

Corso formativo “Il nuovo Codice degli Appalti dopo un anno di applicazione”

- Roma, 17 novembre 2007 -

**GLI AFFIDAMENTI IN HOUSE E L'ANTITRUST**

**Relazione dell'Avv. Donato D'Angelo**

**Sommario:**

**Premessa - Gli affidamenti in house nella legislazione comunitaria e nazionale e nel Codice degli Appalti -**

1. L'origine dell'espressione “*affidamento in house*”.
2. Origine giurisprudenziale dell'istituto (la cd. “eccezione Teckal”).
3. L'art. 113 del Dlgs n. 267/2000: nozione di servizi pubblici locali a rilevanza commerciale e privi di rilevanza commerciale e l'affidamento in house.
4. L'evoluzione giurisprudenziale in ambito comunitario e nazionale: concetti di *controllo analogo, esclusione della vocazione commerciale, controllo strutturale, prevalenza / esclusività dell'attività*.
5. Le conseguenze applicative dell'articolo 13 del Decreto Bersani (D.L. 223/2006 come convertito dalla legge 248/2006).
6. Il modello organizzativo societario valido per un affidamento in house
7. L'affidamento diretto nelle società miste: la giurisprudenza nazionale e il rapporto con l'art. 113 (CGARS 27 ottobre 2006 n. 589, CdS Adunanza Sez II^ del 18.04.2007)
8. Consiglio di Stato 23.10.2007 n. 5587. La rimessione all'Adunanza Plenaria per una linea ermeneutica e unitaria per l'individuazione di condizioni per affidamento di s.p.l. e appalti pubblici con l'in house e a soc. miste.
9. Il DDL Lanzillotta
10. La posizione dell'Antitrust

**Premessa - Gli affidamenti in house nella legislazione comunitaria e nazionale e nel Codice degli Appalti**

Al fine di fornire un contributo per una corretta esposizione dell'argomento, appare utile verificare se l'istituto dell'in house o dell'affidamento in delegazione interorganica sia previsto dall'ordinamento italiano, oltre che per i servizi pubblici locali anche per lavori e forniture secondo le definizioni e le previsioni del Codice degli Appalti all'art. 3.

In via preliminare, è tuttavia necessario ripercorrere gli interventi della legislazione comunitaria in materia di appalti pubblici sino alla Direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi e alla c.d. Direttiva settori speciali (Direttiva

2004/17/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali, entrambe oggi trasfuse nel testo del Dlgs. 163/2006, meglio noto come Codice degli Appalti.

Va premesso che con il Codice degli Appalti i due istituti dell'appalto e della concessioni sono ricondotti ad unicum con la sola differenziazione in materia di corrispettivo che, nel caso della concessione (sia essa di servizi o di lavori pubblici) il corrispettivo è dato nel diritto di gestire il servizio o l'opera o in tale diritto accompagnato da un prezzo in conformità di quanto previsto dallo stesso Codice.

Peraltro e in assoluta sintesi, appare utile ricordare che per **“appalto in house”**, nozione comparsa per la prima volta nel 1998, si intendono gli appalti aggiudicati all'interno della pubblica amministrazione (tra amministrazione centrale e locale) o, ancora, tra una amministrazione ed una società da questa interamente controllata e che per **“concessioni in house”** (nel cui ambito sono ricondotte le concessioni di servizio) si intende quel rapporto di delegazione interorganica che sussiste tra concedente e concessionario, e che mentre l'appalto in house è consentito solo eccezionalmente dovendo trovare una sua precisa deroga nelle direttive ora richiamate, la concessione in house è consentita tutte le volte che sia ravvisabile la presenza del rapporto di delegazione interorganica di cui sopra.

#### **a) Il Trattato**

Il Trattato istitutivo della Comunità Economica Europea, firmato a Roma il 25 marzo 1957, non contiene una disciplina degli appalti pubblici; tuttavia, dovendosi ritenere tale materia assimilabile alle attività negoziali svolte nella Comunità, anche per essa vige il rispetto dei principi e degli obblighi di portata generale contenuti nel medesimo Trattato.

Ci si riferisce in particolare ai principi di:

- non discriminazione fondata sulla nazionalità,
- di libertà di stabilimento,
- di libera prestazione dei servizi,
- di libera circolazione delle merci.

#### **b) Le Direttive di prima e seconda generazione e le direttive 2004/17/CEE e 2004/18/CEE.**

Il limite dato dai principi del Trattato in termini di loro vincolatività, ha determinato l'emanazione di direttive con cui dettare regole comuni per la partecipazione agli appalti pubblici. Conseguentemente, il legislatore comunitario ha dapprima adottato negli anni '70 le direttive di cd. prima generazione per poi approdare alle c.d. “Direttive appalti di seconda generazione”, tra cui:

- la direttiva 88/295/CEE e la Direttiva 93/36/CEE per il settore delle forniture;
- la direttiva 92/50/CEE del 18 giugno del 1992 per il settore dei servizi;
- la direttiva 89/440/CE e la direttiva 93/37/CEE per il settore dei lavori;
- la direttiva 90/531/CE e la direttiva 93/38/CEE per i c.d. settori esclusi.

Le predette direttive hanno delineato un sistema normativo completo degli appalti pubblici in tutte le loro forme ed in tutti i settori.

A partire dal 1996, la Commissione ha avviato un esame dei risultati sullo stato di recepimento delle direttive sugli appalti nei diversi Stati membri.

Nel Libro verde sugli appalti pubblici del 1996, la Commissione ha evidenziato la parziale e incompleta attuazione delle direttive oltre al mancato positivo impatto economico sul mercato che ci si attendeva e l'11 marzo 1998 con la Comunicazione Gli appalti pubblici nell'Unione Europea, la Commissione si è impegnata a presentare due proposte di modifica delle direttive sugli appalti: relativamente alle tre distinte direttive vigenti nei settori tradizionali e relativamente alle Direttive sui settori speciali.

Dai predetti impegni assunti dalla Commissione sono nate le citate nuove direttive:

- la c.d. **Direttiva settori classici (Direttiva 2004/18/CE** del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi);
- la c.d. **Direttiva settori speciali (Direttiva 2004/17/CE** del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali).

Le direttive comunitarie si pongono l'obiettivo di assicurare i principi del Trattato istitutivo in tema di libera circolazione delle merci, dei servizi, delle persone e dei capitali e, conseguentemente, l'obiettivo di garantire l'instaurazione di un mercato comune nel quale la concorrenza non sia falsata e gli interessi degli operatori economici siano effettivamente protetti.

Quanto alla direttiva servizi (la 92/50/CEE) la deroga per l'ammissibilità dell'appalto in house è prevista dall'art. 6 qualora l'affidamento avvenga in favore di un soggetto autonomo e distinto che sia esso stesso amministrazione aggiudicatrice.

Quanto alla direttiva forniture (la 93/36/CEE), detta deroga manca e conseguentemente non è ravvisabile un appalto in house per forniture e ciò neppure nell'appalto misto dove il valore della fornitura sia superiore al valore del servizio.

Quanto alla direttiva cd. settori esclusi (la 93/38/CEE) la deroga è prevista dall'art. 13 che prevede l'inapplicabilità delle disposizioni per gli appalti di servizi assegnati ad una impresa comune sempre che almeno l'80% della cifra di affari derivi da prestazioni a favore dell'ente o degli enti che la controllano.

Con la direttiva settori classici (la 2004/18/CE), la deroga per l'ammissibilità dell'appalto in house, a prescindere dalla procedura ad evidenza pubblica, è prevista e confermata per gli appalti di servizi dall'art. 18.

Con la direttiva settori speciali (la 2004/17/CEE) la deroga è prevista dall'art. 23 (ripreso nel Codice dall'art. 218) e dall'art. 21 in materia di appalti all'interno di joint venture, quando è composta solo da enti o di cui fa parte un ente sia quando è l'ente ad aggiudicare alla j.v. sia quando sia la j.v..

Quanto agli appalti di lavori pubblici la normativa di riferimento prevede l'appalto in house per i lavori che vengano fatti eseguire dal concessionario a imprese controllate e collegate.

**c) Il Codice degli Appalti (Dlgs. 163/2006)**

Nonostante il diritto comunitario (settori ordinari, art. 18, direttiva 2004/18/Ce) non precluda l'affidamento a società in house con i requisiti previsti di servizi pubblici locali, pubbliche forniture e pubblici lavori, il legislatore nazionale del D.Lgs. 163/2006 (ivi compresa la prima modifica e lo schema della seconda) non recepisce tale aspetto importante.

Il legislatore italiano non ha assorbito, aiutato anche dall'orientamento dei giudici amministrativi, nel citato D.Lgs. 163/2006 la possibilità di estendere alle società in house oltre che i servizi pubblici locali, anche i lavori pubblici e le pubbliche forniture ed i pubblici servizi (nelle definizioni dell'art. 3, D.Lgs. 163/2006).

Ciò perché è venuta meno nel testo del Codice De Lise la disposizione contenuta nell'art. 15 che, originariamente prevista nella versione licenziata dalla commissione di studio, è stata dapprima soppressa dal Governo (prima dei pareri), quindi ripristinata con la formulazione voluta dal Senato e dalla Camera, infine, nuovamente espunta in sede di approvazione definitiva del testo da parte del Consiglio dei Ministri.

La norma in sostanza non è stata poi inserita nel testo finale del d.lgs. n. 163 del 2006, a conferma della volontà del legislatore di non generalizzare il modello dell'in house a qualsiasi forma di affidamento di servizi, di lavori, o di forniture.

Il testo della norma, prima della definitiva cancellazione, era il seguente:

*Art. 15 (Affidamenti interni) "Il presente decreto non si applica all'affidamento di servizi, lavori, forniture a società per azioni il cui capitale sia interamente posseduto da un'amministrazione aggiudicatrice, a condizione che quest'ultima eserciti sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'amministrazione aggiudicatrice."*

E' noto inoltre che il citato D.Lgs. 163/2006 è stato modificato dal D.Lgs. 6/2007 e che il Consiglio di Stato, Ad. gen., 6/6/2007, n. 1750 ha espresso il proprio parere sull'ultimo schema di decreto legislativo per le ulteriori modifiche a tale decreto da parte del Governo (ai sensi dell'art. 25, c. 3, L.62/2005).

Neanche in questo schema è però rinvenibile l'estensione dell' in house anche ai lavori pubblici, alle forniture pubbliche ed ai pubblici servizi (sempre nella definizione dell'art. 3, D.Lgs. 163/2006), come invece contemplato dall'art. 18 della citata direttiva 2004/18/Ce/settori ordinari) e quindi va da sé che lo stesso C.d.S. nell'ambito del citato parere non formula alcuna osservazione in merito ai lavori, servizi e forniture realizzati in house da pubbliche amministrazioni, consigliando di rinviare l'inserimento, sebbene sempre nell'ambito dello stesso Codice.

Il testo del d.lgs. 163/06, dunque, non contiene alcuna previsione in materia di affidamenti interni e ciò comporta che la relativa disciplina continui a essere rimessa alle ricostruzioni dottrinali, nonché, *in primis*, alla giurisprudenza comunitaria e interna.

Va tuttavia evidenziato che, ai sensi del D.Lgs. 163/2006, Parte II, Titolo II, art. 125 (Lavori, servizi e forniture in economia), gli enti locali aderenti ad una società in house possono

direttamente ad essa affidare forniture pubbliche e lavori pubblici, sotto soglia comunitaria, settori ordinari:

- per le forniture inferiori ai 20.000 euro (+ Iva) (v. il c. 11, 2° cpv.);
- per i servizi inferiori ai 20.000 euro (+ Iva) (ibidem);
- per i lavori inferiori ai 40.000 euro (+ Iva) (v. il c. 8, 2° cpv.).

Inoltre, pur nell'ottica di accorpare in un unico testo normativo le disposizioni rilevanti in tema di appalti pubblici, il legislatore comunitario ha mantenuto la distinzione fra settori ordinari e settori speciali (distinzione confluita anche nel decreto legislativo 163/2006).

E fra le disposizioni applicabili alla sola parte III del Codice, ossia settori speciali, è inserito **l'art. 218** che trova la sua origine dall'art. 13 della Direttiva 93/38, corrispondente all'art. 23 della Direttiva 2004/17.

Ebbene tale disposizione, del tutto inequivocabilmente consente a che più stazioni appaltanti affidino in via diretta a un soggetto da loro partecipato l'esecuzione di un contratto di appalto. E ciò avviene solo nei settori speciali. Peraltro, va evidenziato come pressoché tutti i contratti di appalto stipulati in diretta relazione alla gestione di servizi pubblici ricadono nell'ambito dei settori speciali.

Discorso a parte per la **concessione di servizi**.

Tutta la legislazione comunitaria in materia di appalti pubblici non ha, sotto il profilo del rispetto delle regole del mercato, normativizzato la materia delle concessioni di servizi, per le quali è stato semplicemente ribadito il principio del rispetto delle norme generali del Trattato europeo (concorrenza, trasparenza, non discriminazione, parità di trattamento...).

Il Codice degli Appalti rivolge la sua attenzione alla concessione di servizi, al solo fine di escluderla dall'ambito di applicazione del testo normativo (art. 30 dlgs. 163/2006), introducendo, tuttavia, una importante novità rispetto al passato e cioè preoccupandosi di darne una definizione recepita dal Codice al comma 2 dell'art.30.

In detto ambito, se trova conferma il fatto che nelle concessioni di servizi, di regola, il corrispettivo è rappresentato dal solo diritto di gestire il servizio, tuttavia, in via di eccezione, viene previsto anche il corrispettivo di un prezzo. Inoltre, il comma 3 dell'art. 30 fornisce indicazioni in materia di scelta del concessionario di servizi, laddove, ribadito il rispetto dei principi del Trattato e di quelli previsti in materia di contratti pubblici, tuttavia prevede come indicazioni minime il fatto che sia indetta almeno una gara informale alla quale invitare non meno di cinque concorrenti "*se sussistono in tale numero soggetti qualificati in relazione all'oggetto della concessione e con predeterminazione dei criteri selettivi*".

Nel caso in cui vi sia la circostanza che tra concessionario e concedente, esista una forma di delega interorganica che non esula dalla sfera amministrativa dell'amministrazione aggiudicatrice, le pur limitate regole sull'affidamento delle concessioni di servizi previste dall'articolo 30, comma 3, del Codice non trovano applicazione.

**Viene ad incidere così, anche sulle concessioni di servizi, la nozione del c.d. *in house providing***, per il quale la scelta dell'affidatario del servizio non deve essere assoggettata ad alcun principio di concorrenza.

Ciò a conferma del fatto che le concessioni di servizi sono escluse in buona sostanza dalla

normativa prevista nel Codice, essendo stata lasciata all'ente concedente un'ampia discrezionalità con la previsione della possibilità, contemplata al comma 5 dell'art.30, di fare salve le normative che prevedono l'affidamento in house (affidamento di servizi da un'amministrazione all'altra) a condizioni che dette normative siano in ogni caso compatibili con i principi del Trattato.

Per comprendere il perché di detta esclusione vale la pena ricordare che è ormai unanime il consolidato orientamento che vede nel rapporto tra appalti pubblici di servizi e nelle concessioni di servizi lo stesso oggetto e cioè la prestazione di servizi e che ciò che li differenzia è l'aspetto remunerativo del prestatore: per gli appalti di servizi vi provvede l'ente committente, per le concessioni di servizi i soggetti terzi, in tutto o in parte. Va, inoltre, precisato che, nella concessione di servizi, il concessionario è remunerato non dalla stazione appaltante attraverso il prezzo ma da terzi attraverso i proventi della gestione del servizio agli stessi prestatore.

L'esclusione della concessione di servizi dall'ambito di operatività del Codice De Lise la si coglie nel fatto che lo stesso Codice recependo gli artt. 3 e 17 nell'art. 30 conferma il tenore delle direttive 2004/17 e 2004/18 che, valorizzando l'accezione comunitaria di concessione che prescindono dall'oggetto e dal tipo di servizio, rendono suscettibili di affidamento in concessione tutti i servizi idonei ad essere gestiti economicamente con un accollo totale o parziale dei costi in capo all'utenza e con conseguente assunzione dei rischi della gestione in capo al concessionario.

**L'affidamento in concessione dei servizi**, quindi, ora non sottoposto ad alcuna regola specifica della direttiva 2004/18/CE, alla luce della comunicazione interpretativa della Commissione europea sulle concessioni del 12 aprile 2000 (G.U.C.E. 121/5 del 29 aprile 2000), della giurisprudenza comunitaria e dell'indirizzo seguito dalla giurisprudenza amministrativa interna, in linea di continuità con la giurisprudenza comunitaria, **è comunque soggetta alle norme e ai principi del Trattato CE che impongono la necessità di seguire procedure di evidenza pubblica.**

La non applicazione della direttiva comunitaria n. 18/04 comporta solo che il procedimento di evidenza pubblica comunitario/nazionale per il rilascio della concessione è caratterizzato da una maggiore flessibilità da parte della pubblica amministrazione e un minor rigore nell'acquisizione degli elementi di valutazione.

Alla luce di quanto sopra approfondito, si può quindi osservare che il vigente ordinamento italiano, rispetto alla materia dell'in house:

**1) consente l'in house** dei servizi pubblici locali di rilevanza economica ex art. 113, c. 5, lett. «c», D.Lgs. 267/2000 e delle manutenzioni se rientranti nella definizione di cui all'art. 112, D.Lgs. 267/2000 e come tali rientranti nel genus dei servizi pubblici locali ex art. 113, c. 5, lett. «c» stesso decreto: si tratta in questo caso dei lavori in house che vengono realizzati dal gestore della rete di servizi pubblici locali, purché sia qualificato e a patto che la gestione sia stata affidata con gara. Si veda in proposito la sent. C.d.S. sez. V<sup>^</sup> 13.01.2006 n. 7369 che prevede i casi di illuminazione pubblica, strade, e gestione del verde.

**2) non consente l'in house** di pubbliche forniture, di lavori pubblici e di pubblici servizi (nella definizione ex art. 3, D.Lgs. 163/2006);

**3) tollera l'in house** di servizi pubblici locali privi di rilevanza economica se affidati a società di capitali che sviluppino in primis, servizi di rilevanza economica ex art. 113, c. 5, lett. «c», D.Lgs.

267/2000;

**4) consente**, a prescindere dall'*in house*, gli affidamenti in economia da parte degli enti locali soci, per gli importi sopraccitati di cui all'art. 125 del D.Lgs. 163/2006, di pubbliche forniture; di lavori pubblici; di pubblici servizi. Ai sensi del comma 11 dell'art. 125 è consentito **l'affidamento diretto** per servizi e forniture di importo inferiore a 20.000 euro; mentre per quelle di importo compreso tra 20.000 euro e 137.000 o 211.000 euro, **l'affidamento, tramite cottimo fiduciario**, avviene nel rispetto dei principi di trasparenza, rotazione parità di trattamento, previa consultazione di almeno cinque operatori economici se ciò è possibile, individuati sulla base di indagini di mercato ovvero attingendo da appositi elenchi predisposti dalla stazione appaltante;

**5) prevede** il sistema degli affidamenti *in house* nella parte III del Codice dedicata ai settori speciali con l'art. 218.

Oltre alla previsione della figura dell'affidamento *in house* nel d.l. n. 269/2003, convertito dalla legge n. 326/2003, il quale ha modificato l'articolo 113 del T.u.e.l. e fa riferimento all'affidamento diretto, a livello locale, limitatamente in materia di servizi pubblici, va ovviamente ricordato l'articolo 13 del d.l. n. 223/2006, convertito dalla legge n. 248/2006, volto a disciplinare a livello regionale e locale l'affidamento diretto della produzione di beni e servizi strumentali e, nei casi consentiti dalla legge, di funzioni amministrative, sebbene le espressioni *in house* o affidamento interno non siano presenti.

Quanto al DdL AS 772 di delega al governo per il riordino dei servizi pubblici locali (c.d. DdL Lanzillotta), tenendo conto degli emendamenti al DdL in rubrica a tutto il 29/5/2007, si può osservare (per quanto qui di stretto interesse) che (v. art. 1, rubricato «Finalità e ambito di applicazione») detto DdL risulta (al momento) tout court concentrato sui (soli) «servizi pubblici locali di interesse generale di rilevanza economica in ambito locale»

### **1. L'origine dell'espressione "affidamento in house".**

L'espressione *in house* è utilizzata per la prima volta nel Libro bianco del 1998 con il quale la Commissione Europea, relativamente al settore degli appalti pubblici, ha specificato il concetto di **"appalti in house"** come "quelli aggiudicati all'interno della pubblica amministrazione, ad esempio tra amministrazione centrale o locale o, ancora, tra un'amministrazione e una società da questa interamente controllata". (Libro Bianco, Com.

**Nell'affidamento in house il rapporto giuridico** che si instaura tra amministrazione aggiudicatrice ed ente affidatario è di **delegazione interorganica e non di tipo contrattuale**. Ciò comporta l'esclusione dell'applicabilità della disciplina europea sugli appalti pubblici.

Il modello contrapposto a quello dell'*in house providing* è il cosiddetto *outsourcing* o *contracting out*, in cui la p.a. si rivolge al privato esternalizzando l'esercizio stesso dell'attività amministrativa o, più semplicemente, il reperimento delle risorse necessarie al suo svolgimento.

La disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici sul piano nazionale ha dovuto confrontarsi con situazioni diverse e a volte estranee al diritto europeo per cui, in forza di un graduale processo di armonizzazione e ravvicinamento delle legislazioni, non si è potuta esimere dal prendere atto di fenomeni di origine nazionale interna, prima preclusi al gioco della

concorrenza e della *par condicio*, ma rilevanti per la realizzazione effettiva del mercato unico.

Tipico il caso delle concessioni.

In materia, nel ribadire che anche per queste vale il principio della procedura ad evidenza pubblica, la Commissione con la Comunicazione interpretativa sulle concessioni, dinanzi al quesito se nell'ipotesi in cui tra concedente e concessionario sussistesse un rapporto di delega interorganica si dovessero applicare i principi comunitari di concorrenza, pubblicità, non discriminazione, oppure trovasse applicazione la deroga dell' "*in house providing*", che sottrae alla disciplina europea la materia affidandola alla competenza del legislatore nazionale, non ha dato alcuna risposta, limitandosi a prendere atto della sua problematicità e rimandando al contributo che la Corte di giustizia è stata chiamata a dare in materia di appalti *in house*.

Ne discende che, come i principi giurisprudenziali elaborati in materia di appalti si applicano anche alla concessione (punto 3.1 Comunicazione), così i principi espressi nello specifico caso di appalti *in house* devono essere esportati anche all'ipotesi di concessione *in house*.

La Comunicazione, nell'accennare alla questione *in house*, ha richiamato i casi in cui la Corte di giustizia si è dovuta pronunciare in merito alla legittimità dell'affidamento diretto di un servizio da parte dell'amministrazione aggiudicatrice nei confronti di un soggetto sostanzialmente pubblico. Conseguentemente nel richiamare la giurisprudenza comunitaria, ha evidenziato come questa abbia cercato di definire la natura giuridica del rapporto intercorrente fra l'amministrazione aggiudicatrice ed il soggetto aggiudicatario appartenente all'amministrazione.

Al fine di stabilire quali indici mostrassero la dipendenza tra tali soggetti, la giurisprudenza comunitaria, sin dalle **cause Arnhem e RLSAN**, è partita dapprima nello stabilire che la presenza di una società per azioni non è idonea a escludere a priori l'appartenenza di detta società all'amministrazione, poi è pervenuta a enucleare i concetti di dipendenza finanziaria e amministrativa, elemento, il primo, necessario ma non sufficiente per ritenere di essere in presenza di un servizio *in house* in mancanza di attribuzioni di compiti. Successivamente quindi ha posto l'attenzione sulla presenza di attribuzioni di compiti tra gli organi intesa come l'influenza esercitata dall'amministrazione locale sul soggetto aggiudicatario del servizio,

**I tre elementi della dipendenza finanziaria, organizzativa e gestionale** fra le amministrazioni aggiudicatrici e la società pubblica hanno portato così ad individuare la sussistenza di un nesso interorganico tale da far affermare in termini più generali la non obbligatorietà del ricorso alla gara per l'affidamento di un servizio, potendo l'amministrazione aggiudicatrice decidere di svolgerlo direttamente o tramite il ricorso ad un soggetto in rapporto di delega interorganica, escludendo l'applicazione della direttiva 92/50.

La scelta tra rivolgersi all'esterno o autoprodurre, attraverso una delegazione interorganica, viene così rimessa all'amministrazione la quale, nel determinarsi in un senso piuttosto che nell'altro, incontra i soli limiti di diritto interno, tra i quali, oltre alle norme generali e astratte, i principi che regolano le scelte discrezionali di ogni amministrazione pubblica quali, in modo particolare, quelli di efficienza, efficacia ed economicità.

## **Perché un ente possa essere classificato in house deve sussistere:**

- 1 un controllo, valutato dal punto di vista funzionale, tra l'amministrazione affidante e l'ente affidatario. Il possesso del 100% del capitale dell'ente affidatario da parte dell'amministrazione pubblica costituisce mera presunzione circa la sussistenza del controllo;
- 2 un collegamento amministrativo tale per cui l'affidamento possa paragonarsi ad una "attribuzione di compiti" tra organi.

La giurisprudenza comunitaria sull'in house providing rappresenta, pertanto, un tentativo di armonizzazione dei principi a tutela della concorrenza stabiliti nel Trattato, con il potere di auto-organizzazione, riconosciuto alle amministrazioni pubbliche degli Stati membri.

### **2. Origine giurisprudenziale dell'istituto (la cd. "eccezione Teckal").**

La naturale evoluzione dei concetti sopra espressi trova allocazione nella definizione giurisprudenziale della figura fornita dalla sentenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee del 18 novembre 1999, causa C-107/98 – **Teckal**, in cui viene affermato espressamente un principio che dalle due sentenze precedenti poteva solo desumersi: nel caso in cui l'amministrazione aggiudicatrice voglia stipulare il contratto di appalto a titolo oneroso con un soggetto anch'esso amministrazione aggiudicatrice, si applicherà la direttiva 93/36 (Direttiva forniture) solo se tale ente è "*un ente distinto da essa sul piano formale ed autonomo rispetto ad essa sul piano decisionale*".

**La Corte di Giustizia, nella sentenza Teckal** ha individuato in sostanza **i tratti qualificanti dell'in house providing** rinvenendoli nell'assenza di un rapporto contrattuale tra l'amministrazione aggiudicatrice e la persona giuridica destinataria dell'affidamento, in quanto l'ente conferente esercita sul prestatore del servizio un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, e tale persona (giuridica) realizza la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti che la controllano.

In quella sede – a estrema sintesi – si è affermato che non è necessario rispettare le regole della gara in materia di appalti nell'ipotesi in cui concorrano i seguenti elementi:

- a) l'amministrazione aggiudicatrice esercita sul soggetto aggiudicatario un "**controllo analogo**" a quello esercitato sui propri servizi;
- b) il soggetto aggiudicatario svolge la **maggior parte della propria attività** in favore dell'ente pubblico o degli enti pubblici di appartenenza.

In particolare, ad avviso dei giudici europei, per "controllo analogo" si intende un rapporto equivalente, ai fini degli effetti pratici, ad una relazione di subordinazione gerarchica, e cioè un controllo che determina, da parte dell'Amministrazione, un assoluto potere di direzione, coordinamento e supervisione dell'attività del soggetto partecipato, paragonabile ad una relazione di subordinazione gerarchica.

Come chiarito nella sentenza *Teckal* - che ha fornito un contributo decisivo nell'elaborazione dell'istituto - la mancanza di terzietà e di una relazione intersoggettiva tra la stazione appaltante e il soggetto appaltatore, elimina l'obbligo di indizione di una gara, sottraendo alle procedure di

aggiudicazione previste per gli appalti pubblici tutte le fattispecie nelle quali ricorrano contemporaneamente i due requisiti.

Quando il legame tra amministrazione aggiudicatrice e il soggetto affidatario si configura quale rapporto di **delega interorganica**, l'amministrazione aggiudicatrice può, alla luce di una nozione funzionale di rapporto interorganico, ricorrere all'affidamento diretto, in deroga alle disposizioni comunitarie.

Il modello dell'in house providing presuppone quindi un'assoluta mancanza nell'affidatario (assoggettato al controllo) di autonomia imprenditoriale e di potere decisionale distinto da quello dell'amministrazione. In ragione del "controllo analogo" e della "destinazione prevalente dell'attività", l'ente *in house* non può ritenersi "terzo" rispetto all'amministrazione controllante ma deve considerarsi come uno dei servizi propri dell'amministrazione stessa.

La figura dell'in house providing si configura come un modello eccezionale, i cui requisiti vanno interpretati restrittivamente poiché costituiscono una deroga alle regole generali del diritto comunitario. Di qui l'espressione "**eccezione Teckal**"

L'affermazione dei criteri sopra menzionati, tuttavia, avviene nella sentenza Teckal solo per inciso ed essi non sembrano definiti in modo tale da consentire di individuare con facilità i casi concreti in cui si realizza un affidamento siffatto. Per ottenere una più approfondita specificazione dei presupposti richiesti perché il controllo sia tale da rendere configurabile un rapporto in house o di delegazione interorganica si deve fare riferimento alla giurisprudenza comunitaria successiva alla pronuncia Teckal.

### **3. L' articolo 113 del Dlgs n. 267/2000: nozione di servizi pubblici locali a rilevanza economica e società in house**

Prima di trattare l'argomento in relazione alla produzione giurisprudenziale successiva alla sent. Teckal, appare necessario evidenziare che i principi espressi nella richiamata Sentenza Teckal sono stati trasfusi dal legislatore nazionale nell'ambito T.U. degli Enti Locali (Dlgs. 267/2000 all' art.113 , con riferimento ai quali, da una originaria distinzione tra servizi pubblici locali sulla base del concetto della rilevanza o meno industriale, si è passati al concetto di **rilevanza o meno economica** degli stessi servizi pubblici locali per effetto dell'art. 14 del d.l. 269/2003 convertito con modificazioni con legge 326/2003.

**La nozione di servizio pubblico locale di rilevanza economica e, per converso, quella di servizio privo di siffatta rilevanza**, deve essere ricostruita in via interpretativa, mancando una disposizione normativa che ne fornisca la definizione.

Gli indici rivelatori della rilevanza economica dei servizi pubblici locali possono desumersi dai principi comunitari che informano la materia.

**Dispone l'art. 86, comma 2, del Trattato** istitutivo della Comunità Europea così come successivamente modificato: *“le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme del presente trattato, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di*

*tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata".*

Secondo l'ordinamento comunitario, i servizi di interesse economico generale si distinguono dai servizi ordinari per il fatto che le autorità pubbliche ritengono che debbano essere garantiti con carattere di continuità, mediante l'imposizione di obblighi di servizio pubblico, anche quando essi non siano economicamente remunerativi e, pertanto, il mercato non sia sufficientemente incentivato a provvedervi da solo.

Pertanto, integra **un'attività soddisfacente bisogni di interesse generale**, a prescindere dal numero di utenti cui la stessa è rivolta, sia quella posta in essere da un soggetto strumentale dell'amministrazione, diretta a soddisfare immediatamente bisogni attinenti alla cura dell'interesse pubblico cui quest'ultima è preposta, sia l'attività limitata alla creazione delle condizioni che consentono la soddisfazione dei bisogni di interesse generale da parte di soggetti terzi i quali possono operare anche in condizioni di concorrenza. Perché sia soddisfatta la condizione secondo cui l'organismo deve essere stato istituito per soddisfare specificamente bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale, non è necessario che lo stesso soddisfi unicamente bisogni di tal genere.

Per verificare se **l'interesse generale perseguito ha carattere industriale o commerciale** occorre accertare se l'organismo opera in normali condizioni di mercato, persegue uno scopo di lucro e subisce le perdite connesse all'esercizio della sua attività. L'interesse generale perseguito non ha carattere industriale o commerciale ove l'organismo non persegua uno scopo principalmente lucrativo, non assuma i rischi connessi all'attività esercitata e sia, eventualmente, destinatario di finanziamento pubblico.

**La Commissione europea nel <<Libro Verde sui servizi di interesse generale>>** (COM-2003-270) del 21/5/2003, afferma, invero, che le norme sulla concorrenza si applicano soltanto alle attività economiche, dopo aver precisato che la distinzione tra attività economiche e non economiche ha carattere dinamico ed evolutivo, cosicché non sarebbe possibile fissare a priori un elenco definitivo dei servizi di interesse generale di natura non economica.

**Secondo la costante giurisprudenza comunitaria** per la determinazione del carattere "non industriale o commerciale" spetta infatti al giudice nazionale valutare circostanze e condizioni in cui il servizio viene prestato, tenendo conto, in particolare, dell'assenza di uno scopo precipuamente lucrativo, della mancata assunzione dei rischi connessi a tale attività ed anche dell'eventuale finanziamento pubblico dell'attività in questione (cfr. Corte di Giustizia CE - Sez. V Sentenza n. c-18/01 del 22 maggio 2003 così citata Corte Cost. n°272/2004).

**Per la giurisprudenza nazionale**, la distinzione tra servizi di rilevanza economica e servizi privi di tale rilevanza è legata all'impatto che l'attività può avere sull'assetto della concorrenza e ai suoi caratteri di redditività e, pertanto:

- **ha rilevanza economica il servizio** che si innesta in un settore per il quale esiste, quantomeno in potenza, una redditività, e quindi una competizione sul mercato e ciò ancorché siano previste forme di finanziamento pubblico, più o meno ampie, dell'attività in questione;

- **non ha rilevanza economica il servizio** che, per sua natura o per i vincoli ai quali è sottoposta

la relativa gestione, non dà luogo ad alcuna competizione e quindi appare irrilevante ai fini della concorrenza.

In altri termini, laddove il settore di attività è economicamente competitivo e la libertà di iniziativa economica appaia in grado di conseguire anche gli obiettivi di interesse pubblico sottesi alla disciplina del settore, al servizio dovrà riconoscersi rilevanza economica, ai sensi dell'art. 113 del D.Lgs. n°267/2000, mentre, in via residuale, il servizio potrà qualificarsi come privo di rilevanza economica laddove non sia possibile riscontrare i caratteri che connotano l'altra categoria (cfr. TAR Bari - Sez. I Sentenza n. 1318 del 12 aprile 2006 e T.A.R. Liguria II Sez., 28/4/2005 n°527).

**Nel settore dei servizi pubblici locali**, l'ordinamento interno conosce da gran tempo <forme> di gestione in house: tali sono, infatti, le gestioni c.d. in economia e quelle a mezzo di istituzioni, aziende speciali comunali, provinciali e consortili.

La scelta operata dal legislatore (con **l'art. 113 del TUEL**) di non consentire l'esercizio dei pubblici servizi locali aventi "rilevanza economica" tramite le suddette forme di gestione ha indotto il legislatore medesimo ad istituire, per l'affidamento "diretto" di tali servizi, nuove forme di gestione:

- affidamento diretto a società miste nelle quali il socio privato è scelto con gara;
- affidamento diretto a società a capitale integralmente pubblico.

Entrambi i due tipi di società, tuttavia, per poter divenire affidatarie dirette della gestione dei servizi, debbono soddisfare ciascuna una condizione ben precisa che le pone in termini di compatibilità con le previsioni del diritto comunitario della concorrenza.

**L'art. 113 comma 4 lett. a) del t.u.e.l.**, in riferimento all'attività di gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali, dispone infatti che : *"gli enti locali, anche in forma associata, si avvalgono: a) di soggetti allo scopo istituiti, nella forma di società di capitali con la partecipazione totalitaria di capitale pubblico, cui può essere affidata direttamente tale attività, a condizione che gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano"*

**L'art. 113, comma 5, lett. b), del t.u.e.l.** , a sua volta, dispone che l'erogazione dei servizi *"avviene secondo le discipline di settore e nel rispetto della normativa dell'Unione europea, con conferimento della titolarità del servizio ..."*, tra l'altro, *"... b) a società a capitale misto pubblico privato nelle quali il socio privato venga scelto attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica che abbiano dato garanzia di rispetto delle norme interne e comunitarie in materia di concorrenza secondo le linee di indirizzo emanate dalle autorità competenti attraverso provvedimenti o circolari specifiche"*.

**Lo stesso art. 113 prevede, nella distinta lettera c),** in alternativa al ricorso alla società mista, **il modello della società in house a capitale interamente pubblico**, richiedendo per tale caso i requisiti del "controllo analogo" e della "destinazione prevalente dell'attività" in favore dell'ente pubblico o degli enti pubblici di appartenenza, requisiti identificati dalla sentenza Teckal.

Sulla società mista si dirà in seguito, mentre sulla forma di gestione a mezzo di società a

partecipazione pubblica totalitaria , vale la pena subito di evidenziare che in tale ipotesi si parla delle **società in house**.

**Le società in house sono quelle:**

- (i) il cui capitale è interamente pubblico,
- (ii) sulle quali l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale pubblico esercitano un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e
- (iii) che realizzano la parte più importante della loro attività con l'ente o con gli enti pubblici che le controllano [art. 113, c. 5, lett. c), TUEL].

Ciò sembra confermare la differente disciplina dei due modelli della società mista e della società *in house*, anche con riguardo ai requisiti richiesti dal diritto europeo.

**4. L'evoluzione giurisprudenziale in ambito comunitario e nazionale: concetti di controllo analogo, esclusione della vocazione commerciale, controllo strutturale, prevalenza / esclusività dell'attività.**

I principi enucleati dalla giurisprudenza comunitaria nel caso Teckal sono stati ribaditi dalla stessa Corte di Giustizia in alcune pronunzie che tuttavia hanno determinato un consolidato orientamento verso l'accezione restrittiva dell'*in house providing* in ricorrenza dei requisiti per inciso indicati nella sent. Teckal , comportando peraltro un maggior rigorismo sia dal punto di vista del concetto di controllo analogo, sia dal punto di vista degli strumenti del socio pubblico maggioritario per lo svolgimento del controllo gestionale sia, infine in merito alle previsioni delle clausole statutarie di una società che si voglia attrarre nell'*in house*.

**Il caso Stadt Halle.**

Tra queste, in ordine cronologico, il caso Stadt Halle (C-26/03, sentenza Stadt Halle dell'11 gennaio 2005) nel quale i giudici comunitari hanno ulteriormente delimitato l'operatività della deroga in ordine alla possibilità di procedere all'affidamento diretto di un servizio nel caso in cui l'amministrazione aggiudicatrice posseda il pacchetto azionario di maggioranza del soggetto affidatario e, confermando l'eccezionalità della deroga del ricorso all'*in house providing*, **la Corte ha, dunque, affrontato la specifica e rilevante questione della natura mista del capitale delle società affidatarie, escludendo radicalmente la sussistenza del controllo analogo in presenza di forme di partenariato pubblico-privato.**

Relativamente al requisito della **totale partecipazione pubblica**, la Corte di Giustizia ha infatti stabilito che la partecipazione seppure minoritaria di una impresa privata esclude in ogni caso che l'amministrazione aggiudicatrice possa esercitare sulla società partecipata un controllo analogo a quello che la stessa esercita sui propri servizi. In particolare ha ribadito che: “qualora un'amministrazione aggiudicatrice intenda concludere con un'entità giuridicamente distinta un contratto a titolo oneroso...l'appello alla concorrenza non è obbligatorio...nel caso in cui l'autorità pubblica eserciti sull'entità distinta in questione un controllo analogo a quello che esercita sui propri servizi e tale entità realizzi la parte più importante di attività con l'autorità o le autorità pubbliche che la controllano”.

In merito al requisito della **prevalenza dell'attività**, la sentenza in commento non dà risposta. In merito infatti, mancando una norma che indichi la misura atta a stabilire la prevalenza dell'attività, necessariamente bisogna guardare caso per caso. Di utilità si è ritenuto il criterio adottato per i settori esclusi o speciali in termini di 80% del fatturato realizzato negli ultimi tre anni dalle affidatarie dirette e proveniente da servizi, prodotti e forniture alle amministrazioni cui sono collegate.

### **Il Caso Parking Brixen**

Il principio della totale partecipazione pubblica, statuito nella sentenza Stadt Halle, è stato ulteriormente specificato nella sentenza del 13 ottobre 2005 (causa C-458/03) relativa al caso Parking Brixen in cui la Corte di Giustizia, pronunciandosi su un rinvio interpretativo del T.R.G.A. di Trento in merito alla Azienda Servizi Municipalizzati di Bressanone (Società a totale partecipazione pubblica derivante dalla privatizzazione della cessata Azienda Speciale) ha giudicato non conforme al modello dell'in house providing detta società, per assenza del requisito del controllo analogo nonostante la totale pubblicità del capitale sociale.

Per i giudici comunitari, affinché sussista il requisito del "controllo analogo" il possesso dell'intero capitale sociale da parte del comune non può costituire garanzia sufficiente qualora:

- l'oggetto sociale sia stato ampliato in altri settori;
- le attività siano state estese al di fuori dell'ambito territoriale dell'ente affidante proprietario della società;
- vi sia la presenza di una norma statutaria che permetta la cessione di una quota, sebbene minoritaria, a uno o più soggetti terzi, privati o pubblici;
- se il potere gestionale del Consiglio di Amministrazione è tale da escludere il controllo gestionale da parte dell'ente proprietario.

Pertanto, sussiste il "controllo analogo" che legittima l'affidamento in house quando tra società controllante e società controllata vi sia una terzietà di tipo formale ma, da un punto di vista sostanziale la prima esercita sulla seconda un assoluto potere di direzione, coordinamento e supervisione riguardo il compimento dei più importanti atti di gestione della controllata. Al fine di verificare dette peculiarità l'indagine va svolta caso per caso.

### **Il caso Modling e il caso A.M.T.A.B.**

Considerazioni analoghe a quelle rappresentate nel caso Stadt Halle vengono svolte dal medesimo organo giudicante nella sentenza del 10 novembre 2005 (C-29/04/CE) in cui viene preso in esame l'affidamento diretto del servizio di smaltimento dei rifiuti da parte di un comune austriaco - "Modling" – ad una società a capitale interamente pubblico le cui quote azionarie di minoranza erano state successivamente cedute ad una società privata.

Le considerazioni rappresentate nel caso Modling, sono state ribadite dalla Corte nel Caso A.M.T.A.B (sentenza del 6 aprile 2006 Causa C-410/04), nel cui ambito viene individuato un

ulteriore principio e cioè quello secondo il quale il **controllo analogo e lo svolgimento della parte essenziale delle attività** devono essere integrati con “un terzo criterio” – individuato dal Caso Modling – vale a dire l’esigenza che gli stessi **devono risultare soddisfatti “permanentemente”**.

Infatti, nell’ipotesi in cui, una volta soddisfatti i due primi criteri all’atto dell’attribuzione della gestione del servizio di cui trattasi, l’amministrazione competente procedesse alla cessione di una parte, «anche di minoranza», delle quote della società interessata ad un’impresa privata, ne conseguirebbe che – mediante una costruzione artificiale comprendente varie fasi distinte, vale a dire la creazione della società, l’attribuzione della gestione del servizio alla medesima e la cessione di parte delle sue quote ad un’impresa privata – la concessione di un servizio pubblico potrebbe venire attribuita ad un’impresa ad economia mista senza previa aggiudicazione in regime di concorrenza. Lo stesso ragionamento vale per il caso in cui all’ente concessionario originario dovessero essere attribuiti, altri servizi pubblici, senza previo esperimento della procedura d’appalto in regime di concorrenza, da parte di enti pubblici diversi da quelli che lo controllino.

Accanto alle novità introdotte con la Parken Brixen appare necessario evidenziare dunque il principio secondo il quale **la società affidataria non deve avere acquisito una vocazione commerciale** che renda precario il controllo gestionale dell’ente pubblico e quest’ultimo deve poter svolgere il cd. “**controllo strutturale**”, concetto sviluppato nella sent. CGARS 4 settembre 2007 n. 719 di cui in seguito.

### **La giurisprudenza nazionale**

La Sent. Parking Brixen ha svolto i suoi effetti in sede nazionale sull’esito della questione pregiudiziale con cui il **C.d.S.** chiamato a stabilire la compatibilità di una norma regionale che ammetteva l’affidamento diretto ad una società partecipata da un Comune, titolare di un numero di quote sociali maggioritario, **con ordinanza n. 2316/2004** chiedeva alla stessa Corte di Giustizia di risolvere il dubbio se il possesso anche dell’intero capitale sociale della società affidataria da parte dell’ente pubblico affidante fosse sufficiente a garantire la sussistenza della dipendenza organica presupposto indefettibile del “controllo analogo” espresso dalla giurisprudenza comunitaria.

Pervenuta la sentenza Parking Brixen nel frattempo pronunciata, **lo stesso C.d.S. con sent. del 13 luglio 2006 n. 4440, nel ribadire come le pronunce dei giudici comunitari abbiano efficacia diretta nell’ordinamento degli stati membri, vincolando il legislatore nazionale alla disapplicazione delle norme interne di segno contrario**, ha stabilito che, nel caso in esame, la presenza di clausole statutarie che ammettano la cessione di quote sociali a soggetti terzi, una volta effettuato l’affidamento senza gara pubblica, pur prevedendo che l’ente pubblico mantenga la quota maggioritaria, si sia in presenza di un aggiramento della disciplina comunitaria con conseguente disapplicazione della normativa interna regionale.

Sulla scorta dei principi giurisprudenziali formati, il Cons. di Stato **con sent. N. 1514 del 3 aprile 2007 meglio nota come Sentenza Zetema**, ribadisce le posizioni della Corte di Giustizia

e cioè, ai fini del controllo analogo:

- necessità della partecipazione totalitaria pubblica;
- mancanza nel c.d.a. di rilevanti poteri gestionali;
- maggiori poteri esercitabili dal socio pubblico rispetto a quelli riconosciuti dal diritto societario alla maggioranza sociale;
- mancanza della acquisizione di una vocazione commerciale che renda precario il controllo dell'ente pubblico ( a causa di ampliamento dell'oggetto, apertura obbligatoria della società a altri capitali, espansione extraterritoriale);
- preventivo vaglio delle decisioni più importanti da parte dell'ente affidante.

La sent. Zetema, tuttavia, assume rilevanza per altro profilo, perché viene ad escludere la possibilità di ricorrere all'affidamento in house per i lavori pubblici di manutenzione, restauro, compresa la progettazione. Ciò in quanto mancano nell'ordinamento specifiche norme derogatrici. In tal senso viene ribadita l'eccezionalità dell'in house, l'interpretazione restrittiva dei principi che lo sorreggono e la sua spendibilità per la gestione dei servizi pubblici di cui ai servizi speciali della Parte III del Codice dei Contratti.

Il panorama giurisprudenziale sin qui riportato, sia comunitario che nazionale, porta dunque a concludere per l'assoluta illegittimità dell'affidamento in house a società che, sebbene a totale partecipazione pubblica, non consentirebbe all'ente pubblico di svolgere quel **controllo analogo** che lo stesso svolge sui propri servizi, presupposto irrinunciabile per configurare l'identificazione tra affidante e affidatario.

Quanto al requisito **prevalenza dell'attività**, giova sottolineare che da un concetto di "parte più importante" della sentenza Teckal, redatta in lingua italiana, e Stadt Halle, redatta in lingua tedesca, si passa alla complessa motivazione della sentenza Parken Brixen, sino alla espressione "sostanzialmente destinata in via esclusiva all'ente locale in questione", utilizzata nella sentenza Carbotermo, C340/04 del 11 maggio 2006, anch'essa redatta in lingua italiana.

In questo conteso si inserisce il primo Decreto Bersani del 4 luglio 2006 n. 223, convertito con Legge 4 agosto 2006 n. 248.

#### **5. Le conseguenze applicative dell'articolo 13 del Decreto Bersani (D.L. 223/2006 come convertito dalla legge 248/2006). Il principio di esclusività.**

Con l'intervento dell'art 13 del d.l. n. 223 del 2006, convertito dalla legge n. 248 del 2006, il legislatore ha introdotto una articolata disciplina che, in linea con i più recenti orientamenti comunitari volti a limitare l'*in house providing*, ma anche in relativa autonomia da essi, mira a evitare che le società pubbliche strumentali, cioè società a capitale pubblico o a capitale misto, costituite o anche partecipate da enti locali per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività dell'ente (es. cd. *global service*, servizio informatica, etc...) operino al di fuori degli ambiti territoriali di appartenenza, acquisendo commesse da enti pubblici diversi da quelli controllanti od affidanti i contratti *in house*.

E' recentissimo il parere reso **dal Consiglio di Stato, Adunanza Sezione III, 25/9/2007 n. 322 sull' interpretazione dell'art. 13 del d.l. 4 luglio 2006, n. 223 convertito, con modificazioni,**

**dalla l. 4 agosto 2006, n. 248, così come modificato dall'art. 1, c. 720 della l. 27 dicembre 2006, n. 296**, parere reso su richiesta della Regione Toscana in merito alla incertezza che la generica locuzione società..."costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali" possa aprire sulla corretta individuazione dei destinatari degli obblighi ivi previsti.

Secondo la posizione espressa dal C.d.S., sulla scorta delle previsioni dell'art. 13 DL Bersani, le società a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti in funzione della loro attività, con esclusione dei servizi pubblici locali:

- a) devono operare esclusivamente con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti (viene fissata, quindi, **la regola dell'esclusività, in luogo di quella della prevalenza**);
- b) non possono svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, né in affidamento diretto né con gara, e non possono partecipare ad altre società o enti;
- c) sono ad oggetto sociale esclusivo.

Si segnala a questo proposito l'incertezza della giurisprudenza amministrativa circa l'esatta delimitazione di cosa debba essere considerato servizio pubblico locale e cosa servizio strumentale (casi dubbi sono ad es. il servizio di riscaldamento degli edifici comunali e il servizio di refezione scolastica), con conseguente discrezionalità delle amministrazioni affidanti circa la modalità di scelta dell'affidamento e conseguente aumento di contenziosi in caso di disparità di trattamento.

Tornando allo spirito dell'art. 13, fulcro della disciplina introdotta è il concetto di "**esclusività**". "La società" deve agire in esclusiva per l'ente pubblico di riferimento, deve cioè operare solo per quest'ultimo, senza poter allargare il suo ambito di attività su mercati diversi. L'obiettivo di questa impostazione appare chiaro. Solo in tal caso si può definirla come *longa manus* dell'ente stesso.

Ciò che viene messo in risalto è dunque **la funzione "servente"** della società rispetto all'ente pubblico socio.

E' in questo contesto che la possibilità di ammettere che l'affidamento *in house* a favore di società potrebbe riprendere legittimo spazio almeno per l'ipotesi in cui la società sia a totale partecipazione pubblica, mentre permarranno i dubbi sollevati con la sent. Stadt Halle rispetto alle società miste.

In sostanza trova conferma da parte del legislatore nazionale l'indirizzo dato con la recente giurisprudenza della Corte di giustizia europea, che negli ultimi anni ha ripetutamente sottolineato che la vera natura della società in house è quella di un soggetto che opera dentro la pubblica amministrazione, ed è funzionale al perseguimento di interessi generali, ben diversi da quelli industriali e commerciali.

Oggi si può parlare di affidamento *in house* solo per quei soggetti che si configurino come vera emanazione dell'amministrazione, anche se formalmente distinti, e siano privi di qualsiasi autonomia contrattuale e gestionale nei confronti dell'amministrazione di cui sono emanazione

Sotto un profilo soggettivo, l'art. 13 non opera il suo intervento alle società partecipate dallo Stato o da altri enti pubblici nazionali (nel parere C.d.S. si paventa ovviamente il dubbio di

incostituzionalità).

Pare dunque al Collegio che il riferimento normativo alle “amministratozione pubbliche locali” ricomprenda le attività poste in essere dalla generalità delle amministrazioni pubbliche che perseguono il soddisfacimento di interessi pubblici locali.

Con la conseguenza che la disposizione in esame, nella sua complessità, si riferisce a tutte le amministrazioni pubbliche che perseguono il soddisfacimento di interessi pubblici entro un dato ambito territoriale.

Secondo il C.d.S., le considerazioni sulla genesi della disposizione di cui all'art. 13, sopra esposte, non solo danno conto dello sviluppo del dibattito sul tema ma anche esprimono un preciso canone interpretativo: l'istituto dell'affidamento diretto rappresenta un'eccezione all'applicazione della normativa sugli appalti pubblici e, pertanto, la relativa disciplina, deve essere interpretata restrittivamente (Cons. Stato, Sez. VI, n. 1514/2007; Sez. II, 18 aprile 2007, n. 456/2007).

La posizione espressa dal Decreto Bersani in materia di esclusività delle attività trova una conferma nell'ambito della **sentenza del CGARS del 4 settembre 2007 n. 719**, laddove evidenzia “...**la tendenziale esclusività della attività economica a favore dell'azionista**: l'impresa pubblica non può in nessun modo inserirsi nel mercato privato nel quale costituirebbe un elemento di disturbo e pericolo”.

Con riferimento a tale ultimo requisito, la sentenza appena citata, dopo ampia disamina, definisce il punto di attuale approdo della complessa tematica, rilevando che **l'esercizio diretto deve essere caratterizzato dalla quasi esclusività, quantitativa e qualitativa, delle attività svolte dall'impresa nei confronti dell'Ente controllante** e “che il cammino della giurisprudenza della Corte Europea, che ha sempre più ristretto il concetto espresso da quella espressione “parte più importante”, lascia prevedere che il **traguardo definitivo della totale esclusività** sia assai prossimo.

#### **6. Il modello organizzativo societario valido per un affidamento in house**

Sulla scorta delle indicazioni date dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale ( per la seconda CGARS 4 settembre 2007 n. 719 e TAR Lazio, sez. II ter, 16/10/2007 n. 9988), al fine di evitare che si verifichino situazioni di privilegio economico e concorrenziale per alcune imprese, il modello organizzativo societario deve avere determinati requisiti:

- la partecipazione totalitaria pubblica con divieto di cessione delle quote a terzi privati;
- il controllo totale dell'autorità formale della società attraverso l'espressione degli amministratori
- il controllo analogo per il tramite di un controllo specifico non solo di tipo formale ma sostanziale e di merito ;
- l'esclusività dell'attività a favore dei soggetti pubblici che hanno costituita la società o che ne sono proprietari ;

In riferimento ai presupposti necessari per l'affidamento in house di un servizio pubblico, la giurisprudenza nazionale del T.A.R. Lazio sopra indicata ha ribadito che, a prescindere dalla irrilevanza della quota più o meno consistente detenuta da parte dell'ente o degli enti pubblici, in relazione all'art. 113 dlgs. 267/2000 sussiste il "controllo analogo", nel caso in cui, nello statuto

societario e nei contratti di servizio si rinvenivano clausole attributive agli enti locali di alcune prerogative esercitabili ai fini del controllo sullo svolgimento del servizio. Segnatamente:

- riconoscimento a ciascun ente locale di un ruolo propulsivo nei confronti dell'organo amministrativo consistente in proposte di iniziative attuative del contratto di servizio;
- diritto di veto sulle deliberazioni assunte in modo difforme dal contenuto delle proposte;
- riserva all'assemblea ordinaria di trattazione di argomenti inerenti a pretese o diritti delle società sugli enti locali nascenti dal contratto di servizio;
- corrispondente diritto di veto di ciascun ente locale interessato sulle relative determinazioni;
- diritto di recesso dalla società (con conseguente revoca dell'affidamento del servizio) nei casi in cui il l'ente ha diritto a far valere la risoluzione o comunque lo scioglimento del contratto di servizio ed altresì nel caso di violazione di competenza assembleare allorquando l'organo di amministrazione assuma iniziative rientranti nella competenza dell'assemblea, senza autorizzazione di quest'ultima.

### **7. L'affidamento diretto nelle società miste: la giurisprudenza nazionale e il rapporto con l'art. 113 (CGARS 27 ottobre 2006 n. 589, Cons. di Stato Adunanza Sez II^ del 18.04.2007)**

**Con la sentenza CGARS n. 589/2006** i giudici siciliani affrontano il problema della legittimità dell'affidamento diretto di un servizio a società mista a prevalente partecipazione pubblica, costituita ai sensi dell'art. 113 c. 5 lett b) del Dlgs. 267/2000 (nel testo novellato nel 2003), previa individuazione del socio privato con procedura ad evidenza pubblica, nonostante una precedente pronuncia del Consiglio di Stato (n. 272/2005) avesse ritenuto legittimo un affidamento diretto del servizio ad una preconstituita ad hoc società mista in ragione del fatto che la procedura di evidenza pubblica avesse caratterizzato la scelta del partner privato già nella fase antecedente la costituzione.

Nella sent. 589/2006 i giudici siciliani affermano una interpretazione restrittiva dell'art. 113 c. 5 lett. b) statuendo che il fatto di ricorrere da parte dell'amministrazione alla procedura ad evidenza pubblica per la scelta del socio privato con cui costituire la società mista non esime dall'obbligo di una seconda gara per l'affidamento di quel servizio. Detta interpretazione restrittiva porta i giudici siciliani a propendere per la disapplicazione della norma di cui alla lett. b c. 5 art. 113 al fine di non consentire "una restrizione del mercato e della concorrenza ..." atteso che la procedura ad evidenza pubblica per la scelta del socio privato risponde a esigenze diverse da quelle che sottintendono alla necessità di una procedura ad evidenza pubblica per l'affidamento del servizio.

Nel primo caso, ciò che occorre selezionare è il requisito tecnico, organizzativo e finanziario del socio privato al fine di assicurare alla costituenda società mista un apporto vantaggioso per la compagine sociale; nel secondo caso la scelta ha ad oggetto il soggetto che possa garantire maggiormente la gestione del servizio da affidare.

Al fine di non pervenire alla disapplicazione della norma su richiamata appare di tutta utilità la posizione assunta dal **Cons. di Stato – Sez. II - nel Parere n. 456 del 18.04.2007**.

In tale ambito i giudici di Palazzo Spada si pongono il problema della **riconducibilità o meno del modello di cui all'art. 113 c. 5 lett. b) – ovvero quello della costituzione di una società mista pubblica – privata con selezione del privato per il tramite di procedura ad evidenza pubblica – al modello dell'in house providing**.

Nel confermare il principio secondo cui l'in house providing è un modello eccezionale i cui requisiti vanno interpretati restrittivamente poiché assurgono a deroga delle regole generali del diritto comunitario e secondo i principi giurisprudenziali espressi sia in ambito comunitario che nazionale (di cui sopra), pur tuttavia per il Consiglio di Stato la non riconducibilità della figura della società mista a partecipazione pubblica maggioritaria, in cui il socio privato da selezionare per addivenire alla costituzione vien scelto con procedura a evidenza pubblica, **non significa escludere automaticamente la sua compatibilità ai principi comunitari.**

Il modello della società a capitale misto pubblico – privato va tenuto sì distinto dall'in house ma la compatibilità del primo modello al secondo può rinvenirsi quando, avendo riguardo alla sostanza dei rapporti giuridico – economici tra soggetto pubblico e soggetto privato:

- l'affidamento diretto sia dato ad una società mista costituita appositamente per l'erogazione di uno o più servizi determinati;
- I servizi siano da rendere in via prevalente all'amministrazione pubblica che procede con il privato alla costituenda società;
- la gara riguardi:
  1. la selezione del socio privato con delimitazione nel tempo del rapporto di partenariato;
  2. la definizione dello specifico servizio da svolgere in cooperazione con il socio pubblico e le modalità di cooperazione;
  3. l'affidamento delle stesse attività da svolgere;
  4. previsione alla scadenza, di una nuova gara.

In sostanza, affinché si possa non ricorrere ad un affidamento esterno integrale, il Cons. di Stato ritiene legittima la configurazione di un modello organizzativo in cui vi sia:

- una sostanziale equiparazione tra gara per l'affidamento del servizio e gara per la selezione del socio privato come socio industriale e operativo;
- un rinnovo della gara alla scadenza del periodo di affidamento, al fine di evitare che il socio selezionato diventi socio stabile. A tal fine vanno previste le modalità di uscita del socio nel caso in cui con l'indizione della nuova gara lo stesso non risulti più aggiudicatario.

Così ragionando, per il Consiglio di Stato l'esistenza di una gara che conferisca al socio privato di fatto l'affidamento sostanziale di un servizio svolto dalla società mista consente di **riconducere l'ipotesi in questione al fenomeno del “partenariato pubblico – privato” (PPP) già contemplato dalle istituzioni comunitarie (si veda Commissione Europea – Libro Verde del 30.04.2004).**

In considerazione di detti importanti principi, secondo i giudici di Palazzo Spada può superarsi il problema della disapplicazione dell'art. 113 c. 5 lett. b) che, semmai, deve trovare un adeguamento interpretativo alla luce dei principi comunitari.

**8. Consiglio di Stato 23.10.2007 n. 5587. La rimessione all'Adunanza Plenaria per una linea ermeneutica e unitaria per l'individuazione di condizioni per affidamento di s.p.l. e appalti pubblici con l'in house e a soc. miste.**

Il Consiglio di Stato, tuttavia, torna sull'argomento in considerazione dell'impugnazione della sentenza del T.A.R. del Piemonte del giugno 2007 che ha fondato la propria decisione di accogliere le doglianze della ricorrente e di annullare la determina con cui veniva revocata una procedura ristretta indetta da una ASL per l'individuazione del partner cui affidare la fornitura di un determinato servizio per la durata di cinque anni e veniva affidato direttamente il predetto servizio alla società mista pubblico – privata alla quale veniva successivamente a partecipare alla compagine societaria anche la stessa amministrazione aggiudicatrice.

In sostanza, viene sottoposto ancora una volta il problema della legittimità dell'affidamento di contratti pubblici o di servizi, senza gara, a società miste prive del requisito della sottoposizione al controllo dell'amministrazione affidante secondo le specificità proprie dell'in house providing, ma nell'ambito delle quali i soci privati di minoranza sono scelti mediante procedure ad evidenza pubblica.

Il Consiglio di Stato evidenzia la necessità di un deferimento della valutazione all'Adunanza Plenaria in considerazione dei diversi profili che la questione pone e in considerazione dei **tre filoni che in materia sono andati a profilarsi in dottrina e giurisprudenza:**

1. un primo indirizzo che parla di illegittimità di affidamenti diretti a società miste, anche se a prevalente partecipazione pubblica e con scelta del socio privato con gara. Ciò in considerazione dell'utilizzabilità dei soli due moduli di affidamento dei servizi e in generale dei contratti, o con gara secondo i principi comunitari o con affidamento in house secondo le caratteristiche sue proprie. Detto orientamento, seguito dalla sentenza impugnata, porta all'obbligo per l'amministrazione affidante di indire una seconda gara, così come dettato dalla sent. 589/2006 del CGARS sopra riportata;
2. un opposto indirizzo manifestato dalla dottrina secondo il quale è sempre possibile l'affidamento diretto alle società miste in cui il socio privato è scelto con gara, perché in questi casi ciò che prevale è il contratto sociale al quale non vanno applicate le regole stringenti valide per i contratti di appalto. Ragionando in questi termini, il ricorso dell'appellante andrebbe respinto perché nella società mista alla quale è stato affidato direttamente il servizio i soci privati sono stati selezionati con gara;
3. un indirizzo intermedio, espresso nel Parere del C.d.S. del 18.04.2007 n. 456/2007 (di cui al paragrafo precedente) e fondato sul principio di una fungibilità dello schema formale della società mista con quello dell'appalto, entrambi utilizzabili per il perseguimento del risultato voluto dalle parti, ma con individuazione di prescrizioni indicative dei margini di compatibilità con il diritto comunitario (come fatto nel Parere del 18 aprile). In relazione a detto indirizzo, il C.d.S., nel ritenerlo equilibrato, auspica che l'Adunanza Plenaria lo utilizzi come guida per qualificare correttamente le diverse ipotesi.

Sebbene nella sentenza del 23 ottobre, il C.d.S. sembra dare una certa preferenza all'indirizzo intermedio, va evidenziato come, sulla scorta delle prescrizioni indicative fornite dalla Sez. II stesso Consiglio nel Parere del 18 aprile 2007, il Consiglio di Stato rimettere all'Adunanza Plenaria la valutazione dei requisiti indicati nel Parere del 18 aprile ai quali possono essere mosse alcune obiezioni.

In tal senso rimette alla Adunanza Plenaria:

- di verificare l'esattezza della equivalenza tra contratto di società e appalto (le direttive comunitarie non contemplano il modulo della società mista, essendo assoggettato il contratto sociale ai soli principi espressi dal Trattato);
- di verificare la compatibilità con il diritto comunitario di società miste in cui vi sia il socio privato solo finanziatore, atteso che non emerge nel diritto comunitario una preclusione a tale ipotesi sempreché però vi sia anche un adeguato tasso di professionalità;
- di chiarire il significato di "affidamento dell'attività operativa" (da intendersi come privato scelto solo tra imprenditori che operano nel settore cui appartiene il servizio da affidare oppure privato che svolga effettivamente il servizio con propria attività materiale e organizzazione di impresa o ancora conferimento delle quote in natura mediante cessione di ramo di azienda?);
- di verificare in che termini delimitare le finalità dell'oggetto sociale della società mista cui affidare il servizio senza gara, come avviene in materia di appalti, atteso che si è dubitato che si possa costituire una società per il compimento di un solo atto;
- di verificare la correttezza del requisito della limitazione nel tempo del rapporto sociale con il socio privato, atteso che ci sono dubbi in dottrina circa la compatibilità del modulo societario con la lo stretto collegamento allo svolgimento dell'attività operativa della prestazione del servizio oggetto di affidamento;
- di chiarire la portata del requisito espresso nel citato Parere circa la possibilità di ricorrere alla società mista solo nei casi in cui esiste un concreto riferimento allo svolgimento di funzioni e attività pubbliche, atteso che ciò al minimo comporterebbe che l'oggetto sociale della costituenda società sia compatibile con le finalità statutarie pubblicistiche del socio pubblico che intende costituire detta società mista.

Il C.d. S. peraltro invita la stessa Ad. Plenaria a valutare la necessità o meno di deferire a sua volta la Corte di Giustizia le seguenti questioni:

1. compatibilità o meno con il diritto comunitario dell'art. 113 c. 5 lett. b) che permette l'affidamento diretto di un servizio, rientrante nell'ambito applicativo della direttiva 18/2004, affidamento dato da una amministrazione in favore di una società mista cui partecipano la stessa amministrazione e altri soci privati scelti con apposita gara;
2. limiti di compatibilità con il diritto comunitario di una partecipazione alla società mista di un socio meramente finanziario, visto che nell'ordinamento comunitario non emerge con evidenza un assoluto divieto di coinvolgere soci privati finanziari, purché la procedura per la sua selezione consenta in modo imparziale e trasparente di scegliere l'impresa che abbia offerto la migliore proposta e che sia in possesso delle attitudini professionali richieste.

## 9. Il DDL Lanzillotta

In materia di servizi pubblici locali è in discussione al Senato, il disegno di legge n. 772 (comunicato alla Presidenza il 7 luglio 2006) recante “*Delega al Governo per il riordino dei servizi pubblici locali*”, il quale prevede, tra i principi e criteri direttivi, di consentire soltanto eccezionalmente l’affidamento *in house* della gestione a società a capitale interamente pubblico, partecipata dall’ente locale, purché abbia i requisiti richiesti dall’ordinamento comunitario. Viene precisato, inoltre, che le società di capitali che hanno ottenuto l’affidamento della gestione *in house* non possono svolgere, né in via diretta, né partecipando a gare, servizi o attività per altri enti pubblici o privati.

L’intento di fondo del ddl Lanzillotta è quello di dare una nuova spinta liberalizzatrice, favorendo l’affidamento con gara ad evidenza pubblica rispetto alle altre forme di gestione.

Si noti, peraltro, che il testo originario risulta “ammorbido” a seguito del parere della Conferenza unificata Stato-Regioni dell’8-11-2006. Non sono da escludere, inoltre, ulteriori emendamenti, soprattutto volti a reinserire la gestione in economia di determinati servizi.

Il testo attuale prevede che i servizi debbano essere affidati a società di capitali a seguito di gara.

In alternativa è ancora **possibile il ricorso a società miste o a *in house providing*, ma in tali casi l’Ente locale deve motivare in modo particolarmente stringente i motivi che hanno impedito lo svolgimento della gara.**

Significativa è anche la previsione di un più forte ruolo degli utenti, che sono chiamati, per il tramite delle associazioni dei consumatori, a partecipare alla redazione delle Carte dei servizi pubblici. Inoltre il perdurare dell’affidamento viene condizionato al positivo riscontro degli utenti, da verificarsi con indagini e sondaggi anche a campione.

## 10. La posizione dell’Antitrust

1. Il tema dell’affidamento *in house* è oggetto di interventi anche da parte dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nota anche come Autorità Antitrust, istituita dalla legge n. 287 del 10 ottobre 1990 (“Norme per la tutela della concorrenza e del mercato”), con il compito di vigilare sulle intese restrittive della concorrenza, sugli abusi di posizioni dominante, sulle operazioni di concentrazione, sugli atti e attività della p.a. che possano impedire o limitare la libera concorrenza ecc..

L’Autorità è intervenuta in più occasioni, ai sensi degli artt. 21 e 22 della richiamata Legge, per segnalare al Parlamento e al Governo distorsioni nelle attività di affidamento di servizi pubblici *in house*, con l’intento di favorire la riforma per aprire i mercati e tutelare i consumatori, nell’ottica di considerare l’affidamento diretto a società pubbliche assolutamente un’eccezione.

In particolare, per la materia in trattazione, appaiono rilevanti le segnalazione al Parlamento e al Governo rispettivamente del 28.12.2006, del 27.09.2009 ove l’Antitrust è intervenuta in situazioni di affidamento della gestione di servizi da parte di alcuni enti pubblici territoriali, in particolare:

*segnalazione 28.12.2006*

- a) sulla legittimità dell'affidamento diretto dei servizi di raccolta e smaltimento di rifiuti urbani effettuato dai Comuni di Lignano Sabbiadoro e Tarcento nei confronti di una società di scopo controllata da una società da essi partecipata, società quest'ultima il cui capitale sociale non è interamente pubblico in quanto un'associazione di diritto privato ne detiene una quota, seppur marginale (società mista);
- b) sulla legittimità dell'affidamento diretto dei servizi di raccolta di rifiuti urbani effettuato dal Comune di Rubano nei confronti di una società partecipata dal medesimo e avente capitale interamente pubblico, ma ripartito tra una grande pluralità di soci;

*segnalazione 27.09.2209*

- c) sulla legittimità di delibere con cui la Provincia di Roma ha disposto che i comuni effettuano il servizio di raccolta differenziata attraverso contratti intercorrenti con le società a capitale interamente pubblico già affidatarie del servizio di raccolta dei rifiuti solidi urbani;

Con riguardo alle prime due segnalazioni, l'Autorità rileva come tale modalità di affidamento è sottoposta a stringenti requisiti di legittimità, così come determinati dalla giurisprudenza comunitaria e recepiti nella normativa nazionale, i quali non permettono agli enti locali di far ricorso all'affidamento diretto in qualsivoglia situazione, ovvero quale modalità ordinaria di affidamento dei servizi pubblici, relegando lo strumento competitivo della gara a poche ed eccezionali situazioni.

Ciò in quanto i servizi pubblici locali costituiscono servizi economici offerti all'utenza in regime di monopolio ed è pertanto necessario che venga assicurato, nella forma quanto più ampia possibile, il ricorso al mercato attraverso procedure competitive per la scelta dell'impresa offerente, attivando una concorrenza che assicuri la scelta dell'operatore più idoneo ad effettuare gli investimenti necessari e offrire il servizio migliore al minor costo.

Per altro verso, le condizioni alle quali è consentito agli enti locali di erogare direttamente tali servizi ed evitare il ricorso al mercato e il confronto previsto dalla gara sono da interpretarsi e applicarsi in senso restrittivo anche in ragione dell'obiettivo situazione di conflitto d'interesse che tale modalità di affidamento determina in capo agli enti pubblici locali, i quali risultano essere al contempo affidatari del servizio, azionisti e amministratori della società di gestione di servizi, nonché componenti degli organismi chiamati a vigilare e disciplinare la medesima (es. le autorità di ambito territoriale ottimale nel caso dei servizi idrici e ambientali).

Pertanto, secondo l'Autorità, la presenza ancorché marginale di soggetti non pubblici nel capitale sociale della società affidataria e la frammentazione del capitale pubblico in maniera tale da non rendere ragionevolmente riconoscibile il controllo sull'impresa in capo al soggetto pubblico affidante il servizio inducono a ritenere non sussistenti le condizioni di legittimità dell'affidamento secondo le modalità *in house*.

Con tale indicazioni l'Autorità ha inteso porre un argine alla distorsione di uno strumento operativo, quale l'affidamento *in house*, originariamente volto a consentire una gestione diretta del servizio in casi particolari e circoscritti, ma che nella prassi è invalso a modalità di elusione del necessario confronto concorrenziale nell'affidamento dei servizi attraverso procedure di gara, e a strumento di riorganizzazione imprenditoriale su più ampia base territoriale dei medesimi servizi, della cui legittimità è lecito dubitare.

Nella realtà, si è verificato che attraverso successive fusioni e incorporazioni tra imprese a capitale pubblico a cui siano stati preventivamente affidati servizi pubblici *in house*, contestualmente all'aumentare delle dimensioni e delle attività di queste vengano meno le caratteristiche di prossimità sociale e organizzativa poste a giustificazione degli affidamenti originari secondo le modalità in discorso.

E ancora, si afferma progressivamente un'autonomia d'impresa che rende difficilmente sostenibile la tesi di un rapporto di controllo effettivo degli enti locali presenti nel capitale sociale, i quali sono da considerarsi piuttosto - come già si diceva - al più soci di maggioranza, ma sprovvisti di *“influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti”* .

In relazione alla terza segnalazione, relativa alla ritenuta violazione della normativa a tutela della concorrenza determinata dall'adozione da parte della Provincia di Roma con due delibere (n. 188/9 dell'8 marzo 2006 e n. 210/10 del 15 marzo 2006), con cui indurrebbero i Comuni compresi nella medesima Provincia a privilegiare l'affidamento dei servizi di raccolta differenziata dei rifiuti a società a capitale interamente pubblico, l'Autorità coglie, in primo luogo, l'occasione per ribadire la necessità di valutare attentamente le modalità concrete di esercizio della discrezionalità amministrativa nelle attività di propria competenza, rispetto alla dovuta tutela e promozione della concorrenza.

A tale proposito, ricorda come, da ultimo, anche l'articolo 202 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, Testo Unico in materia ambientale, espressamente stabilisca che le competenti autorità di ambito aggiudicano il servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani mediante gara disciplinata dai principi e dalle disposizioni comunitarie, in conformità ai criteri di cui all'articolo 113, comma 7, del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267.

Si definisce chiaramente con ciò la necessità di confronto tra operatori - indipendentemente dalla natura giuridica dei medesimi e, soprattutto, dalla rispettiva titolarità del capitale sociale - improntato ai principi concorrenza.

L'Autorità, quindi, ha rilevato come sulla base dei riferimenti normativi ed ermeneutici - nonché di ricorrente giurisprudenza comunitaria e nazionale, volta a delimitare rigorosamente le possibili eccezioni alla regola generale della gara a evidenza pubblica, *in primis* l'affidamento c.d. *in house* nei termini indicati dall'articolo 113, comma 5, del d.lgs. n. 267/2000 – le predette delibere risultano in evidente conflitto.

In un caso, infatti, si stabilisce che *“i Comuni effettuano il servizio di raccolta differenziata attraverso contratti intercorrenti con le società a capitale interamente pubblico già affidatarie del servizio di raccolta dei rifiuti solidi urbani”* sulla base di un modello di contratto di servizio predisposto dalla stessa Provincia, nell'altro si dispone una proroga per un periodo massimo di sei mesi degli affidamenti in essere, contestualmente prevedendo, per i Comuni che già non abbiano fatto ricorso a società interamente pubbliche, *“la possibilità, ogni due mesi, di poter disporre l'affidamento dei servizi relativi alla gestione dei rifiuti a società a capitale interamente pubblico, interrompendo il rapporto contrattuale in essere”*.

L'Antitrust ha evidenziato come nel caso concreto si è, con palese evidenza, attribuito un illegittimo privilegio alle imprese pubbliche nell'affidamento dei servizi in discorso.

L'Autorità, quindi, tenuto conto che nel modello prefigurato dalle due delibere provinciali si assiste all'induzione ad affidare i servizi a società a capitale interamente pubblico senza alcuna giustificazione di tale discriminazione rispetto ad altri soggetti ugualmente interessati e legittimati a gestire tali servizi, torna a raccomandare il rigoroso rispetto dei principi generali posti a tutela della concorrenza e di quelli settoriali in merito alla selezione dei soggetti gestori di servizi pubblici, affinché le competenti amministrazioni provvedano alla scelta del soggetto meglio rispondente alle rispettive necessità di servizio, indipendentemente dalla titolarità del capitale sociale, in una prospettiva di efficienza ed economicità amministrativa.

2. Inoltre, sempre nella materia di affidamenti in house, l'Autorità ha segnalato la necessità di una revisione della normativa dei servizi pubblici locali che consenta un'effettiva apertura del mercato e garantisca un assetto maggiormente concorrenziale del settore anche a tutela dei cittadini in quanto consumatori, in linea con quanto si propone con il disegno di legge delega in materia di servizi pubblici approvato dal Consiglio dei Ministri in data 30 giugno 2006.

Al riguardo, l'Autorità evidenzia come tale proposta demandi al Governo l'adozione di un apposito decreto che consenta solo “eccezionalmente l'affidamento a società a capitale interamente pubblico, partecipata dall'ente locale, che abbia i requisiti richiesti dall'ordinamento comunitario per l'affidamento in house”, contestualmente stabilendo l'impossibilità per tali società di “svolgere, né in via diretta, né partecipando a gare, servizi o attività per altri enti pubblici o privati” (articolo 2, comma 1, lett. b) e d)).

Rilevato che nel testo in discussione, la dimostrazione dell'opportuna eccezionalità dell'affidamento viene demandata all'ente locale, anche attraverso un confronto con le competenti autorità di regolazione, l'Autorità ritiene opportuno che siano previste alcune più precise indicazioni da parte della legge circa i limiti di legittimità dell'affidamento *in house* – ad esempio rispetto alle questioni sopra richiamate dell'eccessiva frammentazione del capitale sociale tra enti locali azionisti, l'effettività e la permanenza nel tempo dell'influenza determinante da esercitarsi sull'impresa, la problematicità del controllo indiretto, la soglia di cumulabilità della parte più importante della propria attività da svolgersi con l'ente o gli enti pubblici controllanti – potrebbero evitare il rischio che la situazione di distorsione interpretativa appena stigmatizzata perduri anche in futuro sotto la vigenza di una nuova normativa di riferimento.

E ancora, secondo l'Autorità, andrebbe indicato il principio che l'affidamento diretto risulta giustificato solamente quando non è possibile individuare una migliore soluzione di mercato, secondo un principio di sussidiarietà che limiti l'intervento pubblico a quelle situazioni in cui non sia possibile o conveniente l'offerta dei servizi da parte di imprese individuate secondo meccanismi di mercato.

Sotto altro profilo, l'Autorità condivide l'impostazione sulla natura eccezionale e residuale del modello di partenariato pubblico-privato, anch'esso attivabile solo in casi eccezionali, proprio in quanto implicante anch'esso il mantenimento di una situazione di conflitto di interesse fra ente pubblico affidante, società affidataria ed ente regolatore, nei termini sopra rilevati.

## Bibliografia

- Alberti** " Genesi del concetto di appalti in house e contributi giurisprudenziali " Extract da "APPALTI IN HOUSE, CONCESSIONI IN HOUSE ED ESTERNALIZZAZIONE" - *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2001, n. 3 - 4
- Annibali e Calzoni** " *Che cosa è effettivamente affidabile in house da parte dell'ente locale*" – luglio 2007 in *Filodiritto* [www.filodiritto.com](http://www.filodiritto.com)
- Antoniazzi** "Novità sull'affidamento diretto in house"
- Bianchini** in [www.filodiritto.com](http://www.filodiritto.com) 20.03.07 "L'in house nel ddl AS772 (anche dopo gli emendamenti del governo), il "controllo analogo" e l'art. 218 del Codice dei Contratti: c'è qualcosa che non va?\_"
- Bonura** "Il Codice dei contratti pubblici. La disciplina dell'in house providing ed il controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi" intervento in Froum PA 2006
- Chiantera e Pettinato** "Il modello organizzativo dell'in house providing" 07.07.2007
- Chiappetta** "L'in house providing alla luce della più recente giurisprudenza comunitaria" in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it) n. 4/2006
- Clarizia** in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it) n. 10/2005 "La Corte suona il de profundis per l'in house"
- Cori** " La concessione di servizi" in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it) n. 6/2007
- Crisafulli** "Da Altalex Appalti in house e "controllo analogo": allineamento alla giurisprudenza europea - Consiglio di Stato , sez. V, sentenza 13.07.2006 n° 4440
- Cuocolo** " I servizi pubblici locali:disciplina positiva e prospettive di riforma"
- Ferrante** "Gli affidamenti in house: il rapporto tra l'Amministrazione e la Società affidataria nella logica del "Controllo Analogo" in [www.altalex.com](http://www.altalex.com);
- Graziano** " Servizi pubblici locali: modalità di gestione dopo le riforme di cui alla L. 24.11.2003 n. 326 e alla legge 24.12.2003 n. 350 e compatibilità con il modello dell'*in house providing* "alla luce delle ultime pronunce della Corte di Giustizia ( Sentenze Stadt Halle dell'11.01.2005; Parking Brixen del 25.10.2005; e Modling del 12.11.2005)
- Gruppo di lavoro Fondazione Rosselli** - Rapporto definitivo 27.10.2005 "AFFIDAMENTO DIRETTO E IN HOUSE CONTRACTS NEGLI APPALTI PUBBLICI DI SERVIZI DELLE AMMINISTRAZIONI CENTRALI"
- Guzzo** in [www.lexItalia.it](http://www.lexItalia.it) n. 7-8-/2006 "SPL e affidamenti in house nella più recente giurisprudenza comunitaria e nazionale
- Mangani** "Le problematiche operative dell'in house"
- Mascolini** Ufficio Legale OICE Commento al Cod App Pubbl per argomento concessione servizi
- Pettinato** "Affidamenti in house. Ulteriori sviluppi" [www.filodiritto.com](http://www.filodiritto.com)
- Santi Elia** "Ancora sull'affidamento in house: gli sfrozi della "nostra" giurisprudenza e "le regole del diritto comunitario" in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it) n. 5/2007
- Tessarolo** "La gestione in house di pubblici servizi" in [www.dirittodeiservizipubblici.it](http://www.dirittodeiservizipubblici.it)

### **Giurisprudenza citata**

- Corte di Giustizia, 10 novembre 1998, BHI Holding BV c. G. Arnhem e G Rheden, causa C-306/96;
- Corte di Giustizia, 9 settembre 1999, R.I.SAN Srl contro Comune di Ischia, causa C-108/98)
- Corte di Giustizia, 18 novembre 1999, causa C-107/98 – Teckal
- TAR Sardegna, sentenza 02.08.2005 n° 1729
- Corte di Giustizia, 11.01.2005 C-26/2003 Stadt halle
- Corte di Giustizia, 13.10.2005 C-458/2003 Parking Brixen
- Corte di Giustizia, 10 novembre 2005 (C-29/04/CE) Modling
- Corte di Giustizia, 6 aprile 2006 (Causa C-410/04) A.M.T.A.B.
- Corte di Giustizia, 11 maggio 2006 (C340/04) Carbotermo
- Ord. Cons. di Stato Sez. V n. 2316/2004
- Cons. di Stato Sez. V 13 luglio 2006 n. 4440
- Cons. di Giustizia Amministrativa Regione Siciliana (CGARS) 27.10. 2006 n. 589
- Cons. di Stato Sez. VI 3 aprile 2007 n. 1514
- Parere Cons. di Stato – Adunanza Sez. II 18.04.2007 n. 456
- CGARS 4 settembre 2007 n. 719
- Parere Cons. di Stato Ad Sez. III 25.09.2007 n. 322
- T.A.R. Lazio, sez. II ter, 16/10/2007 n. 9988
- Cons. di Stato Sez. V 23.10.2007 n. 5587 – rimessione a Adunanza Plenaria