</sup>.

Quest'ultimo, inoltre, potrebbe essere aggravato dal combinato disposto di questa disposizione e con quella che disciplina la definizione di destinazione prevalente, secondo la quale, la società può svolgere fino al 20% della propria attività nei confronti di terzi soggetti.

Nonostante, per quello che qui interessa, l'attenzione si sia incentrata in modo particolare sulle novità introdotte dalle Direttive in materia di *in house*, si evidenzia, da un'analisi, seppur generica dei tre interventi legislativi, la volontà del legislatore europeo di voler introdurre un quadro giuridico idoneo, equilibrato e flessibile<sup>39</sup> in materia, tale da ovviare alle pregresse situazioni di

---

<sup>37</sup> In questo modo S. FOÀ, D. GRECO, *L'in house providing nelle direttive appalti 2014: norme incondizionate e limiti dell'interpretazione conforme*, 10. Gli Autori, inoltre, hanno ricordato come la lettura dei considerando di cui sopra chiarisca come la parola "prescritte" debba essere intesa come "imposte", con la conseguenza che, le Direttive non abbiano voluto permettere l'affidamento diretto a società miste ma, viste le disposizioni di alcuni Stati membri, che impongono affidamenti a società a partecipazione privata nei limiti delle disposizioni dei Trattati, abbiano concesso in via eccezionale tale strumento nei casi in cui la presenza del privato non influenzi, in maniera determinate, l'andamento della società.

<sup>38</sup> Secondo parte della dottrina la previsione, secondo la quale la Commissione ha espressamente evidenziato la conformità della partecipazione dei privati in società a partecipazione pubblica ai Trattati, evidenzia l'eventualità o, addirittura, l'eccezionalità di tale ipotesi, mostrando, al tempo stesso, una chiara consapevolezza nella forzatura della previsione in esame rispetto ai Trattati ed alla giurisprudenza della Corte di Giustizia. Cfr. S. FOÀ, D. GRECO, *L'in house providing nelle direttive appalti 2014: norme incondizionate e limiti dell'interpretazione conforme*, 17.

<sup>39</sup> Così viene definito nel Considerando n.1 della Direttiva 2014/23/ UE.

incertezza giuridica, determinate dalla mancanza di una normativa europea dettagliata in materia<sup>40</sup>.

Al fine di risolvere i dubbi sollevati da tale statuizione il Consiglio di Stato è intervenuto sul punto evidenziato come la norma europea "non ha inteso autorizzare in generale la partecipazione dei privati ma ha rinviato alle specifiche disposizioni di legge che le "prevedono". Tale forma di rinvio deve però essere fatto a disposizioni di legge che "prescrivono" e dunque impongono la partecipazione e non anche a quelle che genericamente "prevedono la partecipazione"<sup>41</sup>.

Lo stesso Consesso amministrativo si è recentemente pronunciato sul punto evidenziando come la partecipazione di privati al capitale della persona giuridica controllata è ammessa solo se prescritta espressamente da una disposizione legislativa nazionale, in conformità dei Trattati e a condizioni che si tratti di una partecipazione che non comporti controllo o potere di veto e che non conferisca un'influenza determinante sulle decisioni della persona giuridica controllata.

Per questi motivi i giudici amministrativi hanno infine stabilito che *"fino a quando una specifica disposizione di legge nazionale, diversa dagli articoli 5 d.lgs. 50/2016 e 16 d.lgs. 175/2016, infatti, non prescriverà che i privati partecipino ad una società in house – indicando anche la misura della partecipazione, la modalità di ingresso del socio privato, il ruolo all'interno della società e i rapporti con il socio pubblico – l'apertura dell'in house ai privati deve essere esclusa"*<sup>42</sup>.

## 5. Conclusioni.

L'emanazione del Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica ed il successivo correttivo possono essere annoverati tra i provvedimenti più attesi dell'intera riforma della pubblica amministrazione. Come è noto, infatti, il settore in esame necessitava di un intervento chiaro e puntuale, volto a

---

<sup>40</sup> Al tempo stesso, si ricorda, come il legislatore europeo abbia voluto escludere dall'ambito di applicazione delle Direttive alcuni settori quali i servizi sociali, sanitari e quelli inerenti l'ambito dell'istruzione, in quanto questi ultimi non solo non godono di una importante dimensione transfrontaliera, ma soprattutto perché vengono forniti in modo diverso da ogni singolo Stato membro, a seconda dell'organizzazione e delle differenti tradizioni culturali degli stessi. Cfr. sul punto F. SCIAUDONE, *Le nuove Direttive appalti e concessioni: Recepimento, elementi critici e opportunità anche alla luce delle recenti novità normative*, cit., 26.

<sup>41</sup> Cfr. Consiglio di Stato, 21 aprile 2016 n. 968, in [www.giustiziaamministrativa.it](http://www.giustiziaamministrativa.it).

<sup>42</sup> Cfr. Consiglio di Stato, 7 maggio 2019 n. 488, in [www.giustiziaamministrativa.it](http://www.giustiziaamministrativa.it).



risolvere alcuni importanti dubbi riguardanti tale disciplina, visto il susseguirsi intensivo e compulsivo di norme che hanno regolato, in maniera frammentaria, la materia. Nello specifico si è assistito, nel corso degli anni, ad una “pubblicizzazione strisciante” del modello privatistico al fine di contrastare la c.d. “fuga dall’impresa pubblica” da intendersi quale ricorso al modello societario al fine di eludere i vincoli pubblicistici in materie caratterizzate da una forte incidenza sulla qualità dei servizi erogati e sul contenimento della spesa. Per questo motivo si è assistito, nel corso degli anni ad una non chiara distinzione tra aspetti pubblicistici e privatistici che ha portato ad una sproporzionata moltiplicazione di modelli societari e scopi perseguiti. Per la parte che qui interessa, il chiaro e sostanziale allineamento delle società pubbliche alle disposizioni inerenti la crisi dell’impresa potrebbe essere in parte condiviso al fine di assicurare il rispetto dei fondamentali principi di uguaglianza e affidamento dei soggetti chiamati a relazionarsi con le stesse. Inoltre, come più volte ribadito dalla Corte di Giustizia, tenendo conto di quanto stabilito in ambito europeo, il rispetto delle regole concorrenziali, anche in riferimento al settore dei servizi pubblici, impone parità di trattamento rispetto a tutti coloro che operano nell’ambito dello stesso mercato utilizzando stessi mezzi e modalità.

Per la parte che qui rileva si evidenzia come i recenti interventi del Consiglio di Stato debbano essere considerati di straordinaria rilevanza in quanto idonei a chiarire in maniera puntuale i dubbi sollevatisi in dottrina e giurisprudenza in merito alla partecipazione, all’interno della compagine societaria di una società *in house providing*, di capitali privati.

Come è noto, infatti, prima dell’approvazione del Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica, l’incidenza delle nuove Direttive nell’ordinamento nazionale è stata oggetto di attenzione da parte del Consiglio di Stato, che, in tre decisioni ha esaminato la ricaduta delle nuove disposizioni, in riferimento agli affidamenti precedenti il recepimento delle nuove disposizioni da parte del legislatore italiano<sup>43</sup>.

---

<sup>43</sup> Come è noto, il recepimento dovrà avvenire entro il 18 aprile 2016. Sul punto si ricorda una decisione della Corte di Giustizia, 15 aprile 2008, C- 268/08, *Impact*, con la quale i giudici hanno evidenziato il dovere di astensione nei confronti del giudice nazionale in riferimento ad un’interpretazione del diritto nazionale che contraddica i propositi del legislatore europeo presenti nelle Direttive.

I giudici di Palazzo Spada hanno affrontato per la prima volta la questione nel parere n. 298/2015<sup>44</sup> con il quale, hanno ritenuto legittimo un affidamento diretto nei confronti di una società a, seppur minima, partecipazione privata, esprimendo un giudizio favorevole in merito alla diretta applicabilità della direttiva Appalti, in attesa della scadenza del termine di recepimento fissato dall'Unione Europea<sup>45</sup>.

Nonostante i primi dubbi<sup>46</sup> sulla legittimità dell'affidamento *in house* nei confronti del CINECA, società il cui capitale è composto anche da privati, i giudici, alla luce della nuove Direttive in materia, qualificando l'affidamento in esame come appalto di servizi, hanno affermato come, nonostante la nuova disciplina non possa già essere ritenuta applicabile, "non può in ogni caso non tenersi conto di quanto disposto dal legislatore europeo, secondo una dettagliata disciplina in materia, introdotta per la prima volta con diritto scritto e destinata a regolare a brevissimo la concorrenza nei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture nell'UE".

---

<sup>44</sup> Consiglio di Stato, Parere, 30 gennaio 2015, n. 298 con nota di G. CARULLO, *Luci ed ombre sulla legittimità dell'affidamento in house al CINECA*, in *giust. amm*, 2015, 2; V.BRIGANTE, *La crisi della soggettività nel diritto amministrativo: l'in house providing alla luce del parere del Consiglio di Stato n. 298/15*, cit., 14; con nota di G. VELTRI, in *Urbanistica e appalti*, 6, 2015, 667.

<sup>45</sup> Nel caso di specie, i giudici di Palazzo Spada, in seguito alla richiesta del Ministero dell'Istruzione e delle Ricerca, si sono interessati della questione relativa all'affidamento diretto di appalti e servizi informatici assegnato, da parte di enti pubblici consorziati (MIUR, Università, Enti di ricerca), nei confronti del consorzio CINECA. Secondo lo Statuto di quest'ultimo, si tratta di un consorzio non avente scopo di lucro, sottoposto al controllo del MIUR ed operante nell'esclusivo interesse degli enti consorziati, in esecuzione o comunque in conformità con le decisioni di affidamento o di incarico provenienti dagli enti a cui è tenuto sottostare.

Lo stesso CINECA, risulta, inoltre, strumento organizzativo specializzato, appositamente costituito ed operante per lo svolgimento delle attività con carattere di impresa aventi ad oggetto la produzione di servizi ad alta potenzialità ed efficienza, nonché il trasferimento applicativo di tecnologie per lo sviluppo e l'eccellenza del sistema nazionale dell'istruzione superiore e della ricerca.

<sup>46</sup> Lo stesso Consiglio di Stato, infatti, con parere interlocutorio del 13 febbraio 2013, n. 1168, ha evidenziato come, in attesa di ulteriori analisi in riferimento alla natura dei servizi affidati in via diretta, e in considerazione della considerevole giurisprudenza in materia, "una società partecipata da un ente pubblico, per poter essere investita direttamente della gestione di un compito, non debba presentare la presenza di privati al capitale sociale o anche la mera previsione statutaria di una futura ed eventuale privatizzazione, né la presenza di previsioni statutarie che permetterebbero alla società di acquisire una vocazione commerciale tale da rendere precario il controllo da parte dell'ente pubblico".

Nonostante le perplessità<sup>47</sup> suscitate da questa decisione, gli stessi hanno giustificato il proprio orientamento, sottolineando come i requisiti stabiliti dalla Direttiva Appalti, in modo particolare quelle dell'articolo 12, fossero talmente precisi e dettagliati da non lasciar margine di discrezionalità al legislatore, stabilendo che "il modello accolto è quello codificato, della cooperazione pubblico- pubblico istituzionalizzata di tipo verticale secondo l'articolo 12 della Direttiva 24/2014"<sup>48</sup>.

Il Consiglio di Stato, in questo caso, quindi, ha inteso anticipare gli effetti della direttiva, interpretando la frase "prescritte dalle disposizioni legislative nazionali", quale generico richiamo alla possibilità che le forme di partecipazione disciplinate dalla normativa europea debbano essere

---

<sup>47</sup> Secondo la giurisprudenza consolidata, infatti, l'efficacia diretta delle direttive è ritenuta legittima al solo scadere del termine di recepimento delle Direttive, ammettendo la possibile applicazione diretta delle stesse a prescindere dal recepimento nei casi in cui la natura abbia natura incondizionata e non vi sia la possibilità di prevedere per lo Stato membro, decisioni discrezionali al riguardo. Cfr. Corte di Giustizia, 14 luglio 1994, C- 91/92, *Faccini-Dori*, in *Foro it.*, 1995, IV, 38.

<sup>48</sup> Secondo i giudici di Palazzo Spada "L'art. 12 nel definire in rubrica la materia come quella afferente gli appalti pubblici tra enti nell'ambito del settore pubblico, ha profondamente innovato la disciplina definendo in modo parzialmente diverso le condizioni di esclusione dalla direttiva medesima. L'articolo 12 infatti, nel confermare che, nel caso di in house providing escluso dalla direttiva, l'amministrazione aggiudicatrice esercita sulla persona giuridica di cui trattasi un controllo analogo a quello da essa esercitato sui propri servizi, ha aggiunto una precisa definizione in ordine all'ulteriore requisito della cosiddetta "parte più importante dell'attività svolta", secondo cui "oltre l'80% delle attività della persona giuridica controllata sono effettuate nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'amministrazione aggiudicatrice controllante o da altre persone giuridiche controllate dall'amministrazione aggiudicatrice. Ed alla successiva lett. C) ha aggiunto la condizione ulteriore e parzialmente innovativa (rispetto alla giurisprudenza comunitaria e nazionale), secondo cui "nella persona giuridica controllata non vi è alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto, prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei Trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata". Ha poi aggiunto nell'ultima parte del primo paragrafo cit., a maggiore definizione della nozione comunitaria di controllo analogo, che "si ritiene che un'amministrazione aggiudicatrice eserciti su una persona giuridica un controllo analogo a quello esercitato da una persona giuridica diversa, a sua volta controllata allo stesso modo dall'amministrazione aggiudicatrice". Quindi l'art. 12, paragrafo 1 cit., richiede che, ai fini dell'esclusione dei contratti tra soggetti pubblici dall'applicazione della direttiva, l'amministrazione aggiudicatrice debba svolgere sull'altro ente pubblico "un controllo analogo a quello che esercita sui propri dipartimenti/servizi"; inoltre che più dell'80% delle prestazioni dell'altro ente pubblico siano effettuate a favore dell'amministrazione aggiudicatrice o di un altro ente pubblico controllato dalla prima; infine che tra l'altro ente pubblico che riceve l'affidamento dell'amministrazione aggiudicatrice non sia controllato da capitale privato, a meno che non si tratti di partecipazione di controllo o di blocco secondo le disposizioni nazionali; e che in ogni caso tale partecipazione non determini l'influenza dominante (la percentuale dell'80% richiama la stessa quota dettata, per i settori speciali, dagli artt. 218 del D.lgs. 163/06 e 23 Dir. 17/2004".

obbligatoriamente previste dal legislatore nazionale in sede di recepimento, non tenendo conto di quanto evidenziato dal considerando 32 della Direttiva, dal quale si evidenzia come l'affidamento *in house* a società con partecipazione privata, sia obbligatorio per gli Stati membri solo se sia previsto da una espressa disposizione nazionale<sup>49</sup>.

Nel caso di specie, quindi, è stata rilevata come la posizione del CINECA, nei confronti del Ministero e delle altre amministrazioni consorziate, rientrasse perfettamente nella fattispecie per la quale la disciplina europea prevede l'affidamento diretto, ritenendo sussistenti i requisiti del controllo analogo e della destinazione prevalente.

In riferimento al primo criterio, i giudici ne hanno rilevato la fondatezza in considerazione della partecipazione del Ministero negli organi direttivi, del potere di apportare modifiche allo statuto del CINECA ed, infine, del diritto di veto, esercitabile dallo stesso ministero sulle deliberazioni più importanti del Consiglio consortile.

Nel verificare la fondatezza del requisito della destinazione prevalente, i giudici si sono soffermati sulla possibilità di partecipazione dell'ente ministeriale in società di capitali, o di affidamento, da parte dello stesso a terzi, di alcune attività di competenza del consorzio, ritenendo lodevole l'intervento di attuare sinergie quanto mai opportune nelle attività del CINECA.

Sul punto, inoltre, si è riconosciuto come queste ipotesi non fossero idonee ad alterare il carattere pubblicistico delle attività consortili, realizzate "anche con carattere di impresa" ma senza fini di lucro e quindi non ostative all'affidamento *in house*.

Gli stessi giudici, in sede giurisdizionale hanno valutato in maniera diametralmente opposta la questione, nella sentenza n. 2660/2015 con la quale si è analizzata la legittimità dell'affidamento diretto di un appalto di servizi da parte dell'Università degli Studi di Reggio Calabria, nei confronti del CINECA, all'interno della cui compagine organizzativa partecipa la stessa Università<sup>50</sup>.

---

<sup>49</sup> S. FOÀ, D. GRECO, *L'in house providing nelle direttive appalti 2014: norme incondizionate e limiti dell'interpretazione conforme*, Torino, 15. In merito al carattere *self-executing* delle Direttive europee, si veda, in generale D.U. GALETTA, *Le fonti del diritto amministrativo europeo*, in M.P. CHITI (a cura di), *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2013, 93, 121.

<sup>50</sup> Consiglio di Stato, 26 maggio 2015, n. 2660 con nota di L. ANIBALLI, *Ancora sulla partecipazione privata all'in house*, in *Giorn. dir. amm.*, 6, 2015, 787.

Nel caso di specie, i giudici di Palazzo Spada si sono pronunciati sull'appello proposto dal CINECA avverso la sentenza del T.A.R. Calabria, n. 1186/2014, che aveva annullato la delibera del

I giudici di Palazzo Spada, in questa occasione hanno fermamente negato, nel caso di specie, la sussistenza dei requisiti *Teckal*, escludendo, inoltre, la rilevanza delle nuove direttiva per la risoluzione della fattispecie oggetto di esame.

In merito a questo ultimo punto, il collegio ha evidenziato come "la fattispecie in esame si colloca al di fuori dell'ambito di questa limitata rilevanza giuridica "negativa" che eccezionalmente può essere riconosciuta alla direttiva prima della scadenza del termine di recepimento: le regole dell'*in house*, di cui si applicazione nel presente giudizio, che potenzialmente potrebbero contrastare con le previsioni della nuova direttiva, sono, infatti, regole già esistenti nell'ordinamento nazionale (non introdotte ex novo dal legislatore nazionale in violazione del dovere di *standstill*) e, sono, inoltre, regole che trovano la loro fonte proprio nell'ordinamento dell'Unione Europea, avendo origine dalla sopra richiamata giurisprudenza della Corte di Giustizia che nel corso degli anni ha fissato rigorosi limiti alla operatività dell'*in house*. Non si può, quindi, ritenere che la mera pubblicazione della direttiva determini, prima che sia scaduto il termine per il suo recepimento, il superamento automatico ed immediato di una disciplina preesistente di derivazione comunitaria".

Nel negare la diretta applicabilità della Direttiva appalti, i giudici di Palazzo Spada hanno ritenuto illegittimo l'affidamento diretto ad una società a, seppur minima, partecipazione privata, sottolineando, come dalla lettura del considerando 32 della direttiva, la partecipazione di capitali privati in società pubbliche, non solo deve essere prevista da una legge nazionale, ma deve risultare addirittura imposta ai fini della legittimità dell'affidamento.

Nel motivare la mancata sussistenza del controllo analogo i giudici hanno analizzato la struttura del consorzio, partecipato non solo da diversi soggetti pubblici, ma anche da alcune realtà private.

Per questo motivo, quindi, non si è considerato rispettato il criterio della partecipazione totalitaria pubblica, necessario a ritenere sussistente il controllo da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, nel caso di specie, l'Università degli Studi di Reggio Calabria.

---

Consiglio di Amministrazione dell'Università degli studi di Reggio Calabria con la quale si è disposto l'affidamento diretto senza gara al consorzio appellante. Si tratta della delibera del 14 aprile 2014, impugnata dalla società Be Smart s.r.l. dinnanzi al Tribunale calabrese, che accogliendo il ricorso, ha annullato la suddetta delibera in considerazione della adeguata motivazione dei requisiti prodromici all'affidamento diretto.

Nel sindacare la partecipazione privata all'interno del consorzio, gli stessi giudici hanno inoltre negato agli stessi soggetti privati la configurazione di enti pubblici, per la sola ragione di svolgere attività di interesse pubblico.

Pur ammettendo come in passato questa qualifica fosse stata accordata ad alcune Università private, in riferimento ad indici rilevatori che hanno valorizzato l'equiparazione in termini di azioni con altri istituti pubblici, si è ricordato come tale ipotesi dovesse essere esclusa in considerazione della "nozione funzionale e cangiate di ente pubblico".

Il ragionamento seguito dal Collegio, muove dalla considerazione secondo la quale, nonostante alcuni enti privati possano acquisire lo status di ente pubblico per le funzioni che ricoprono in determinati casi, agli stessi non può essere estesa integralmente la disciplina dettata per le amministrazioni pubbliche.

Per questo motivo, quindi, i giudici di Palazzo Spada non hanno ritenuto sussistente il legame *in house* con un consorzio partecipato anche da privati, considerando l'affidamento diretto un'eccezione alla normativa in materia degli appalti. Per questo motivo, qualsiasi restrizione della concorrenza deve essere controbilanciata da importanti tutele e dal rispetto delle condizioni fissate in materia, nonché giustificata in casi eccezionali.

Per motivare, infine la mancata sussistenza del requisito dell'attività prevalente, gli stessi giudici hanno evidenziato come lo svolgimento dell'attività imprenditoriale verso l'esterno, attribuisce al CINECA una vocazione commerciale che impedisce di considerarlo quale soggetto *in house*, anche in considerazione di alcune disposizioni statutarie in cui è prevista la possibilità di "acquisire partecipazioni in società di capitali o altri consorzi".

Come ricordato, quindi, il Consiglio di Stato, intervenendo in una materia già segnata da molti dubbi, ha sconfessato l'orientamento evidenziato in sede consultiva nel parere 298/15, proprio in riferimento all'efficacia anticipata della Direttiva Appalti, riconoscendo il solo dovere di *standstill*, che vincola il legislatore nell'astenersi dall'adottare qualsiasi misura idonea a compromettere il risultato previsto dalla normativa europea.

Le stesse disposizioni sovra nazionali non impongono il raggiungimento di un risultato entro una data certa, ma evidenziano al tempo stesso, la volontà di un allargamento delle ipotesi eccezionali per le quali è prevista una deroga alle disposizioni in materia di appalti, ritenute strumento di salvaguardia della concorrenza e del libero mercato, veri e propri obiettivi del legislatore europeo.



Per questo motivo, quindi, poiché la Direttiva sembra essere indirizzata nella direzione di un'ulteriore deroga al principio della gara ai fini dell'affidamento di un servizio, la decisione dei giudici di non prevedere l'applicazione immediata dei nuovi requisiti dell'*in house*, non limita o lede la *voluntas* delle istituzioni europee<sup>51</sup>.

In conclusione, quindi, l'intervento del Consiglio di Stato sul punto può essere considerato di straordinaria rilevanza in quanto necessario a chiarire in maniera puntuale e definitiva la possibile partecipazione, all'interno della compagine societaria di una società *in house providing*, di capitali privati.

---

<sup>51</sup> Cfr. L. ANIBALLI, *Ancora sulla partecipazione privata all'in house*, cit., 794.