

## **Modelli derogatori per la scelta del contraente: l'affidamento diretto nelle more del recepimento delle direttive UE**

*Autonomia normativa, criticità e flessibilizzazione dell' "in house providing"*  
di Vinicio Brigante,

SOMMARIO: 1. Affidamento in house: lacune legislative e prospettive di semplificazione 2. Direttive UE: autonomia normativa dell'istituto o vera e propria "rivoluzione copernicana"? 3. Consiglio di Stato 298/2015; il "nuovo" affidamento diretto trova cittadinanza nel nostro ordinamento

### **1. Affidamento in house: lacune legislative e prospettive di semplificazione**

Nell'articolato e multiforme panorama delle società pubbliche, che ha indotto autorevole dottrina a parlare di "soggettività pubblica a geometria variabile"<sup>1</sup>, si innesta il fenomeno dell'in house providing, espressione del più ampio principio comunitario di autonomia istituzionale<sup>2</sup>, in forza del quale è consentito alle PA di costituire una società priva di soggettività, un *unicum* nel sistema.

L'emancipazione della dissertazione giuridica "dai pantani della soggettività"<sup>3</sup>, che appare un'acquisizione nel diritto civile, come dimostrato dai recenti impulsi ermeneutici in tema di condominio<sup>4</sup> e di tutela del concepito<sup>5</sup>, risulta una tendenza quanto mai rilevante anche nel diritto amministrativo.

"Un conto è una tendenza, altro conto è un'acquisizione"<sup>6</sup>, in quanto è opportuno coordinare il principio della neutralità delle forme giuridiche soggettive, scindendo la forma dalla sostanza causale, con una branca ordinamentale pervasa dal principio di legalità<sup>7</sup>, nelle prospettive del prisma delineato dell'ordinamento comunitario.

Appare opportuno tracciare le ragioni sottese alla genesi dell'istituto in questione, le caratteristiche peculiari dello stesso, tema affrontato da una recente pronuncia della Corte di Cassazione a Sezioni Unite<sup>8</sup> e analizzare l'intuitivo fallimento dello schema giuridico originario dell' in house che ha reso necessario l'intervento del legislatore comunitario, che ha condotto all'emanazione delle direttive 2014/23, 2014/24 e 2014/25 del Parlamento Europeo e del Consiglio, pubblicate sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea il 28 marzo 2014.

L'art.106.2, del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, sottopone le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale "alle regole di concorrenza", equiparando il valore di queste ultime alle norme del trattato stesso<sup>9</sup>.

L'affidamento in house configura una palese deroga alla regola della massima apertura al mercato ed è causata, e in parte legittimata, dai cd. casi di fallimento del mercato<sup>10</sup>,

<sup>1</sup> S.CASSESE, "Diritto amministrativo comunitario e diritti amministrativi nazionali", in Trattato di diritto amministrativo europeo, 1997

<sup>2</sup> L.M. DIEZ PICAZO, "Il principio di autonomia istituzionale degli Stati membri dell'Unione Europea", in Quad. cost., 2004; la cd. autoproduzione dei servizi pubblici esclude in radice l'esigenza di tutelare la parità di trattamento.

La libertà di autoproduzione, in quanto componente essenziale dell'autonomia organizzativa dei singoli apparati istituzionali, non si pone in contrasto con la disciplina comunitaria e i relativi corollari, tra i quali assume particolare rilievo il principio di libera concorrenza.

<sup>3</sup> Cassazione Civile, sezione II, sentenza 16754/2012, est.Travaglino

<sup>4</sup> Cassazione Civile, sezioni unite, sentenza 19663/2014, est. M.R. Sangiorgio

<sup>5</sup> Cassazione Civile, sezione II, sentenza 16754/2012, est. Travaglino

<sup>6</sup> Cassazione Civile, sezioni unite, sentenza 26725/2007, est.Rordorf

<sup>7</sup> A.TRAVI, "Giurisprudenza amministrativa e principio di legalità", in Dir. Pubbl., 1995; in tema di rapporto tra principio di legalità e utilizzo di categorie privatistiche per il perseguimento del pubblico interesse.

<sup>8</sup> Cassazione Civile, sezioni unite, sentenza 26283/2013, est. Rordorf

<sup>9</sup> G.STROZZI, R.MASTROIANNI, "Diritto dell'Unione Europea", Torino, Giappichelli, 2013

<sup>10</sup> M.CLARICH, "Le società miste a capitale pubblico e privato tra affidamenti in house e concorrenza per il mercato", in Corriere Giuridico, 2007; "il settore dei servizi pubblici è caratterizzato dalla presenza di fallimenti di mercato rilevanti che

fattispecie nelle quali “le particolari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento non permettono un efficace e utile ricorso al mercato”<sup>11</sup>.

Nello specifico, per la sussistenza dei requisiti di necessità e utilità, quali condizioni necessarie per la scelta dell'affidamento diretto, deve essere anticipatamente compiuta un'indagine, tesa a verificare l'eventuale presenza di operatori, in grado di offrire i servizi oggetto di affidamento e, la PA deve dimostrare di aver effettuato una valutazione comparativa, in previsione, tra la scelta dell'affidamento diretto e una proiezione realistica dell'andamento della gara pubblica<sup>12</sup>.

In altri termini, l'affidamento in house non si pone in termini di contrapposizione con il libero mercato, ma è “un istituto collocato al di là del confine che segna il territorio della concorrenza, in quanto modello che giustifica affidamenti diretti di compiti disattivando la logica della competizione e del mercato”<sup>13</sup>.

Inoltre, il carattere di eccezionalità e il disfavore ordinamentale nei confronti dell'affidamento in house è indotto da un dato legislativo, rinvenibile nella testo della legge 111/2011, che prevede un meccanismo premiale per gli enti pubblici, operando una divisione degli stessi in classi, in base a un giudizio di virtuosità, fondato sulla valutazione ponderata di diversi fattori; contestualmente la gestione delle società *in house* è stata assoggettata alle regole del Patto di stabilità interno<sup>14</sup>.

In tale prospettiva, come rilevato dalla sentenza della Corte Costituzionale, numero 46/2013, ai fini dell'individuazione dei parametri *de qua*, risultano più virtuosi gli enti che si conformano alle indicazioni del legislatore statale nell'affidamento dei servizi pubblici locali tramite gare ad evidenza pubblica; la predilezione per l'evidenza pubblica rileva ai fini dell'erogazione da parte dello Stato di finanziamenti diretti agli enti maggiormente virtuosi<sup>15</sup>.

Appare evidente la presenza di un meccanismo dissuasivo, volto a indurre la PA a privilegiare, nelle modalità di scelta del soggetto privato affidatario del servizio, le procedure ad evidenza pubblica.

---

rendono impossibile in molti casi la concorrenza nel mercato, cioè la compresenza di più gestori privati nel medesimo servizio pubblico in un quadro di regolazione pubblica, e consentono tutt'al più la concorrenza per il mercato, cioè l'avvio di procedure a evidenza pubblica competitive per la scelta del gestore privato al quale viene affidato il servizio”.

<sup>11</sup> AA VV, “Concorrenza e mercato; rivista annuale di concorrenza”, Milano, Giuffrè, 2010, pag.189 e ss.

<sup>12</sup> L'Autorità Antitrust ritiene necessario per il rilascio di un parere favorevole nei confronti di un affidamento in house, una documentazione tale da comprovare l'effettiva consultazione del mercato e l'individuazione degli operatori eventualmente interessati, e non solo una generica enunciazione del fatto che il ricorso a procedure ad evidenza pubblica non avrebbe dato alcun esito positivo.

<sup>13</sup> F.FRACCHIA, “*In house providing, codice dei contratti pubblici e spazi di autonomia dell'ente pubblico*”, in *Il diritto dell'economia*, 2012

<sup>14</sup> M. SANTISE, “*Coordinate ermeneutiche di diritto amministrativo*”, Torino, Giappichelli, 2014, pag.71 e ss.

<sup>15</sup> T.A.R. Lombardia, Sezione Brescia, sezione II; l'art.3-bis, comma 3, del d.l. 138/2011 prevede che l'affidamento dei servizi pubblici tramite procedure a evidenza pubblica costituisca elemento di valutazione della virtuosità degli enti locali ai fini del nuovo patto di stabilità interno; il successivo comma 4 dispone che i finanziamenti a qualsiasi titolo concessi a valere su risorse pubbliche statali siano prioritariamente attribuiti ai gestori dei servizi pubblici selezionati tramite procedura a evidenza pubblica.

Questa disciplina ha superato l'esame di legittimità costituzionale, principalmente perché favorisce la liberalizzazione attraverso una tecnica premiale che non lede l'autonomia regionale. Non è quindi possibile estrarre da queste norme dei criteri immediatamente utilizzabili nella valutazione di legittimità degli atti amministrativi, se non la regola generale che non possono essere adottate soluzioni palesemente sbilanciate a favore della gestione in house e a detrimento delle procedure a evidenza pubblica. Tuttavia, l'applicazione di questa regola è estremamente complessa, in quanto occorrerebbe dimostrare in concreto che un ente pubblico preferisce la soluzione in house accettando non solo le penalizzazioni sul piano della finanza pubblica ma la prospettiva verosimile di una gestione economicamente svantaggiosa.

La società in house, pur rappresentando un istituto di matrice eminentemente giurisprudenziale<sup>16</sup>, non ha tardato ad acquisire rilevanza anche nella legislazione nazionale.

Ai sensi dell'art.113, comma 4, del T.U.E.L., d.lgs. 267/2000, in presenza di determinate condizioni, è consentito l'affidamento di servizi pubblici a società di capitali, costituite per quel determinato scopo, e partecipate totalmente da soci pubblici, pervenendo a una c.d. internalizzazione<sup>17</sup> del servizio stesso.

I noti connotati qualificanti della società in house<sup>18</sup> sono, o forse erano alla luce delle recenti direttive, rappresentati dalla natura esclusivamente pubblica dei soci, dallo svolgimento dell'attività sociale diretta in prevalenza a favore dei soci stessi e la sottoposizione della società medesima ad un controllo corrispondente a quello esercitato dagli enti pubblici sui relativi uffici.

Le caratteristiche descritte rendono evidente l'anomalia del fenomeno dell' in house nel panorama del diritto societario<sup>19</sup>.

La crisi della soggettività si manifesta in maniera palese nelle parole della Suprema Corte: "l'uso del vocabolo società serve solo a significare che, ove manchino più specifiche disposizioni di segno contrario, il paradigma organizzativo va desunto dal modello societario; ma di una società, intesa come persona giuridica autonoma cui corrisponda un autonomo centro decisionale e di cui sia possibile individuare un interesse suo proprio, non è possibile parlare"<sup>20</sup>.

Non è pertanto ravvisabile, nell'istituto in questione, un rapporto di terzietà tra ente pubblico e gestore, in quanto l'affidatario è un soggetto solo formalmente distinto dall'amministrazione, che su di esso esercita un'influenza tale da far ritenere l'affidatario medesimo una *longa manus* della PA.

L'affidamento in house si configura in termini di modello organizzativo, nel quale la PA esegue la prestazione di servizi lavori e forniture mediante lo svolgimento di un'attività interna, contrapponendo il modello in esame a quello dell'*outsourcing*<sup>21</sup>, nel quale, in ottemperanza al principio di libera concorrenza, si perviene a una esternalizzazione dell'attività da svolgere<sup>22</sup>.

Il carattere derogatorio ed eccezionale del ricorso all'istituto in questione, affermato da autorevole giurisprudenza interna<sup>23</sup>, è stato confermato da una recente sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea<sup>24</sup>.

---

<sup>16</sup> G.CARLOTTI, A.CLINI, "Diritto amministrativo", 2014, pag 301 e ss.

<sup>17</sup> P.SANTORO, E.SANTORO, "Manuale dei contratti pubblici", Maggioli editore, 2011, pag.922 e ss.

<sup>18</sup> E.MICHETTI, "In House providing; Modalità, requisiti, limiti", Milano, Giuffrè, 2009

<sup>19</sup> C.IBBA, "Le società a partecipazione pubblica fra diritto comune e diritto speciale", in Riv. Dir. Priv. 1999; ricorre una "specialità-anomalia" della società di diritto speciale quando essa sia carente di qualche elemento strutturale della nozione codicistica di società.

<sup>20</sup> Cassazione, Sezioni Unite, sentenza 26283/2013, est.Rordorf

<sup>21</sup> Corte di Giustizia UE, sezione III, cause riunite C-182/2011, C-183/2011,

<sup>22</sup> R.URSI, "Le società per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica tra outsourcing e in house providing", in Dir. Amm., 2005

<sup>23</sup> Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 1/2008, est. Volpe; "il sistema dell'affidamento diretto costituisce un'eccezione di stretta interpretazione al sistema ordinario delle gare e i requisiti dell'affidamento in house vanno interpretati restrittivamente, costituendo una deroga alle regole del diritto comunitario".

<sup>24</sup> Corte di Giustizia U.E., sezione V, sentenza 8 maggio 2014, (causa C-15/13); nella quale si evince chiaramente che l'obiettivo principale delle norme dell'Unione Europea in materia di appalti pubblici è l'apertura ad una concorrenza non falsata in tutti gli Stati membri nei settori d'esecuzione dei lavori, di fornitura di prodotti e di prestazione di servizi, il che implica l'obbligo di qualsiasi amministrazione aggiudicatrice di applicare le norme in materia e qualsiasi deroga, all'applicazione di tale obbligo, va interpretata restrittivamente.

La deroga all'applicazione di tale principio, relativamente agli affidamenti di appalti in house, si giustifica per il fatto che un'autorità pubblica, che sia un'amministrazione aggiudicatrice, ha la possibilità di adempiere ai compiti di interesse pubblico, ricorrendo ai propri strumenti.

Tuttavia il Consiglio di Stato, in un recente arresto giurisprudenziale<sup>25</sup>, quantomeno minoritario, configura la modalità dell'affidamento in house quale una delle tre ordinarie forme organizzative in tema di gestione dei servizi pubblici locali.

“La decisione di un ente, in ordine alla concreta gestione dei servizi pubblici locali, ivi compresa quella di avvalersi dell'affidamento diretto, costituisce frutto di una scelta ampiamente discrezionale che deve essere adeguatamente motivata circa le ragioni di fatto e di convenienza che la giustificano e che, come tale, sfugge al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, salvo che non sia manifestamente inficiata da illogicità, irragionevolezza, irrazionalità ed arbitrarietà ovvero non sia fondata su di un altrettanto macroscopico travisamento dei fatti”.

In questa singolare pronuncia, il Consiglio di Stato, “lungi dal configurare l'affidamento diretto quale ipotesi eccezionale e residuale di affidamento dei servizi pubblici locali”, equipara lo stesso, in punto di scelta della gestione del servizio, alla gara ad evidenza pubblica e al cd. partenariato pubblico-privato<sup>26</sup>.

La pronuncia si pone nel solco ermeneutico, tracciato dalla sentenza della Corte Costituzionale, numero 199 del 2012, che aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art.4, d.l. 138/2011, in seguito modificato e convertito, che aveva previsto l'ammissibilità dell'affidamento *in house* per i soli servizi il cui valore complessivo non avesse superato i 200.000 euro.

La pronuncia in esame aveva osservato come la norma abrogata si caratterizzasse per le eccessive limitazioni poste alla scelta dell'affidamento diretto rispetto al livello minimo, stabilito dalle regole concorrenziali comunitarie.

Ad opinione della Corte Costituzionale, il decreto legge era volto a rendere remota l'ipotesi di affidamento diretto dei servizi in maniera smisurata, ancorando la scelta del ricorso all'*in house providing* al rispetto di una soglia commisurata al valore dei servizi stessi, “a prescindere da qualsivoglia valutazione discrezionale dell'ente affidatario”.

Nonostante la declaratoria di incostituzionalità e la richiamata sentenza del Consiglio di Stato, come rilevato da autorevole dottrina<sup>27</sup>, l'affidamento diretto ha carattere spiccatamente derogatorio “che consente e non obbliga, i legislatori nazionali a prevedere tale forma di affidamento”<sup>28</sup>.

Le società *in house* non può pertanto essere considerata un'alternativa generale al mercato, ma rappresenta una modalità di affidamento di carattere eccezionale, cui fare appello solo qualora il ricorso al mercato non possa condurre a risultati soddisfacenti<sup>29</sup>.

La tutela della concorrenza rappresenta uno dei principali obiettivi perseguiti del Trattato dell'Unione Europea, soprattutto in relazione al mondo delle commesse pubbliche e, secondo una recente costruzione dottrinale, assume altresì rilievo costituzionale<sup>30</sup>.

Il principio, secondo il quale “l'affidamento diretto costituisce eccezione di stretta interpretazione al sistema ordinario della gare e, in secondo luogo, deve rispondere a ben

---

<sup>25</sup> Consiglio di Stato, sezione V, sentenza 4588/2014

<sup>26</sup> F.MASTRAGOSTINO, “*La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo*”, Torino, Giappichelli, 2011, pag. 544 e ss.; la risoluzione del Parlamento Europeo del 2006 e la Comunicazione Interpretativa della Commissione dell'Unione Europea sono diretti a coniugare, a livello comunitario, le potenzialità del partenariato pubblico-privato con le regole dell'evidenza pubblica, in applicazione dei principi generali di trasparenza, efficienza, tutela della concorrenza e par condicio.

<sup>27</sup> F.G. SCOCA, “*Gli affidamenti diretti sotto la scure del giudice amministrativo*”, in *Dir e pratica amm.*, 2008

<sup>28</sup> Consiglio di Stato, sezione VI, sentenza 1514/2007; nella pronuncia il Collegio era pervenuto all'esclusione dell'ammissibilità dell'affidamento diretto, nel settore dei lavori pubblici riferiti a beni culturali.

<sup>29</sup> R. DE NICTOLIS, L.CAMARIERO, “*Le società pubbliche in house e miste*”, Milano, Giuffrè, 2008; il carattere eccezionale e derogatorio del ricorso all'affidamento diretto si desume dallo “sforbiciamento” adoperato in sede di approvazione del codice dei contratti pubblici, delle società in house, inizialmente inserite nel corpo del testo legislativo.

<sup>30</sup> R.NANIA, “*L'evoluzione costituzionale delle libertà e dei diritti fondamentali*”, Torino, Giappichelli, 2012, pag.299 e ss. ; le spinte comunitarie potrebbero condurre a letture costituzionali impostate in senso più aderente all'assetto e alle esigenze delle economie di mercato relativamente alla concorrenza come autentica categoria di rango costituzionale

precisi presupposti, in assenza dei quali l'affidamento è idoneo a turbare la "par condicio competitorum"<sup>31</sup>, non appare pertanto incrinato.

Rilievo nodale avrà, nel nostro ordinamento, il recepimento delle direttive UE del 26/02/2014, che, *prima facie*, stravolgono alcuni aspetti cardine dell'istituto.

Nell'ambito dei lavori parlamentari, per l'esame del ddl 1678/2014 (delega recepimento direttive appalti), in seno alla VIII Commissione dei lavori pubblici, l'audizione del presidente dell'Autorità Nazionale Anticorruzione ha enucleato gli elementi sintomatici che hanno determinato l'inadeguatezza del "vecchio" codice dei contratti pubblici, tracciando, contestualmente, le direttrici che informeranno il nuovo codice<sup>32</sup>, che dovrà recepire le direttive 2014/23, 2014/24 e 2014/25 dell'UE.

Il criterio direttivo, che dovrà informare la fase di recepimento, si innesta principalmente sul divieto di introdurre, o mantenere, livelli di regolazione superiore a quelli minimi richiesti dalle direttive medesime.

L'opzione del legislatore delegante sembra direzionata nel senso di una "normativa snella ed essenziale, che non si soffermi su aspetti di dettaglio e che possa di conseguenza favorire la flessibilità e l'adeguatezza delle scelte delle stazioni appaltanti".

Il rischio, intimamente connesso a una normativa di "primo livello" essenziale, è che la stessa si trasformi in una sorta di delega "in bianco" alle stazioni appaltanti, con conseguenti fenomeni di pericolosa discrezionalità nell'utilizzo delle risorse pubbliche.

La normativa deve necessariamente essere accompagnata, in fase applicativa, da misure amministrative di *soft law*, per garantire la corretta e uniforme interpretazione della disciplina.

Come rilevato da una puntuale segnalazione<sup>33</sup>, della ormai soppressa AVCP<sup>34</sup>, le leve strategiche che emergono dal testo delle direttive del 2014 permettono di comprendere l'intima *ratio* delle stesse; tra gli obiettivi da perseguire assumono rilievo centrale la maggiore semplificazione, l'ecoinnovazione e il maggiore impulso da conferire alla cd. aggregazione della domanda, attraverso il potenziamento degli istituti di centralizzazione degli acquisti<sup>35</sup>.

Le direttrici e gli obiettivi perseguiti dal legislatore comunitario, in un'ottica correttiva rispetto alle disposizioni vigenti, si innestano su principi di certezza giuridica, pubblicità e trasparenza, snellezza e flessibilità procedurale<sup>36</sup>.

L'impianto complessivo delle nuove direttive riconosce un ruolo centrale alle scelte delle amministrazioni aggiudicatrici, in una prospettiva totalmente agli antipodi rispetto al contesto italiano, nel quale la limitazione di discrezionalità, in considerazione del condivisibile obiettivo di prevenire fenomeni di corruzione e infiltrazione criminale, ha condotto all'effetto opposto<sup>37</sup>.

---

<sup>31</sup> Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria 1/2008

<sup>32</sup> Il testo completo dell'audizione è consultabile presso il sito istituzionale dell'ANAC, [www.anticorruzione.it](http://www.anticorruzione.it); in premessa, il presidente Cantone esprime apprezzamento per l'opzione del ddl che, nel recepire le direttive UE, ha deciso di riscrivere integralmente il codice dei contratti pubblici, piuttosto che procedere all'ennesima interpolazione di un testo che, malgrado abbia meno di 10 anni, è da molti ritenuto non più adeguato.

<sup>33</sup> Atto di segnalazione n.3 del 21 maggio 2014

<sup>34</sup> R.CANTONE, F.MERLONI, "La nuova Autorità Nazionale anticorruzione", Torino, Giappichelli, 2015; la soppressione dell'AVCP non comporta la soppressione delle sue funzioni ma la volontà legislativa opera nella direzione di dar luogo ad una Autorità unificata, nei compiti e nell'organizzazione.

<sup>35</sup> S.GALLO, "Le nuove direttive europee in materia di appalti e concessioni", Bologna, Maggioli Editore, 2014; la centralizzazione delle procedure d'appalto è indicata quale processo in grado di favorire efficacemente non solo la riduzione, ma anche il controllo delle risorse pubbliche impiegate.

La centralizzazione ha la capacità di ridurre il numero di entità organizzative coinvolte nell'esercizio della funzione amministrativa; i centri di responsabilità sono chiaramente individuati e questo può favorire la prevenzione di fenomeni corruttivi.

<sup>36</sup> C.IEMULO, "Direttive Appalti 2014. Guida alle novità", CeSda, 2014

<sup>37</sup> A.VANNUCCI, "Il lato oscuro della discrezionalità. Appalti, rendite e corruzione", Napoli, Esi, 2011

La normativa interna, estremamente disorganica e frammentaria, ha prodotto forti incentivi al contenzioso, senza ottenere risultati in termini di efficacia ed efficienza; contenzioso che comporta un rallentamento dell'aggiudicazione e dell'esecuzione dei contratti, dovuto al presunto mancato rispetto di procedure formali, che non inciderebbero su aspetti sostanziali dell'affidamento.

L'iper-regolamentazione<sup>38</sup>, evidente sintomo di scarsa efficienza, ha condotto a continui interventi legislativi che minano ulteriormente l'efficienza e la tenuta del sistema.

Le direttive propendono per un modello normativo improntato alla semplificazione e alla flessibilizzazione procedurale, da perseguire mediante la standardizzazione dei processi comunicativi-informativi, l'attribuzione di un ruolo preventivo alle autorità indipendenti<sup>39</sup>, e attraverso la creazione di meccanismi diretti ad agevolare la partecipazione delle piccole e medie imprese alle gare pubbliche.

Nella medesima prospettiva si pone l'iniziativa governativa denominata "Destinazione Italia", che annovera tra le misure in essa contenute, la proposta per una disciplina speciale per i partenariati pubblici-privati, esterna al Codice dei contratti pubblici, con regole certe e snelle.

Da questa breve analisi introduttiva, in un panorama legislativo e giurisprudenziale instabile, e destinato a mutare radicalmente dopo l'intervento del legislatore comunitario, appare evidente che il modello "tradizionale" dell'affidamento diretto fosse caratterizzato da requisiti estremamente rigidi, come la totale partecipazione pubblica, o connotati da eccessiva discrezionalità, in tema di fattore qualitativo per la valutazione della cd. attività prevalente, che richiedeva un'opera interpretativa del giudice europeo, a discapito della possibilità di predeterminare con certezza il rispetto del requisito in questione.

Le novità afferenti all'istituto in esame sono analogamente improntate a esigenze di certezza e semplificazione, come testimoniato dalla scelta legislativa di svincolare il requisito della prevalenza dell'attività da qualsiasi valutazione qualitativa, e quindi discrezionale, e di riconoscere la società in house anche in presenza di capitali privati, in una direzione tesa a rendere l'istituto più flessibile e come tale meno esposto al sindacato giurisdizionale.

In un panorama caratterizzato dall'attesa per il recepimento delle direttive, il cui termine finale per lo stesso è fissato nell'aprile del 2016, e dalla transitorietà delle disposizioni vigenti<sup>40</sup>, è intervenuto il Consiglio di Stato<sup>41</sup>, con un parere che potrebbe avere portata dirompente, in quanto ha ritenuto la disciplina delle direttive sufficientemente dettagliata e come tale già applicabile.

## 2. Direttive UE: autonomia normativa dell'istituto o vera e propria "rivoluzione copernicana"?

Il "rilassamento della tipicità"<sup>42</sup>, in un settore permeato dal principio di legalità, impone, in un'opera ermeneutica di legittimazione e bilanciamento di valori alterati, di "snidare la pubblicità reale"<sup>43</sup> delle società in house.

---

<sup>38</sup> L'audizione del presidente dell'Anac, nell'ambito dell'esame del ddl 1678/2014, ha evidenziato che il codice del 2006 si compone di ben 257 articoli a cui vanno aggiunti gli articoli bis e le interpolazioni successive e il regolamento del 2010, che finisce per apparire non come una normativa attuativa ma come un altro codice, si compone di altri 359 articoli.

<sup>39</sup> AA.VV., "Percorsi di diritto amministrativo", Torino, Giappichelli, 2014, pag. 88 e ss.

<sup>40</sup> A.VALLETTI, "La flessibilità negli appalti pubblici", Bologna, 2014, Maggioli editore, pag. 34 e ss.; sino alla data del 16 aprile 2016 gli Stati membri potranno continuare ad applicare la normativa interna di recepimento delle direttive 17 e 18 del 2004 (d.lgs.163/2006), ma successivamente dovrà essere emanata la normativa di recepimento o le nuove direttive saranno immediatamente esecutive.

<sup>41</sup> Consiglio di Stato, sezione II, parere 298/2015, est. Santoro

<sup>42</sup> F.D'ALESSANDRO, "La provincia del diritto societario inderogabile (ri)determinata", in Riv. Soc. 2003, I

Come rilevato dalla sentenza resa dalla Corte di Cassazione, a Sezioni Unite, 26283/2013, i lineamenti caratterizzanti le società in house, ben delineati nell'ordinamento positivo, sono (o forse erano) la natura esclusivamente pubblica dei soci, l'esercizio dell'attività svolta in prevalenza a favore dei soci stessi e la sottoposizione ad un controllo corrispondente a quello esercitato dagli enti pubblici sui propri uffici.

I tre requisiti citati devono sussistere contemporaneamente e devono trovare fondamento in precise disposizioni dello statuto sociale.

In definitiva l'affidamento in house rileva come modello di organizzazione meramente interno, qualificabile in termini di delegazione interorganica, di tipo prettamente gerarchico<sup>44</sup>.

## 2.1 *La natura esclusivamente pubblica dei soci: contaminazioni private e mutamento radicale?*

La Cassazione, con la citata pronuncia, nel novembre del 2013, riteneva "superfluo aggiungere che lo statuto dovesse, in modo assoluto, vietare la possibilità di cessione a privati delle partecipazioni societarie, di cui gli enti pubblici fossero titolari".

Il sostegno legislativo della disposizione è rinvenibile nell'art.113, comma 4, del Testo Unico degli Enti Locali, d.lgs.267/2000, a norma del quale l'affidamento diretto è consentito, al ricorrere di particolari condizioni, "a soggetti di scopo costituiti, nella forma di società di capitali, con la partecipazione totalitaria di capitale pubblico".

Ulteriore rilievo assume la fattispecie secondo cui "la sussistenza del controllo analogo viene esclusa in presenza di una compagine societaria composta anche da capitale privato, essendo necessaria la partecipazione pubblica totalitaria. Infatti, la partecipazione (pure minoritaria) di un'impresa privata al capitale di una società, alla quale partecipi anche l'amministrazione aggiudicatrice, esclude in ogni caso che tale amministrazione possa esercitare su detta società un controllo analogo a quello che essa svolge sui propri servizi"<sup>45</sup>.

Le coordinate ermeneutiche, tracciate dalla notissima sentenza Teckal<sup>46</sup>, avevano posto all'attenzione della giurisprudenza comunitaria la questione relativa alla detenzione, da parte del soggetto affidatario, dell'intero capitale e se il rispetto di tale questo requisito potesse garantire quella situazione di dipendenza organica<sup>47</sup>, o forse gerarchica, tale da consentire l'affidamento diretto.

La giurisprudenza comunitaria, in maniera quasi unanime, aveva stabilito la necessità che la partecipazione pubblica dovesse essere totalitaria, ai fini del rispetto dei requisiti essenziali per poter configurare l'affidamento in house<sup>48</sup>.

La partecipazione privata, anche minoritaria, avrebbe reso necessario il ricorso alle procedure ad evidenza pubblica, ponendosi quale fattore ostativo alla riconducibilità della società al modello tipico delineato dall'ordinamento, ovvero strumento di perseguimento degli interessi pubblici, assoggettato a uno stringente controllo analogo<sup>49</sup>.

La Corte di Giustizia dell'Unione Europea<sup>50</sup> aveva rilevato che l'investimento privato fosse espressione di logiche privatistiche, in permanente conflitto con le ragioni puramente pubblicistiche, sottese alla scelta dell'affidamento diretto.

---

<sup>43</sup> F.MERUSI, "La natura delle cose come criterio di armonizzazione comunitaria nella disciplina sugli appalti", in Riv. It. Dir. pubbl. comunit., 1997

<sup>44</sup> G.NAPOLITANO, "Manuale di diritto amministrativo", Halley, 2008

<sup>45</sup> Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria 1/2008; Corte di Giustizia CE, sezione II, 19 aprile 2007, C-231/05

<sup>46</sup> Corte di Giustizia CE, 18 novembre 1999, C-107/98

<sup>47</sup> E.MICHETTI, *op.cit.*, pag.45 e ss.

<sup>48</sup> Corte di Giustizia CE, C-231/05; Corte di Giustizia CE, C-220/05

<sup>49</sup> R.DE NICTOLIS, L.CAMARIERO, *op.cit.*

<sup>50</sup> Vedi nota 46

La diffidenza palesata nei confronti dell'ingresso di capitali privati era sintomatica delle differenze ontologiche sussistenti tra la società in house e le forme di partenariato pubblico-privato, nella forma della società miste, differenze, che dopo le direttive del 2014, appaiono quanto mai sbiadite.

Il tema era stato affrontato dalla Corte di Giustizia, da una prospettiva leggermente differente, ovvero in ordine alla legittimità di un affidamento diretto, senza gara, a società miste, prive del requisito della sottoposizione del controllo all'amministrazione affidante, ma nell'ambito delle quali la scelta dei soci privati fosse stata effettuata mediante gara ad evidenza pubblica.

Le società miste a partecipazione pubblica, nelle quali il socio privato è scelto con procedura ad evidenza pubblica, presuppongono la creazione di un modello nuovo, nel quale trovano convergenza interessi privati e pubblici<sup>51</sup>.

La giurisprudenza interna si era assestata sulla legittimità dell'affidamento diretto, nei confronti di una società mista<sup>52</sup>, a condizione che si fosse svolta un'unica gara per la scelta del socio privato, inteso come soggetto operativo e non solo azionista, e l'individuazione del servizio da affidare, in maniera simultanea e contestuale<sup>53</sup>.

La Corte di Giustizia, con una successiva pronuncia dirimente, si era conformata alla legittimità dell'affidamento diretto a società miste, nel caso in cui si verificasse la contestualità delle gare.

Questa pronuncia rivelava l'orientamento maggioritario della giurisprudenza comunitaria, che riteneva la presenza di capitali privati ostativa all'affidamento diretto, nel caso in cui tale partecipazione preesistesse alla costituzione dell'ente affidatario<sup>54</sup>.

La giurisprudenza nazionale imponeva, al contrario, che la partecipazione pubblica permanesse per tutta la "vita" della società e che fosse garantita nel tempo da apposita clausola statutaria, diretta a prevedere il divieto di cedibilità ai privati delle quote<sup>55</sup>, in una prospettiva preclusiva a qualsiasi contaminazione privata delle società in house.

La totale partecipazione pubblica era, ad opinione di granitica giurisprudenza interna<sup>56</sup>, elemento caratterizzante delle società in house, tesa a tracciare una netta linea di confine tra queste ultime e le società miste, una delle forme di partenariato pubblico-privato istituzionalizzato.

La prima, timida, apertura all'ingresso di capitali privati nelle società in house era rinvenibile nel regolamento CEE, n.1370/2007, in materia di servizi pubblici di trasporto passeggeri su strada e per ferrovia, a condizione che vi fosse un'influenza pubblica dominante e che il controllo potesse essere stabilito in base ad altri criteri.

Le direttive UE 23, 24 e 25 del 2014 hanno recepito e codificato alcuni principi, espressi in via pretoria dalla Corte di Giustizia, che in parte alterano le intime profondità dell'istituto in esame.

La partecipazione pubblica è ugualmente richiesta, ma la società in house resta tale anche in presenza di forme di partecipazione diretta di capitali privati, a condizione che non comportino controllo o potere di veto, e che attraverso le stesse non sia esercitata alcuna influenza determinante sul soggetto affidatario e che le stesse partecipazioni private siano previste, in maniera esplicita, dalla disciplina interna.

---

<sup>51</sup> Consiglio di Stato, sezione V, sentenza 7214/2010

<sup>52</sup> R.CHIETTA, R.GIOVAGNOLI, "Manuale di diritto amministrativo", Milano, Giuffrè, 2011, pag. 234 e ss.;

<sup>53</sup> Consiglio di Stato, sezione VI, sentenza 1555/2009

<sup>54</sup> Corte di Giustizia CE, sezione II, C-371/05

<sup>55</sup> Consiglio di Stato, sezione V, sentenza 591/2009; nel caso di specie era stato ritenuto illegittimo l'affidamento diretto del servizio a una società, il cui statuto non garantiva l'incedibilità delle azioni ai privati in maniera certa e permanente.

La proprietà pubblica del capitale deve essere pertanto garantita da appositi e stabili strumenti giuridici.

<sup>56</sup> Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria 1/2008



L'intervento comunitario positivizza una sorta di clausola di compatibilità, diretta a far coesistere l'in house providing e i capitali privati, sovvertendo uno dei principi cardine e degli elementi qualificanti dell'istituto, l'unico che non aveva mai posto dubbi ermeneutici. L'ingresso di capitali privati è bilanciato e ridimensionato da requisiti stringenti, tra i quali rileva in maniera peculiare la necessità di una previsione legislativa che preveda tale partecipazione come obbligatoria.

E', altresì, opportuno precisare che la partecipazione privata ammessa è quella pertinente al capitale diretto della persona controllata e non al capitale dell'amministrazione aggiudicatrice<sup>57</sup>.

La presenza di capitali privati nel patrimonio sociale rende quanto mai vago il confine sussistente tra le società in house e le società miste, e più in generale, tra le forme di partenariato pubblico-pubblico e forme di partenariato pubblico-privato.

Il confine, ancorché sfuggente, sembra permanere in base al rilievo secondo cui nelle forme di partenariato pubblico-privato istituzionalizzato è rinvenibile una convivenza tra norme societarie e pubblicistiche, non rinvenibile nelle società in house, in quanto non si configura una vera e propria struttura societaria, con conseguente prevalenza delle disposizioni pubblicistiche, che consentono di snidare la pubblicità reale dell'istituto.

L'obiettivo primario delle direttive è teso a garantire la più ampia applicazione dei principi comunitari, mediante l'attuazione del conclamato principio dell'indifferenza delle forme giuridiche, configurando un'apertura all'ingresso dei capitali privati, che, in base al bilanciamento effettuato dal legislatore comunitario mediante la necessità di requisiti stringenti, *prima facie*, non trasformano in maniera completa l'istituto.

## 2.2 "Controllo analogo": dalla subordinazione gerarchica all'influenza dominante

La sussistenza in capo alla PA, di un potere di controllo sulla società in house, analogo, in termini di intensità e di esplicazione, a quello esercitato dalla stessa PA sui propri servizi, ha sempre, di fatto, tratteggiato la caratteristica distintiva del fenomeno dell'affidamento diretto, nel panorama tradizionale del diritto societario.

Tale caratteristica non permette di collocare la società in house quale entità posta al di fuori dell'ente pubblico, il quale ne dispone come di una propria articolazione interna; l'affidamento mediante in house contract non consente di configurare un rapporto contrattuale intersoggettivo, la distinzione tra socio e società non si realizza in termini di alterità soggettiva e "il velo che normalmente nasconde il socio dietro la società è dunque squarciato"<sup>58</sup>.

Le direttive hanno riformato anche tale requisito, in maniera conforme all'ingresso di capitali privati nel patrimonio dell'ente affidatario, nel solco legislativo teso a rendere meno tassativi i requisiti originari.

La configurazione della società di capitali si è sempre mal conciliata con la totale assenza di potere decisionale<sup>59</sup> e con il totale assoggettamento dei suoi organi al potere gerarchico dell'ente pubblico, titolare della partecipazione sociale.

L'assoluta mancanza di potere decisionale, in capo alla società in house, vincola l'interprete a definire la distinzione sussistente tra il patrimonio dell'ente e quello della società, in termini di separazione patrimoniale, ma non di distinta titolarità<sup>60</sup>.

In presenza di tale forma di controllo, la società non può ritenersi terza rispetto all'amministrazione controllante, che detiene il potere di dettare le linee strategiche e le

---

<sup>57</sup> S.GALLO, *op.cit.*

<sup>58</sup> Cassazione Civile, sezioni unite, sentenza 26283/2013, rel. Rordorf

<sup>59</sup> AA. VV., "Società in house, criticità e prospettive", 2014, Cesda

<sup>60</sup> S.GIRELLA, "Il processo di trasformazione della responsabilità dei pubblici dipendenti", 2015, Franco Angeli editore;

scelte operative della società in house, i cui organi si trovano in una posizione di incontestata subordinazione gerarchica.

Inoltre, tale rapporto gerarchico esclude ontologicamente qualsiasi area di autonomia ed eventuali poteri di motivato dissenso, eventualmente esercitabili dalla società controllata.

La sentenza della Cassazione<sup>61</sup>, resa a Sezioni Unite, nel novembre 2013, aveva ulteriormente precisato che l'espressione "controllo" non fosse riconducibile alla figura della cd. influenza dominante, che di regola è esercitata dal titolare della partecipazione maggioritaria, ma accedesse a una sfumatura più intensa, equiparabile a un potere di comando, direttamente esercitato sulla gestione dell'ente, non residuando, in capo agli organi sociali, alcuna rilevante autonomia gestionale.

La giurisprudenza amministrativa<sup>62</sup>, in relazione ai poteri delle amministrazioni controllanti, ha sempre richiesto una forma di controllo effettiva, non solo formale e apparente, caratterizzata, tra gli altri, dal potere di effettuare controlli sul bilancio, sulla qualità dell'amministrazione, cristallizzando poteri ispettivi diretti e concreti, tali da configurare la totale dipendenza dell'affidatario, in materia di strategie e politiche aziendali.

Le direttive intervengono sul requisito in esame, allargando le maglie in tema di definizione di "controllo" analogo, e precisano che tale condizione risulti soddisfatta qualora l'amministrazione aggiudicatrice eserciti un'influenza determinante (o decisiva), sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative del soggetto affidatario; inoltre riconoscono il cd. controllo analogo indiretto, esercitato da una persona giuridica diversa, ma a sua volta sottoposta al controllo dell'amministrazione aggiudicatrice, come accade nel caso delle cd. holding di partecipazione<sup>63</sup>, che si frappongono tra la PA aggiudicatrice e la società in house.

Il legislatore comunitario rende meno vincolante il requisito del controllo operato dalla PA, ponendosi nella scia interpretativa tracciata dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, che in una pronuncia recente<sup>64</sup>, ha tracciato le caratteristiche dell'affidamento in house "orizzontale", che sussiste allorché intervenga un contratto tra una amministrazione aggiudicatrice e un soggetto aggiudicatario, non avvinchiato da alcun rapporto di controllo, ma entrambi sottoposti al controllo della stessa PA, a sua volta aggiudicatrice; è inoltre necessario che entrambi i soggetti, protagonisti dell'affidamento, realizzino la propria attività, in misura prevalente, nei confronti della PA controllante.

Le direttive operano su un piano differente e configurano il cd. controllo a cascata (o indiretto)<sup>65</sup>, ma è evidente la tendenza giurisprudenziale e normativa, protesa a rendere il requisito del controllo operato dalla PA più duttile rispetto al passato.

Il Consiglio di Stato<sup>66</sup>, con il parere summenzionato, nell'ammettere la legittimità del controllo analogo indiretto, previsto dalla direttiva 2014/24, afferma che la stessa, nonostante non sia stata ancora recepita, appare di carattere sufficientemente dettagliato tale da risultare di concreta attuazione.

Le direttive e la giurisprudenza comunitaria, e ora anche interna, si orientano verso una concezione di controllo meno vincolante, in perfetta linea di continuità con l'ammissibilità dell'ingresso di capitali privati.

---

<sup>61</sup> Vedi nota 56

<sup>62</sup> Cons. giust. Amm. Reg. Sic., sentenza 719/2007

<sup>63</sup> R. DE NICTOLIS, L.CAMARIERO, *op.cit.*, pag.156 e ss.; la sentenza della Corte di Giustizia "Carbotermo", riteneva legittima la partecipazione societaria indiretta, a condizione che sia la società partecipata direttamente, che quella partecipata indirettamente, fossero a totale partecipazione pubblica, e che la partecipazione indiretta non affievolisse il controllo analogo.

La partecipazione indiretta era ammessa, purché vi fosse, al più, una partecipazione privata irrisoria nella holding.

<sup>64</sup> Corte di Giustizia UE, sezione V, sentenza 8 maggio 2014, (causa C-15/13)

<sup>65</sup> S.Gallo, *op.cit.*

<sup>66</sup> Consiglio di Stato, sezione II, parere 298/2015

### 2.2.1 L'in house frazionato e il controllo analogo congiunto: disciplina e criticità

Le direttive positivizzano un consolidato indirizzo pretorio, interno e comunitario, in tema di in house "frazionato", laddove la partecipazione pubblica sia detenuta da diverse amministrazioni aggiudicatrici, o, in altri termini, nell'ipotesi in cui la società in house sia "partecipata" da diversi enti pubblici.

In realtà, in maniera implicita, già la sentenza "Teckal" aveva anticipato tale deriva dell'affidamento in house, in quanto aveva previsto che il soggetto aggiudicatario svolgesse la parte più importante della propria attività nei confronti dell'ente o "degli enti locali" con poteri di controllo.

La Corte di Giustizia ha recepito i principi espressi nella sentenza richiamata e, in diversi arresti giurisprudenziali<sup>67</sup>, ha affermato che il modello dell'affidamento *in house* è riferibile anche alle ipotesi in cui le partecipazioni della società siano detenute da più enti pubblici.

Anche la giurisprudenza interna<sup>68</sup> ha ritenuto legittimo il modello in esame, valorizzando l'aspetto funzionale del controllo, rifuggendo dall'aspetto strettamente dominicale, che a contrario richiede, per la sussistenza del requisito de qua, un controllo totalitario della intera *governance* societaria.

Per la sussistenza del controllo congiunto, è necessario che le decisioni più importanti siano sempre sottoposte al vaglio preventivo della totalità degli enti detentori delle quote.

Gli enti pubblici affidanti devono essere in grado di indirizzare tutta l'attività sociale, congiuntamente, mediante gli strumenti previsti dall'ordinamento, al fine di rendere ogni singola amministrazione detentrici di un potere di controllo, non esercitabile, tuttavia, in via autonoma.

Le direttive hanno positivizzato, in tal modo, il modello dell'in house frazionato (o pluripartecipato), nel quale la società costituisce *longa manus* per diverse amministrazioni, disgiunte nella titolarità delle quote, ma dotate di equivalenti poteri di controllo e indirizzo per le attività della controllata.

Il controllo analogo, secondo queste coordinate ermeneutiche, non corrisponde più al rapporto organico in termini di relazione gerarchica, ma è opportuno operare una valutazione in concreto del modello societario partecipato, valorizzando ulteriori specifici elementi<sup>69</sup>.

Il controllo analogo congiunto non richiede una valutazione in termini atomistici, ma è sufficiente che i poteri degli enti partecipanti siano effettivi e reali, senza la necessità che si monitori la posizione di ogni singola amministrazione partecipante<sup>70</sup>.

E' pertanto rilevante che sia garantita al singolo socio una possibilità effettiva di coinvolgimento, e tale requisito è soddisfatto qualora ciascuna amministrazione gestisca il capitale sociale e partecipi alle decisioni adottate dagli organi direttivi dell'entità controllata<sup>71</sup>.

In ordine alle concrete modalità di esplicazione del controllo congiunto, è da rilevare un'eterogeneità che impedisce di ricondurre il sistema ad unità: in via esemplificativa, il requisito in esame può essere soddisfatto mediante la nomina diretta di singoli rappresentanti per il CDA, oppure mediante la predisposizione di organismi di controllo con poteri di verifica in ordine all'attività svolta dalla società in house<sup>72</sup>.

Il legislatore comunitario ha così cristallizzato l'istituto dell'in house frazionato, ritenendo imprescindibile il rispetto dei requisiti richiesti per il modello "tradizionale", specificando le

<sup>67</sup> Per tutti si veda Corte di Giustizia CE, sezione I, 11 maggio 2006, causa C-340/04

<sup>68</sup> Consiglio di Stato, sezione V, sentenza 8970/2009

<sup>69</sup> M.NICO, "Società in house e pluralità di così: ecco come il controllo analogo cambia volto", in Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza, 2009

<sup>70</sup> Consiglio di Stato, sezione V, sentenza 5082/2009

<sup>71</sup> Corte di Giustizia UE, sezione III, 29 novembre 2012, cause C-182/11 e 183/11

<sup>72</sup> C.E.GALLO, "Autorità e consenso nei contratti pubblici alla luce delle direttive 2014", Torino, Giappichelli, 2014

condizioni necessarie ulteriori, che si rendono doverose a causa della disgiunta titolarità delle quote.

Il controllo risponde alla qualifica di “congiunto” qualora gli organi decisionali dell’organismo controllato siano composti da rappresentanti di tutti gli enti partecipanti, in un’accezione funzionale dell’istituto della rappresentanza; gli enti devono poter esercitare congiuntamente un’influenza determinante sugli obiettivi e le decisioni dell’ente controllato e lo stesso non deve perseguire interessi contrari a quelli delle amministrazioni partecipanti.

L’effettiva presenza di rappresentanti dei soci pubblici, nella composizione degli organi decisionali della società in house, è da intendersi in senso funzionale e non tassativo; è sufficiente che ogni amministrazione, tramite un esponente negli organi decisionali (CDA o altro organo di controllo), possa orientare l’attività strategica della controllata.

Anche il requisito dell’“influenza determinante” residua margini di discrezionalità in ordine al concreto significato da conferire a un concetto giuridicamente vago.

Il recepimento delle direttive e l’opera ermeneutica delle Corti fornirà un contributo determinante sul tema.

Da ultimo, le direttive non chiariscono se sia compatibile la detenzione di quote da parte di privati con il modello dell’ in house frazionato, ma appare ragionevole ammettere la legittimità di tali partecipazioni, con le stesse limitazioni previste per l’in house “verticale”, ovvero in assenza di poteri di controllo e di veto per i privati.

Nonostante l’impostazione appena delineata, il controllo analogo esercitato in maniera congiunta sembra smarrire le peculiarità del controllo analogo “tradizionale”.

Il controllo analogo viene configurato in termini più intensi rispetto ai consueti controlli societari, traducendosi in un potere assoluto di direzione, coordinamento e supervisione dell’attività<sup>73</sup>, che mal si concilia con un controllo esercitato in maniera congiunta da diverse pubbliche amministrazioni.

La frammentazione soggettiva del potere di controllo, causata e legittimata ontologicamente dalla disgiunta titolarità delle quote partecipative, è suscettibile di far smarrire al controllo stesso il carattere di dominio e la assimilabilità dello stesso ai poteri che ogni amministrazione detiene nei confronti dei propri uffici.

Nell’esercizio del controllo “analogo” congiunto, qualsiasi decisione sarà influenzata dagli altri enti-soci, rendendo le determinazioni delle amministrazioni non immediatamente esecutive e come tali difficilmente riconducibili allo schema del “potere assoluto” che ricorre nell’ipotesi di controllo analogo individuale.

Un potere così concepito, a causa del prolungamento dei tempi di esternazione dello stesso, generati dalla necessità di rendere effettivo il coinvolgimento di ogni singolo socio pubblico, e delle modalità congiunte di esecuzione, rendono tale controllo temperato, mitigato nell’intensità, e come tale non caratterizzato dall’immanente dominio che ha sempre contraddistinto il requisito in esame.

### *2.3 La prevalenza dell’attività nei confronti dell’ente controllante: superamento del fattore qualitativo, per (innegabili) esigenze di certezza*

Il requisito della prevalenza dell’attività in favore degli enti partecipanti ha sempre sollevato dubbi ermeneutici rilevanti, dovuti ai confini sfuggenti del concetto stesso di prevalenza.

Le Sezioni Unite<sup>74</sup>, tuttavia, avevano risolto un precedente dibattito<sup>75</sup>, convenendo sugli innegabili margini di discrezionalità che la caratteristica in esame presentava, ma avevano

<sup>73</sup> Consiglio di Stato, sezione V, sentenza 1181/2014

<sup>74</sup> Corte di Cassazione, sezioni unite, sentenza 26283/2013

precisato che la valutazione da operare non fosse meramente quantitativa, da realizzare con riguardo esclusivo al fatturato e alle risorse economiche impiegate, ma era opportuno tener conto di profili qualitativi e della prospettiva di sviluppo in cui l'attività accessoria eventualmente si ponesse.

La pronuncia si poneva sulla scia interpretativa tracciata dalla Corte Costituzionale<sup>76</sup> che a sua volta si era conformata alla lettura fornita dalla Corte di Giustizia.

La *ratio* sottesa al requisito in esame è finalizzata a preservare il rispetto delle regole concorrenziali, per quella porzione di attività svolta dalla società in house sul mercato, non rivolta pertanto agli enti controllanti, suscettibile di porre la stessa su un piano concorrenziale con le altre imprese.

Come chiarito in via pretoria, la "prevalenza" dell'attività, nei confronti dell'ente controllante, non privava l'ente controllato della libertà di azione per la sola ragione che le decisioni dello stesso fossero prese dall'amministrazione detentrici delle quote<sup>77</sup>.

L'interprete doveva prendere in considerazione tutte le circostanze, sia qualitative che quantitative, tramite un'opera ermeneutica particolarmente complessa.

Sotto il profilo quantitativo, è opportuno tener conto che il fatturato determinante era rappresentato da quello realizzato in virtù di decisioni di affidamento adottate dall'ente locale controllante, dovendo rifuggire da rigide predeterminazioni legate alla percentuale dello stesso.

Sotto il profilo qualitativo, era necessario valutare la natura dei servizi resi, rilevando, in concreto, che l'eventuale attività accessoria, libera e rivolta al mercato, fosse marginale e assumesse portata meramente strumentale rispetto alla prestazione d'interesse economico svolta in via principale dalla società.

La Corte Costituzionale ha ritenuto che le esigenze di tutela della concorrenza, prioritarie e di rilievo costituzionale, imponessero di operare una ripartizione chiara, tra all'attività amministrativa posta in essere per conto della PA e il libero svolgimento dell'attività di impresa.

L'esigenza di mantenere separate le due sfere d'azione è finalizzata ad impedire che la società in house, che come chiarito svolge attività amministrativa, rappresentando *longa manus* dell'ente controllante, eserciti attività di impresa, con scopo di lucro, beneficiando dello status di amministrazione, con tutti i vantaggi collegati, tra i quali la discussa assoggettabilità delle stesse società in house alle procedure concorsuali<sup>78</sup>.

---

<sup>75</sup> S.BIGOLARO, V.CASELLANI, "Le società in house negli enti locali e nella Sanità; dal quadro normativo al caso pratico", Bologna, 2012, Maggioli

<sup>76</sup> Corte Costituzionale, sentenza 439/2008

<sup>77</sup> Corte di Giustizia CE, 11 maggio 2006, causa C-340/04

<sup>78</sup> L'impostazione interpretativa prevalente propende per la fallibilità delle società a capitale misto pubblico-privato (sul punto si veda Cassazione 22209/2013).

Come rilevato dalla Corte di Cassazione "In tema di società partecipate dagli enti locali, la scelta del legislatore di consentire l'esercizio di determinate attività a società di capitali, e dunque di perseguire l'interesse pubblico attraverso lo strumento privatistico, comporta che queste assumano i rischi connessi alla loro insolvenza, pena la violazione dei principi di uguaglianza e di affidamento dei soggetti che con esse entrano in rapporto ed attesa la necessità del rispetto delle regole della concorrenza, che impone parità di trattamento tra quanti operano all'interno di uno stesso mercato con identiche forme e medesime modalità".

Il tribunale di Reggio Emilia, con sentenza 150/2014, ha affermato la possibilità di dichiarare il fallimento di una società in house, in quanto l'affermata competenza giurisdizionale della Corte dei Conti non impedisce affatto che le predette società possano essere assoggettate a procedura concorsuale, ben potendo le condotte dei soggetti essere considerate plurioffensive e, cioè, lesive del patrimonio pubblico e, nel contempo, pregiudizievoli per i creditori o i terzi.

La finalità pubblicistica perseguita dagli enti pubblici soci non è automatica caratteristica della società in house, la quale agisce sul mercato con finalità di lucro (in termini di perseguimento, quantomeno, di un pareggio di bilancio, se non di lucro). In tal senso si è espresso il Tribunale di Modena (decreto del 10/1/2014) secondo cui "In difetto di diversa qualificazione legislativa, deve ritenersi valido il principio generale della assoggettabilità alle procedure concorsuali delle imprese che abbiano assunto la forma societaria iscrivendosi nell'apposito registro e quindi volontariamente assoggettandosi alla disciplina privatistica".

Non è negata, né limitata la libertà di iniziativa economica degli enti territoriali, ma è imposto loro di esercitarla distintamente dalle proprie funzioni amministrative, rimediando a una frequente commistione, che il legislatore statale ha reputato distorsiva della concorrenza<sup>79</sup>.

Come rilevato dalla Autorità per la Vigilanza dei contratti pubblici<sup>80</sup>, a prescindere dall'individuazione di una soglia percentuale, è necessario operare un giudizio pragmatico, in quanto la natura dei servizi resi al mercato deve avere valore esiguo e l'affidatario diretto deve dimostrare la quasi inesistente valenza commerciale della strategia aziendale, all'interno del mercato pubblico e di quello privato<sup>81</sup>.

L'obiettivo prioritario, del requisito della "prevalenza dell'attività", risiede nell'evitare che la società in house assuma una vocazione schiettamente commerciale, tale da rendere precario il controllo dell'ente pubblico.

Il Consiglio di Stato individua, quali indici sintomatici della deriva commerciale assunta eventualmente dalla società in house, l'ampliamento anche progressivo, dell'oggetto sociale e l'apertura obbligatoria della società ad altri capitali o l'espansione territoriale dell'attività della società: l'affermarsi di una vocazione strategica basata sul rischio di impresa finisce infatti per condizionare le scelte decisive dell'ente asseritamente *in house*, distogliendolo dalla cura primaria dell'interesse pubblico di riferimento e, quindi, "facendo impallidire la natura di costola organica, pur se entificata, dell'ente o degli enti istituenti"<sup>82</sup>.

L'*in house*, nell'ottica del requisito dell'attività svolta, è un modello di organizzazione domestica e istituzionale del servizio pubblico, estranea alle logiche di impresa e di mercato.

Le direttive intervengono in un'ottica di precisazione del concetto di prevalenza, e ritengono soddisfatta tale condizione qualora oltre l'80% dell'attività, svolta dal soggetto affidatario, sia attuazione di compiti ad esso affidati dall'amministrazione controllante, in via diretta o indiretta.

Le direttive fanno espresso riferimento alle attività affidate da persone giuridiche a loro volta controllate dall'amministrazione controllante, tracciando una lettura compatibile con il requisito del controllo analogo congiunto.

L'art.12, della direttiva 2014/24, positivizza un criterio meramente quantitativo, in ottemperanza ad esigenza di certezza e riduzione del contenzioso in materia, dovuto alla discrezionalità innata nelle valutazioni di tipo qualitativo.

Appare evidente che il dato quantitativo, come unico discrimine per la configurazione della società in house, comporta una semplificazione in ordine al riconoscimento delle stesse, che non dovrà essere necessariamente rimesso all'apprezzamento di un operatore giuridico qualificato.

La misura dell'80% stabilita dalle direttive deve essere calcolata sulla base del fatturato totale medio o su un'idonea misura alternativa basata sull'attività sostenuta dallo stesso ente affidatario.

Nell'intento di prediligere esigenze di certezza, nel caso in cui non fosse possibile calcolare la prevalenza in base al fatturato, le direttive individuano nei costi sostenuti dalla amministrazione aggiudicatrice nei campi dei servizi, delle forniture e dei lavori, i parametri quantitativi cui ancorare la sussistenza di un affidamento in house.

La prevalenza, in termini quantitativi, deve preesistere nei tre anni precedenti l'affidamento diretto e nel caso di mancanza del requisito temporale, le direttive consentono

---

L'ingresso di capitali privati nelle società in house avvicina il modello de qua, in termini di responsabilità patrimoniale, al modello delle società miste a capitale misto pubblico-privato, assoggettando le stesse a un doppio binario di responsabilità e di giurisdizione.

<sup>79</sup> Corte Costituzionale, sentenza 326/2008

<sup>80</sup> AVCP, delibera 21/2010

<sup>81</sup> S. BIGOLARO, V. CASTELLANI, op. cit, pag. 41 e ss.

<sup>82</sup> Consiglio di Stato, sezione V, sentenza 5082/2009

l'affidamento qualora si dimostri, sulla base di proiezioni *pro futuro* dell'attività, la credibilità del rispetto dei fattori prescritti.

### 3. Consiglio di Stato 298/2015; il “nuovo” affidamento diretto trova cittadinanza nel nostro ordinamento

Il Consiglio di Stato, con il parere in esame, si è espresso in ordine alla diretta applicabilità della direttiva 2014/24, in attesa dello spirare del termine di recepimento fissato, dall'Unione Europea, nel 2016.

Il quesito ha avuto ad oggetto la possibilità di un affidamento diretto al CINECA (Consorzio Interuniversitario) da parte del Ministero dell'Istruzione.

Nel caso di specie è stata rilevata la sussistenza del controllo analogo da parte del Ministero, per effetto sia della partecipazione di quest'ultimo agli organi direttivi dell'ente, sia per il potere di approvare eventuali modifiche allo statuto del CINECA e il diritto di veto sulle più rilevanti deliberazioni del Consiglio consortile.

La novità rilevante del parere emerge in tema di prevalenza dell'attività, poiché il Collegio fa espresso riferimento all'art.12 della direttiva 24/2014<sup>83</sup>, in ordine alle nuove disposizioni, che escludono dalla valutazione il fattore qualitativo, in quanto la norma risulta caratterizzata da un grado di compiutezza così elevato, tale da consentire l'inquadramento del testo legislativo nella categoria delle direttive *self-executing*, a causa del contenuto incondizionato e preciso.

Il rilievo decisivo attiene alla considerazione che la direttiva 2014/24 non è stata ancora accolta in un testo legislativo, essendo ancora in corso il termine per il recepimento stesso.

Il Consiglio di Stato allude un'applicazione immediata del tipo “self-executing”, per poi assestarsi sulla riflessione di “non poter non tener conto di quanto disposto dal legislatore europeo”, con una formula quanto mai vaga.

Tuttavia in un passaggio successivo si rileva che “il modello accolto è quello codificato, della cooperazione pubblico-pubblico istituzionalizzata di tipo verticale secondo l'art.12, direttiva 24/2014”.

---

<sup>83</sup> Consiglio di Stato, sezione II, parere 298/2015; “L'art. 12 cit. 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'art. 12 cit., 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” (art.12 cit., 1° par., lett.a), 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” (art.12 cit., 1° par., lett.b). 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 sui propri servizi ai sensi della lettera a) qualora essa eserciti un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della persona giuridica controllata. Tale controllo può anche essere 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 l'altro ente pubblico che riceve l'affidamento dall'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 influenza dominante (la percentuale dell'80% richiama la stessa quota dettata, per i settori speciali, dagli artt. 218 del dlgs.163/06 e 23 Dir. 17/2004).”

Il parere assume portata nodale, in quanto, seppur nell'evasiva formula del Consiglio di Stato, introduce nel nostro sistema, per la prima volta, il nuovo modello dell'in house providing, in attesa del definitivo testo di recepimento.

Un modello che, nell'auspicio del legislatore comunitario, è connotato da certezza e flessibilità e che si innesti nel panorama delle commesse pubbliche con un favor per l'economia e gli operatori del mercato, e che resti quanto più distante possibile dalle aule giudiziarie.