



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO

DIPARTIMENTO IURA

Scuola di dottorato in Diritto sovranazionale e diritto interno

Dottorato di ricerca in Diritto Comunitario e diritto interno: fonti, organizzazione e attività

L'in house providing tra diritto europeo e diritto nazionale

IUS/10 – Diritto amministrativo

IUS/14 – Diritto dell'Unione europea

TUTOR

Chiar.ma Prof. ssa Laura Lorello

CO-TUTOR

Chiar.mo Prof. Alfonso Celotto

COORDINATORE

Chiar.ma Prof. ssa Laura Lorello

DOTTORANDA

Dott.ssa Giulia Fortuna

XXII CICLO - ANNO ACCADEMICO 2007-2008

DOTTORATO



Indice

Introduzione	4
---------------------------	----------

Capitolo I

L'elaborazione da parte della Corte di Giustizia del concetto di *in house providing*: le origini dell'istituto

1. L' <i>in house providing</i> : le origini dell'istituto	9
2. I primi passi della Corte di Giustizia nell'elaborazione del concetto di <i>in house providing</i>	12
3. L' <i>in house providing</i> e la partecipazione privata al capitale azionario	15
4. L' <i>in house providing</i> e le concessioni	20
5. La Corte di Giustizia e la definizione del concetto di "controllo analogo"	25
6. La libertà di scelta tra le diverse forme di affidamento di un servizio pubblico.....	33
7. La Corte di Giustizia inizia la rifinitura del secondo requisito legittimante l'affidamento <i>in house</i>	38

Capitolo II

Le condizioni legittimanti l'*in house providing*: il controllo analogo e lo svolgimento dell'attività prevalente in favore dell'ente affidante

1. Il controllo analogo: cenni introduttivi	44
1.1 La necessità della partecipazione pubblica totalitaria e la cedibilità del capitale azionario	46
1.2 La partecipazione pubblica indiretta dell'ente affidante alla società <i>in house</i>	54
1.3 Le società miste e le statuizioni dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 1 del 2008.....	58
1.4 L'insufficienza della partecipazione pubblica totalitaria ai fini della configurabilità del controllo analogo	68
1.4.1 Controllo analogo e controllo societario	74
1.5 L' <i>in house</i> pluripartecipato: il controllo analogo congiunto	79
2. Il requisito dello svolgimento della parte più importante dell'attività in favore dell'ente affidante	84

Capitolo III

L'*in house providing* nella legislazione italiana in materia di servizi pubblici locali: la genesi dell'istituto fino all'adozione dell'art. 23 *bis* del decreto-legge n. 112 del 2008

1. La genesi dell' <i>in house providing</i> nella legislazione interna in materia di servizi pubblici locali: cenni introduttivi	91
2. La prima disciplina organica della materia dei servizi pubblici locali	94
2.1 L'introduzione delle società per azioni, senza il vincolo della partecipazione pubblica maggioritaria	97
2.2 Alcuni chiarimenti in materia di società miste: l'art. 17, comma 58, della legge n. 127 del 1997	98
3. La seconda fase della disciplina dei servizi pubblici locali: l'obbligo di esternalizzazione della gestione dei servizi pubblici locali	99
4. La terza fase: la prima codificazione dell'istituto dell' <i>in house providing</i>	105
5. La quarta fase: la disciplina introdotta dall'art. 23 <i>bis</i> del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112 e la marginalizzazione dello schema dell' <i>in house providing</i>	109

Capitolo IV

L'*in house providing* tra diritto dell'Unione europea e diritto italiano: la recente introduzione dell'art. 4 del decreto-legge n. 138 del 2011

1. La prospettiva comunitaria: il principio di autorganizzazione delle autorità pubbliche	123
2. La prospettiva nazionale: l'eccezionalità degli affidamenti <i>in house</i>	132
3. La posizione della Corte costituzionale in materia di <i>in house providing</i>	141
4. L' <i>in house providing</i> : la situazione immediatamente successiva al referendum abrogativo del 12 e 13 giugno 2011	147
4.1 (<i>segue</i>) La normativa di risulta: l'applicabilità della disciplina comunitaria	154
5. La nuova disciplina introdotta dall'art. 4 del decreto-legge n. 138 del 2011 ...	156
6. L' <i>in house providing</i> nell'art. 4 del decreto-legge n. 138 del 2011: l'esito referendario tra ordinamento europeo e ordinamento interno. Profili di illegittimità costituzionale	164

Conclusioni	171
Bibliografia	174

Introduzione

La presente ricerca ha lo scopo di analizzare l'istituto *dell'in house providing*, istituto di origine pretoria, delineato dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea, attraverso il quale la pubblica amministrazione si avvale, per reperire determinati beni o servizi o per erogare alla collettività una determinata prestazione, di entità formalmente terze (solitamente società di capitali) sottoposte al suo penetrante controllo.

Il lavoro, più nel dettaglio, fornisce un quadro di comparazione tra l'istituto dell'*in house providing* così come elaborato a livello comunitario ed il modello di *in house providing* che si è recentemente venuto a delineare in Italia, a partire dalla riforma introdotta in materia di servizi pubblici locali con l'art. 23 *bis* del decreto-legge n. 112 del 2008 sino ad arrivare alla recente introduzione dell'art. 4 del decreto-legge n. 138 del 2011.

L'analisi prende le mosse dalle principali pronunce adottate dalla Corte di Giustizia a partire dalla storica sentenza *Teckal* del 18 novembre 1999. Il primo capitolo della tesi passa in rassegna, infatti, i passaggi più significativi del percorso giurisprudenziale intrapreso dalla Corte di Giustizia, al fine di delineare la genesi dell'istituto dell'*in house providing* e la *ratio* sottesa alla sua nascita a livello comunitario.

Concluso l'esame della genesi dell'istituto, nel secondo capitolo vengono esaminate le condizioni legittimanti il ricorso all'*in house providing*, tradizionalmente individuate (i) nel c.d. "controllo analogo" e (ii) nello svolgimento dell'"attività prevalente" in favore dell'ente affidante.

L'analisi delle due condizioni legittimanti l'affidamento *in house* è stata svolta attraverso un esame tanto della giurisprudenza comunitaria quanto di quella nazionale, evidenziando i punti di uniformità e di contrasto tra le due giurisdizioni.

Con particolare riferimento al requisito del controllo analogo, vengono illustrate ed approfondite le problematiche incontrate tanto dalla giurisprudenza quanto dalla dottrina nella definizione di tale requisito. Ci si sofferma, in particolare, sull'aspetto della partecipazione pubblica totalitaria al capitale azionario della società *in house* e sulle problematiche relative alla cedibilità di tale capitale; sulla configurabilità del requisito del controllo analogo in presenza di una partecipazione solamente indiretta dell'ente affidante alla società *in house*; sui penetranti poteri di gestione e controllo di cui deve disporre l'ente affidante sulla società *in house*; ed, infine, sulle caratteristiche del controllo analogo congiunto.

Nel definire il concetto di controllo analogo, vengono anche evidenziate le ontologiche differenze che sussistono tra l'istituto dell'*in house providing* ed il diverso fenomeno delle società a partecipazione mista pubblica-privata. Viene sottolineato, in particolare, come nel caso delle società miste non sia possibile configurare gli estremi di una gestione *in house* e come, dunque, la selezione del socio privato partecipante alla società mista debba avvenire tramite una procedura ad evidenza pubblica. A tal riguardo, il lavoro illustra le diverse soluzioni prospettate dalla dottrina e dalla giurisprudenza e le caratteristiche della c.d. gara a doppio oggetto.

Il lavoro prosegue con l'analisi del secondo requisito legittimante l'affidamento *in house*: quello dello svolgimento dell'attività "prevalente" in favore dell'ente affidante. Viene, in primo luogo, illustrato come si atteggi tale requisito nel caso di concessioni di servizi pubblici, nelle quali il concessionario presta tecnicamente la propria attività non già in favore dell'amministrazione, bensì in favore degli utenti del servizio. In secondo luogo, viene chiarito quali siano le modalità di accertamento della prevalenza dell'attività nel caso di società *in house* pluripartecipate. Infine, viene illustrato il significato da attribuire a tale requisito, distinguendo il suo profilo quantitativo da quello qualitativo.

Nella terza parte del lavoro, viene illustrato come l'*in house providing* sia stato codificato nella legislazione nazionale in materia di servizi pubblici

locali. L'istituto dell'*in house providing* ha trovato in Italia una compiuta codificazione solamente nella materia dei servizi pubblici locali e, dunque, si è ritenuto opportuno limitare l'indagine a tale settore.

Il lavoro passa in rassegna, suddividendola in distinte fasi, la legislazione succedutasi negli anni in materia di servizi pubblici locali, soffermandosi sui connotati che l'istituto dell'*in house providing* ha via via acquisito.

Particolarmente significativa nell'ambito della ricerca è la quarta fase, tuttora in corso, della disciplina dei servizi pubblici locali, avviata con l'introduzione dell'art. 23 *bis* del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112 e del d.P.R. 7 settembre 2010, n. 168, e che ha da ultimo condotto all'adozione dell'art. 4 del decreto-legge n. 138 del 2011. L'intervento del legislatore italiano, infatti, si innesta in un ampio processo di marginalizzazione dell'*in house providing* al quale si è assistito in Italia negli ultimi anni.

Nella quarta parte del lavoro, infine, si passa in concreto ad illustrare le differenze riscontrate tra l'approccio comunitario e quello nazionale nei confronti dell'*in house providing*.

Mentre nella prospettiva comunitaria la contemporanea sussistenza delle condizioni integranti la gestione *in house* esclude di per sé che si possa configurare un rapporto di terzietà tra ente pubblico e società *in house* e, dunque, che sia necessario introdurre limitazioni a tale tipo di gestione a tutela della concorrenza. Nella prospettiva comunitaria, più nel dettaglio, è stata data maggiore rilevanza al principio di autorganizzazione delle pubbliche amministrazioni, lasciando sostanzialmente libere le pubbliche autorità di scegliere di rivolgersi al mercato o di provvedere *in house*.

Il legislatore nazionale, a partire dall'approvazione dell'art. 23 *bis* e fino ad arrivare alla recente introduzione dell'art. 4 del decreto-legge n. 138 del 2011, ha iniziato, invece, un cammino in controtendenza rispetto a quello comunitario. Il legislatore italiano, infatti, ha introdotto numerose limitazioni alla gestione *in house* dei servizi pubblici locali, prevedendo delle condizioni ulteriori al suo ricorso, completamente estranee alla disciplina comunitaria dell'istituto.

Tale processo ha preso avvio con l'introduzione dell'art. 23 *bis* del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, il quale ha inquadrato l'istituto dell'affidamento diretto a società *in house* tra le modalità di affidamento “*in deroga*” alle modalità di affidamento ordinario, limitando il suo ricorso a situazioni del tutto eccezionali che non permettano un efficace e utile ricorso al mercato.

Mentre la Corte di Giustizia (e le istituzioni comunitarie) hanno continuato ad inquadrare l'affidamento *in house* tra i moduli di autorganizzazione dell'amministrazione, la giurisprudenza, il legislatore e le istituzioni nazionali hanno dunque relegato l'*in house providing* ad ipotesi derogatoria e del tutto eccezionale.

Nella ricerca ci si è soffermati anche sul ruolo che la Corte costituzionale ha avuto nell'ambito di tale processo di marginalizzazione del modulo dell'*in house providing*, rilevando come la stessa abbia ritenuto prevalente il principio, insieme oggettivo e finalistico, della tutela della concorrenza nel mercato, volto ad agevolare i processi di liberalizzazione finalizzati ad abbattere progressivamente le barriere all'entrata, ritenendo legittimo il percorso intrapreso in Italia, volto a limitare la libertà di autorganizzazione delle pubbliche amministrazioni e il ricorso all'*in house providing*.

Nella parte conclusiva, ci si è soffermati sugli sviluppi registrati nella materia dei servizi pubblici locali a seguito del positivo esito del referendum abrogativo dell'art. 23 *bis* tenutosi a giugno 2011.

In conformità alle statuizioni contenute nella sentenza della Corte costituzionale n. 24 del 2011, all'esito del referendum avrebbe dovuto trovare applicazione la disciplina comunitaria, meno restrittiva rispetto a quella nazionale, in materia di *in house providing*.

A distanza di pochi mesi dal referendum, tuttavia, il legislatore è intervenuto nella materia dei servizi pubblici locali con una nuova disciplina, introducendo l'art. 4 del decreto-legge n. 138 del 2011.

Con tale riforma, nonostante l'elettorato, con il referendum di giugno 2011, avesse espressamente scelto di allineare la disciplina italiana dell'*in*

house providing in materia di servizi pubblici locali a quella elaborata a livello comunitario, il legislatore ha invece ridotto ulteriormente l'ambito di operatività dell'istituto dell'*in house providing*.

Il lavoro illustra i tratti essenziali della nuova disciplina e solleva alcuni profili critici in merito alla stessa, soffermandosi anche sull'annoso problema del vincolo creato dall'esito referendario nei confronti della legislazione successiva.

Capitolo I

L'elaborazione da parte della Corte di Giustizia del concetto di *in house providing*: le origini dell'istituto

SOMMARIO: 1. *L'in house providing*: le origini dell'istituto; 2. I primi passi della Corte di Giustizia nell'elaborazione del concetto di *in house providing*; 3. *L'in house providing* e la partecipazione privata al capitale azionario; 4. *L'in house providing* e le concessioni; 5. La Corte di Giustizia e la definizione del concetto di "controllo analogo"; 6. La libertà di scelta tra le diverse forme di affidamento di un servizio pubblico; 7. La Corte di Giustizia inizia la rifinitura del secondo requisito legittimante l'affidamento *in house*.

1. *L'in house providing*: le origini dell'istituto.

L'in house providing tecnicamente inteso è un istituto di origine pretoria, delineato dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea, attraverso il quale una pubblica amministrazione si avvale, per reperire determinati beni o servizi o per erogare alla collettività una determinata prestazione, di entità giuridiche formalmente terze (generalmente società di capitali) sottoposte tuttavia ad un suo penetrante controllo.

L'in house providing nasce come figura ontologicamente contrapposta a quella dell'esternalizzazione, attraverso la quale la pubblica amministrazione procede al reperimento delle opere e dei servizi di cui ha bisogno mediante l'affidamento di un contratto, di appalto o di concessione, a soggetti terzi ed autonomi.

Più nello specifico, la pubblica amministrazione, anziché esternalizzare l'erogazione di un determinato servizio o l'esecuzione di una determinata opera, ha, semplificando, due alternative.

Da un lato, in applicazione del principio di autorganizzazione, può procedere all'affidamento della relativa attività o funzione ad una struttura organicamente inserita al suo interno, quale un suo ufficio o un suo organo.

Dall'altro, può avvalersi di un'entità dotata di un'autonoma personalità giuridica che, seppur formalmente da essa distinta, risulti nella sostanza equiparabile ad un suo organo: è questo l'ambito in cui si innesta l'elaborazione comunitaria dell'*in house providing* tecnicamente inteso.

Lasciando per un attimo da parte i contributi giurisprudenziali, i primi accenni al concetto di affidamento *in house* sono contenuti in un libro bianco del 1998 ed in una comunicazione interpretativa del 2000, adottati entrambi dalla Commissione europea¹.

In una comunicazione del 1998, avente ad oggetto "*Gli appalti pubblici nell'Unione Europea*", la Commissione fa per la prima volta riferimento all'*in house* parlando di appalti, definendo appalti *in house* quelli «*aggiudicati all'interno della pubblica amministrazione*», ai quali vengono ricondotti tanto quelli in cui l'appalto venga aggiudicato «*tra amministrazione centrale e locale*» quanto quelli in cui esso venga aggiudicato «*tra un'amministrazione e una società da questa interamente controllata*»².

Nella Comunicazione interpretativa del 2000, in materia di “*concessioni nel diritto comunitario*”, la Commissione aggiunge un ulteriore tassello nell'elaborazione del concetto di *in house providing*, qualificando tale istituto come «*forma di delega interorganica*»³.

¹ Ancor prima, tale figura rinviene le proprie origini nell'ordinamento del Regno Unito, dove si rinviene la contrapposizione tra *in house providing* e *contracting out*, ovvero tra la scelta della pubblica amministrazione di reperire ciò di cui ha bisogno mediante le proprie strutture interne oppure rivolgendosi all'esterno. Per una ricostruzione in chiave storica dei primi riferimenti al concetto di *in house providing*, cfr. STANCANELLI G., MOSCARDI I., DE NICTOLIS R., *Gli affidamenti in house*, in *Trattato sui contratti pubblici*, SANDULLI M.A.-DE NICTOLIS R.-GAROFOLI R. (a cura di), I, 2008, p. 308-309; CALSOLARO M.O., *S.p.a. in mano pubblica e in house providing. La Corte di giustizia Cetorna sul controllo analogo: un'occasione perduta?* in *Foro amm. CDS*, 2006, 6, 1670; GIOVAGNOLI R., *Gli affidamenti in house tra lacune del codice e recenti interventi legislativi*, in www.giustamm.it, 21.11.2007.

² Cfr. la Comunicazione della Commissione europea "*Gli appalti pubblici nell'Unione Europea*", COM (1998) 143 def., dell'11 marzo 1998, punto 2.1.3., p. 11.

³ Cfr. la Comunicazione interpretativa della Commissione europea «*sulle concessioni nel diritto comunitario*», del 12 aprile 2000, punto 2.4.

Nel precisare quale fosse l'ambito di applicazione della Comunicazione, la Commissione sottolinea come qualche problema di applicabilità si ponesse ove tra concedente e concessionario esistesse, appunto, una «*forma di delegazione interorganica*». Nel rilevare tale problematica, tuttavia, la Commissione rinvia alle statuizioni già allora pronunciate dagli avvocati generali e dalla Corte di Giustizia in materia di *in house providing*.

La Commissione ha viceversa affermato l'applicabilità della Comunicazione alle concessioni intercorrenti tra una pubblica autorità ed un'impresa pubblica incaricata della gestione di un

A partire dalla fine degli anni '90, anche la Corte di Giustizia e gli avvocati generali con le proprie conclusioni hanno cominciato ad offrire il proprio contributo nell'elaborazione dell'istituto dell'*in house providing*.

La giurisprudenza comunitaria, in particolare, ha contribuito all'elaborazione del concetto di *in house providing*, delimitando il campo di applicazione delle direttive comunitarie in materia di appalti nonché delle disposizioni dei Trattati in materia di concessioni, legittimando l'affidamento diretto di contratti pubblici in presenza di una serie di indici in grado di dimostrare l'esistenza di un rapporto di delegazione interorganica tra affidante e affidatario.

A partire dalle prime indicazioni fornite nella storica sentenza *Teckal*, causa C-107/98, la Corte di Giustizia ha dunque cominciato a delineare i contorni dell'istituto dell'*in house providing*.

Tale istituto può dirsi aver trovato un primo assetto coerente e completo a livello comunitario durante il biennio 2005-2006, con le sentenze 11 gennaio 2005, causa C-26/03 - Stadt Halle e RPL Lochau; 21 luglio 2005, causa C-231/03 - Coname; 13 ottobre 2005, causa C-458/03 - Parking Brixen GmbH; 10 novembre 2005, causa C-29/04 - Mödling o Commissione c/ Austria; 6 aprile 2006, causa C-410/04 - ANAV c/ Comune di Bari; 11 maggio 2006, causa C-340/04 - Carbotermo⁴.

Al fine di precisare i connotati degli affidamenti *in house*, è dunque opportuno passare in rassegna i passaggi più significativi di tale percorso giurisprudenziale.

servizio di interesse economico generale. La Commissione, in particolare, ha rilevato che se, da un lato, «è vero che, secondo giurisprudenza costante della Corte, non c'è nulla del trattato che possa impedire agli Stati membri di sottrarre al gioco della concorrenza, per motivi di pubblico interesse di natura non economica, taluni servizi d'interesse generale conferendo diritti esclusivi», dall'altro lato, «le modalità di organizzazione e l'esercizio di un monopolio così istituito non devono violare le disposizioni del trattato in materia di libera circolazione delle merci e dei servizi o le norme in materia di concorrenza».

⁴ Alcuni autori distinguono differenti fasi dell'evoluzione comunitaria dell'*in house providing*: durante il biennio 2005-2006 l'istituto avrebbe trovato un primo temporaneo completamento, mentre le fasi successive sarebbero state contraddistinte da una forte frammentarietà, che renderebbe difficile dare all'istituto una configurazione unitaria e coerente. In tal senso FERRARO V. *Partenariati pubblico-privati ed in house providing*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. comunit.*, 6, 2010, 1501 ss.

2. I primi passi della Corte di Giustizia nell'elaborazione del concetto di *in house providing*.

La Corte di Giustizia inizia a definire i contorni dell'*in house providing* a partire dalla sentenza *Teckal*, con il fine di individuare l'ambito di applicazione delle direttive comunitarie, allora vigenti, in materia di lavori (dir. 93/37/CEE), servizi (dir. 92/50/CEE) e forniture (dir. 93/36/CEE)⁵.

La causa *Teckal* ha avuto origine da una domanda di pronuncia pregiudiziale che il Tar dell'Emilia Romagna ha prospettato alla Corte di Giustizia, chiedendole se le disposizioni del diritto comunitario che prevedono la regola della procedura ad evidenza pubblica per l'aggiudicazione di appalti pubblici fossero applicabili qualora un ente locale affidi la fornitura di prodotti

⁵ Come noto, tali direttive sono state poi abrogate dall'art. 82 della direttiva 31 marzo 2004, n. 18, recante "*coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi*", recepita nell'ordinamento italiano con il d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, c.d. Codice dei contratti pubblici.

Come già accennato, ancora prima della Corte di Giustizia, hanno cominciato a definire i connotati degli affidamenti *in house* gli avvocati generali della Corte di Giustizia. Già l'avvocato generale S. Albert, nella causa RI. SAN. s.r.l. in C-108/98, aveva in parte anticipato il ragionamento giuridico che sarà fatto proprio dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Teckal*. In tal senso cfr. *Affidamento diretto e in house contracts negli appalti pubblici di servizi delle amministrazioni centrali*, Rapporto al dipartimento della funzione pubblica della Presidenza del Consiglio dei Ministri, Fondazione Rosselli, Roma, ottobre 2005, parte II, par. 1. Nella menzionata causa, la società RI. SAN. s.r.l. aveva contestato dinanzi al giudice *a quo* la legittimità di due delibere del Consiglio comunale di Ischia con le quali, da un lato, era stata approvata la costituzione di una società a capitale misto (la Ischia Ambiente S.p.A.), partecipata al 51 % dal Comune di Ischia e al 49 % dalla GEPI S.p.A. (società finanziaria a sua volta partecipata al 100 % dallo Stato) e, dall'altro, era stato affidato alla neo costituita società – senza alcuna gara – il servizio di raccolta dei rifiuti solidi urbani nel Comune di Ischia. L'avvocato Generale, con un approccio molto simile a quello che verrà successivamente ripreso nelle sue linee essenziali dalla Corte di Giustizia, esamina le caratteristiche del rapporto di controllo intercorrente tra il Comune di Ischia e la società Ischia Ambiente S.p.A. al fine di verificare se tra tali soggetti potesse dirsi sussistente un rapporto di delegazione interorganica. Cfr. Conclusioni dell'Avvocato Generale Siegbert Alber, presentate il 18 marzo 1999 nella causa C-108/98. La Corte di Giustizia, tuttavia, ha evitato di affrontare la questione prospettata dall'Avvocato Generale, limitandosi ad osservare che la fattispecie involgeva elementi confinati nell'ambito di un unico Stato membro e, pertanto, privi di rilievo comunitario. In tal senso cfr. FERRARO V., *Partenariati pubblico-privati ed in house providing*, in *riv. ital. dir. pubbl. com.*, 6, 2010, 1501 ss. Sulla causa RI. SAN. si veda altresì STANCANELLI G., MOSCARDI I., DE NICTOLIS R., *Gli affidamenti in house*, in *Trattato sui contratti pubblici*, SANDULLI M.A.-DE NICTOLIS R.-GAROFOLI R. (a cura di), I, 2008, p. 318, nota 24. Gli autori citano, altresì, le valutazioni svolte dall'Avvocato Generale La Pergola nella causa *Arnhem* in C-360/96, quale ulteriore esempio di approccio funzionale, precedente alla sentenza *Teckal*, nell'indagine volta all'individuazione degli aspetti sintomatici della sussistenza di un rapporto interorganico.

e la prestazioni di servizi ad un consorzio a cui esso partecipi unitamente ad altri enti pubblici territoriali.

La questione pendente dinanzi al giudice *a quo* ha preso le mosse dal ricorso promosso dalla Teckal s.r.l. per l'annullamento della delibera con cui il Comune di Viano ha affidato direttamente all'Azienda Gas Acqua Consorziale di Reggio Emilia (l'AGAC) la gestione del servizio di riscaldamento di taluni edifici comunali, senza procedere all'indizione di una gara per selezionare il contraente.

L'AGAC era un Consorzio, dotato di personalità giuridica autonoma, costituito, in conformità a quanto previsto dall'art. 25 della legge n. 142/90⁶, da diversi Comuni – tra i quali quello di Viano – per la gestione associata di servizi attinenti all'energia e all'ambiente, al quale era stato affidato, con la delibera impugnata, la conduzione e la manutenzione degli impianti termici di alcuni edifici comunali, nonché la fornitura di combustibile.

La Corte di Giustizia, dopo aver ricondotto *in astratto* la fattispecie nell'ambito applicativo della direttiva comunitaria in materia di forniture (anziché in quella in materia di servizi, come ipotizzato dal giudice *a quo*) ed aver ritenuto applicabile tale direttiva anche qualora un'amministrazione aggiudicatrice intenda concludere un contratto a titolo oneroso con un'altra amministrazione aggiudicatrice (non trovando applicazione l'art. 6 della direttiva 92/50 recante una deroga alla regola della procedura ad evidenza pubblica per gli appalti pubblici di servizi), ha esaminato la questione prospettata dal giudice emiliano andando a verificare se *in concreto* potesse dirsi esistente, a monte, un contratto di appalto di fornitura tra l'amministrazione ed il Consorzio⁷.

⁶ Come verrà illustrato meglio in seguito (*infra* cap. III), la legge 8 giugno 1990, n. 142, sull'ordinamento delle autonomie locali, consentiva ai Comuni e alle Province, per la gestione associata di uno o più servizi, di costituire un consorzio secondo le norme previste dall'art. 23 della medesima legge per le aziende speciali.

⁷ Data la natura mista del contratto affidato all'AGAC (avente ad oggetto, per un verso, la fornitura di combustibile e, per l'altro, il servizio di conduzione e manutenzione di impianti elettrici), il giudice *a quo* ha chiesto al giudice comunitario, con l'ordinanza di rimessione, se dovesse trovare applicazione la direttiva 92/50, in materia di appalti di servizi, o la direttiva 93/36, in materia di appalti di forniture, domandando principalmente al giudice comunitario se venisse in rilievo nel caso di specie l'art. 6 della direttiva 92/50 recante una deroga alla regola della procedura ad evidenza pubblica per gli «*appalti pubblici di servizi aggiudicati ad un ente*

Tale indagine si rendeva necessaria perché la direttiva 93/36/CEE avrebbe potuto trovare applicazione solamente in materia di contratti di appalto di fornitura, mentre non avrebbe potuto avere nessuna applicazione qualora non fosse stato ritenuto sussistente alcun contratto.

Inquadrata l'attività dell'AGAC tra quelle di fornitura (di combustibile)⁸, la Corte ha illustrato gli elementi che consentono di verificare se esista o meno un contratto.

Il giudice nazionale, afferma la Corte, deve verificare se vi sia stato un incontro di volontà tra due persone *distinte*, puntualizzando che *«conformemente all'art. 1, lett. a), della direttiva 93/36, basta, in linea di principio, che il contratto sia stato stipulato, da una parte, da un ente locale e, dall'altra, da una persona giuridicamente distinta da quest'ultimo. Può avvenire diversamente solo nel caso in cui, nel contempo, l'ente locale eserciti sulla persona di cui trattasi un controllo analogo a quello da esso esercitato*

che sia esso stesso un'amministrazione ai sensi dell'articolo 1, lettera b), in base a un diritto esclusivo di cui beneficia in virtù delle disposizioni legislative, regolamentari od amministrative pubblicate, purché tali disposizioni siano compatibili con il trattato».

La Corte di Giustizia, tuttavia, riscontrata la superiorità del valore dei prodotti forniti rispetto al valore dei servizi offerti, ha ritenuto applicabile la disciplina comunitaria in materia di forniture e, dunque, ritenuto indispensabile fornire al giudice *a quo* non già un'interpretazione dell'art. 6 della direttiva 92/50 (che non trova alcuna omologa previsione in materia di appalti di forniture) quanto piuttosto un'interpretazione della direttiva 93/36. In particolare, la Corte, ha precisato che *«Risulta dall'ordinanza di rinvio che il comune di Viano ha affidato all'AGAC, con un unico atto, tanto la prestazione di taluni servizi quanto la fornitura di taluni prodotti. E' altresì pacifico che il valore di tali prodotti è superiore a quello dei servizi.*

38 Ora, discende, a contrario, dall'art. 2 della direttiva 92/50 che, se un appalto pubblico ha ad oggetto nel contempo prodotti ai sensi della direttiva 93/36 e servizi ai sensi della direttiva 92/50, esso rientra nell'ambito di applicazione della direttiva 93/36 qualora il valore dei prodotti previsti dal contratto sia superiore a quello dei servizi.

39 Per fornire una soluzione utile al giudice che le ha sottoposto una questione pregiudiziale, la Corte può essere indotta a prendere in considerazione norme di diritto comunitario alle quali il giudice nazionale non ha fatto riferimento nel formulare la questione (sentenze 20 marzo 1986, causa 35/85, Tissier, Racc. pag. 1207, punto 9, e 27 marzo 1990, causa C-315/88, Bagli Pennacchiotti, Racc. pag. I-1323, punto 10).

40 Ne consegue che, per fornire un'interpretazione del diritto comunitario utile al giudice nazionale, occorre interpretare le disposizioni della direttiva 93/36 e non l'art. 6 della direttiva 92/50».

⁸ La Corte afferma (par. 48) a tal riguardo, senza troppo dilungarsi, che *«è pacifico nella fattispecie che l'AGAC fornisce prodotti, ossia combustibili, al Comune di Viano dietro pagamento di un corrispettivo».*

sui propri servizi e questa persona realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che la controllano»⁹.

La Corte, dunque, ha affiancato ad un approccio formalistico (sulla base del quale sono *distinti* i soggetti che abbiano un'autonoma personalità giuridica) un approccio sostanzialistico¹⁰, secondo il quale non c'è distinzione tra l'ente locale ed il Consorzio - seppur dotati entrambi di un'autonoma personalità giuridica - qualora ricorrano contestualmente due presupposti: i) l'ente locale eserciti sul consorzio un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi; ii) il consorzio realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti locali che lo controllano.

La Corte, con un'enunciazione di principio, ha introdotto dunque per la prima volta i noti presupposti al ricorrere dei quali è configurabile un rapporto *in house* tra due soggetti, senza tuttavia per il momento approfondire la loro portata. La Corte ha lasciato nell'ombra, infatti, i problemi che si troverà ad affrontare nel prosieguo dell'elaborazione dell'istituto, quali la necessità che il controllo dell'amministrazione aggiudicatrice si sostanzi in una mera partecipazione finanziaria dell'ente controllato o, diversamente, in un effettivo controllo di tipo amministrativo e gestionale sull'operato di quest'ultimo o, ancora, se l'attività svolta dall'affidatario *in house* nei confronti dell'amministrazione aggiudicatrice debba essere valutata come "prevalente", avuto riguardo ad indici di tipo quantitativo o qualitativo.

3. *L'in house providing e la partecipazione privata al capitale azionario.*

⁹ L'avvocato Generale Cosmas, nelle conclusioni, ha osservato che non si può parlare di diversità tra due soggetti qualora sussista tra gli stessi un rapporto di tipo gerarchico, il quale impedirebbe che il soggetto controllato possa effettivamente essere considerato un soggetto "terzo" rispetto all'amministrazione aggiudicatrice. Cfr. Conclusioni dell'Avvocato Generale Cosmas, presentate all'udienza del 1 luglio 1998, in C-107/98.

¹⁰ Di approccio sostanzialistico parla anche GIOVAGNOLI R., *Gli affidamenti in house tra lacune del codice e recenti interventi legislativi*, in www.giustamm.it, 21.11.2007, secondo il quale «Alla base dell'istituto dell'*in house*, vi è, infatti, una nozione sostanziale di contratto: la Corte di Giustizia ha avuto modo di chiarire che la nozione di contratto implica l'esistenza di una relazione intersoggettiva, implica cioè l'esistenza di almeno due soggetti che siano sostanzialmente distinti».

A qualche anno di distanza dall'adozione della sentenza *Teckal*, la Corte di Giustizia è tornata nuovamente a parlare di *in house providing*, questa volta in materia di appalti di servizi.

Più nel dettaglio, è stato chiesto alla Corte di chiarire se un'amministrazione aggiudicatrice fosse tenuta all'applicazione delle procedure ad evidenza pubblica qualora intenda concludere con una società a capitale misto pubblico-privato, a partecipazione pubblica maggioritaria, un contratto a titolo oneroso relativo a servizi rientranti *ratione materiae* nell'ambito di applicazione della direttiva 92/50 in materia di appalti di servizi¹¹.

Con la sentenza *Stadt Halle*, Causa C-26/03, ancora una volta la Corte di Giustizia si è trovata, nel precisare l'ambito di applicazione delle direttive in materia di appalti pubblici (nella specie, di appalti di servizi), a delineare i connotati dell'*in house providing*¹².

La controversia principale, che pendeva di fronte al giudice tedesco, aveva avuto origine dal ricorso promosso dalla società privata *Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall - und Energieverwertungsanlage TREA Leuna* (nel prosieguo la "TREA Leuna"), da un lato, contro la *Stadt Halle* (città di Halle, in Germania) e la società *RPL Recyclingpark Lochau GmbH* (nel prosieguo la "RPL Lochau"), dall'altro, al fine di contestare la legittimità dell'affidamento, avvenuto senza gara pubblica, di un appalto

¹¹ Diversamente dal caso affrontato con la sentenza *Teckal* (in cui la Corte di giustizia aveva ricondotto la questione nell'ambito applicativo della direttiva in materia di forniture), nel caso *Stadt Halle* la Corte affronta la questione della legittimità dell'*in house providing* nel settore degli appalti di servizi, precisando, dunque, l'ambito applicativo della direttiva 92/50.

¹² La sentenza è stata seguita da numerosi commenti, tra i quali si segnalano: *URSI R.*, *Una svolta nella gestione dei servizi pubblici*, in *Foro it.*, 2005, IV, 134 ss.; *SCOTTI E.*, *Le società miste tra in house providing e partenariato pubblico-privato: osservazioni a margine di una recente pronuncia della Corte di Giustizia*, in *Foro amm. CDS*, 2005, 3, 666; *GUCCIONE C.*, *L'affidamento diretto dei servizi a società mista*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 271 ss.; *DE NICTOLIS R.*, *La Corte si pronuncia in tema di tutela nella trattativa privata, negli affidamenti in house e a società miste*, in *Urb. app.*, 2005, 295 ss.; *SCINO M.A.*, *Escluso il ricorso alla procedura in house providign: gara necessaria anche se la partecipazione è minima*, in *Guida al dir.*, 4, 2005, 110 ss.; *ROSSI F.*, *Note a Corte di Giustizia CE 11 gennaio 2005, C-26/03*, in *Serv. Pubbl. e app.*, 2005, 453 ss.; *FERRARO V.*, *La nuova ricostruzione dell'in house providing proposta dalla Corte di Giustizia nella sentenza Stadt Halle*, in *Riv. It. Dir. pubbl. com.*, 2005, 1004 ss.; *CLARIZIA A.*, *Il privato inquina: gli affidamenti in house solo a società a totale partecipazione pubblica*, in www.giustamm.it.

pubblico di servizi avente ad oggetto il trattamento dei rifiuti urbani, effettuato dalla Stadt Halle a favore della RPL Lochau¹³.

Il capitale di quest'ultima società, costituita e gestita secondo le forme del diritto privato tedesco, era detenuto - seppur in via indiretta, per il tramite di un'altra società pubblica – per una quota del 75,1 % dallo Stadt Halle e per il restante 24,9 % da una società a responsabilità limitata in proprietà privata¹⁴.

In ragione della natura mista della RPL Lochau, che vedeva un'importante partecipazione pubblica nella propria compagine sociale, la Stadt Halle si è difesa in giudizio sostenendo, tra l'altro, che la RPL Lochau sarebbe stata una propria emanazione e che, dunque, l'operazione sarebbe stata inquadrabile quale operazione di *in house providing*, alla quale non si sarebbero applicate le norme comunitarie in materia di appalti pubblici¹⁵.

¹³ In particolare, il Comune di Stadt Halle, invece di fare appello alla concorrenza, aveva, dapprima affidato direttamente alla RPL Lochau un incarico di progettazione relativo al trattamento preliminare, il recupero e lo smaltimento dei propri rifiuti e, successivamente, aveva concluso con quest'ultima società un contratto per il servizio di smaltimento dei rifiuti urbani.

¹⁴ Il 75,1 % della società RPL Lochau era detenuto, precisamente, dalla Stadtwerke Halle GmbH, società il cui socio unico era la Verwaltungsgesellschaft für Versorgungs- und Verkehrsbetriebe der Stadt Halle mbH, società a sua volta appartenente al 100% alla Stadt Halle.

¹⁵ La Stadt Halle, invero, aveva sollevato nella sua difesa anche un profilo di inammissibilità del ricorso promosso dalla TREA Leuna: il ricorso sarebbe stato inammissibile perché non avente tecnicamente ad oggetto una procedura di affidamento. Come precisato dal giudice del rinvio, infatti, secondo il diritto tedesco la proposizione di un ricorso in materia di appalti pubblici sarebbe possibile a condizione che con esso venga contestato il comportamento tenuto dall'amministrazione durante lo svolgimento di una procedura ad evidenza pubblica. La proposizione di un ricorso sarebbe inammissibile, viceversa, qualora l'amministrazione aggiudicatrice abbia scelto di non indire alcuna pubblica gara, come nel caso del Comune di Stadt Halle. Il giudice del rinvio propone una domanda pregiudiziale alla Corte di Giustizia anche con riferimento a tale profilo, chiedendole di chiarire se l'art. 1, n. 1, della direttiva 665/89 (che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori) imponesse agli Stati membri di garantire mezzi di ricorso efficaci anche avverso la decisione dell'autorità aggiudicatrice di non affidare un appalto pubblico mediante un procedimento conforme alle direttive in materia di appalti pubblici. A tale quesito la Corte di Giustizia da risposta affermativa, concludendo che (par. 41): « *l'art. 1, n. 1, della direttiva 89/665 deve essere interpretato nel senso che l'obbligo degli Stati membri di garantire la possibilità di mezzi di ricorso efficaci e rapidi contro le decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici si estende anche alle decisioni adottate al di fuori di una formale procedura di affidamento di appalto e prima di un atto di formale messa in concorrenza, in particolare alla decisione sulla questione se un determinato appalto rientri nell'ambito di applicazione ratione personae e ratione materiae della direttiva 92/50. Tale possibilità di ricorso è concessa a qualsiasi soggetto che abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'appalto di cui trattasi e che sia stato o rischi di essere leso a causa di una violazione denunciata, a partire dal momento in cui viene manifestata la volontà dell'amministrazione aggiudicatrice idonea a produrre effetti*

Il giudice del rinvio ha sottoposto al giudice comunitario numerose questioni interpretative, chiedendo chiarimenti, tra l'altro, sulla natura ed i presupposti dell'*in house providing*, così come individuati dalla sentenza *Teckal*¹⁶.

La Corte di Giustizia ha esaminato nel merito la questione prospettata, richiamando l'attenzione, in via preliminare, sulla portata dell'art. 1, lett. c), della direttiva 92/50, il quale definisce "prestatore di servizi", ossia l'offerente ai fini dell'applicazione della direttiva, «*le persone fisiche o giuridiche, ivi inclusi gli enti pubblici, che forniscono servizi*».

Riscontrata l'inclusione degli enti pubblici tra gli "offerenti di servizi" ai fini dell'applicabilità della direttiva, la Corte ha illustrato come, tuttavia, un'amministrazione abbia la possibilità di adempiere ai propri compiti - senza ricorrere ad alcuna procedura competitiva - mediante «*propri strumenti, amministrativi, tecnici e di altro tipo, senza essere obbligata a far ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi*». L'esclusione dall'ambito di applicazione delle regole comunitarie in materia di evidenza pubblica di tali operazioni deriva, ha argomentato la Corte, dalla circostanza che quando l'amministrazione si rivolge ad uno dei propri organi o servizi non viene in rilievo un rapporto di tipo contrattuale a titolo oneroso, venendo pertanto meno i presupposti per applicare le norme comunitarie in materia di appalti pubblici.

La Corte ha proseguito il proprio *iter* argomentativo individuando un'ulteriore ipotesi al ricorrere della quale il ricorso alla concorrenza non è obbligatorio, questa volta ancorché la controparte contrattuale sia un'entità formalmente distinta dall'amministrazione e non un suo organo.

giuridici. Pertanto, gli Stati membri non sono autorizzati a subordinare la possibilità di ricorso al fatto che la procedura di affidamento di appalto pubblico in questione abbia formalmente raggiunto una fase determinata».

¹⁶ Cfr. L'ordinanza del giudice tedesco che ha originato la sentenza in commento, in *Foro amm.* - C.d.S., 2004, 2408 ss., con nota di VARRONE S., *Sulle questioni pregiudiziali*. Nonostante le numerose questioni prospettate, la Corte di Giustizia si è pronunciata solo su alcune di esse, ritenendo viceversa assorbite le altre (cfr. par. 53 della sentenza). La Corte, infatti, una volta esclusa la sussistenza di un rapporto di controllo analogo tra lo Stadh Halle e la società RPL Lochau (e, dunque, la legittimità dell'affidamento diretto disposto in favore di quest'ultima) sulla base della presenza nella compagine sociale della società affidataria di un'impresa privata, non ha dovuto soffermarsi ulteriormente sulle caratteristiche e la natura del controllo analogo.

Richiamando la decisione adottata nell'ambito del caso *Teckal*, la Corte ha ribadito che le regole della concorrenza non trovano applicazione «*nel caso in cui l'autorità pubblica, che sia un'amministrazione aggiudicatrice, eserciti sull'entità distinta in questione un controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi e tale entità realizzi la parte più importante della propria attività con l'autorità o le autorità pubbliche che la controllano*».

Diversamente da quanto prospettato nel caso *Teckal* (dove l'ente aggiudicatario, l'AGAC, era un Consorzio partecipato esclusivamente da enti pubblici locali), nella compagine azionaria della società RPL Lochau era presente un soggetto privato, seppur con una partecipazione minoritaria.

Tale circostanza ha dato modo alla Corte di approfondire l'aspetto, lasciato irrisolto nella sentenza *Teckal*, della portata che assume nell'inquadramento dell'istituto dell'*in house providing* la partecipazione, seppur minoritaria, di un soggetto privato alla compagine dell'ente affidatario *in house*.

A tal proposito, la Corte ha chiarito con fermezza che la partecipazione – anche minoritaria - del privato influisce sul tipo di controllo che l'amministrazione aggiudicatrice può esercitare sulla società, perché esclude «*in ogni caso*» che tale amministrazione possa esercitare sulla detta società un controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi¹⁷.

La Corte è arrivata a tale conclusione sulla base di due ordini di considerazioni.

Da un lato, il soggetto privato persegue finalità diverse (verosimilmente lucrative) da quelle dell'amministrazione aggiudicatrice, la quale sottostà esclusivamente ad esigenze connesse al perseguimento di obiettivi di interesse pubblico.

¹⁷ L'avvocato Generale Stix – Hackl aveva prospettato, nelle conclusioni presentate il 23 settembre 2004, una soluzione diametralmente opposta a quella della Corte di Giustizia, escludendo che la partecipazione privata nel capitale azionario della società affidataria del servizio potesse rappresentare un motivo ostativo alla configurabilità del presupposto del controllo analogo dell'amministrazione aggiudicatrice, argomentando che, «*poiché anche gli organismi con la partecipazione di un socio privato di minoranza possono soddisfare il criterio del controllo (analogo), è d'uopo dedurre che l'eccezione Teckal si applica non solo alle società proprie, ma anche alle società miste pubblico-private. Quindi, in linea di principio, il coinvolgimento di imprese private non comporta alcun pregiudizio*».

Dall'altro lato, inoltre, l'attribuzione, in deroga alle regole della concorrenza e della pubblicità, di un appalto ad un soggetto di cui faccia parte anche un'impresa privata offrirebbe a tale impresa un indebito vantaggio rispetto agli altri operatori del mercato, privati della possibilità di poter fornire il servizio¹⁸.

Con la sentenza *Stadt Halle*, la Corte di Giustizia ha cominciato ad approfondire il significato di quanto affermato, piuttosto genericamente, con la sentenza *Teckal*, senza tuttavia chiarire la natura del controllo analogo che l'amministrazione aggiudicatrice deve esercitare sul soggetto affidatario. La Corte, infatti, si è limitata a statuire – in negativo – che un siffatto controllo non possa sussistere quando un soggetto privato faccia parte della compagine del soggetto affidatario, senza tuttavia ancora offrire dei criteri generali per individuare i connotati del controllo analogo¹⁹.

4. *L'in house providing e le concessioni.*

Come visto, la Corte di Giustizia ha cominciato a delineare i connotati dell' *in house providing* a partire dall'ambito degli appalti pubblici, proprio al

¹⁸ La Corte di Giustizia nella sentenza *Stadt Halle* non fa alcun accenno alle modalità di scelta del socio privato. Nel caso di specie il socio privato era stato scelto senza alcuna procedura ad evidenza pubblica e, pertanto, la Corte non si è fermata a valutare quale rilevanza avrebbe potuto avere la selezione del socio privato con una procedura concorrenziale. Tale omissione ha suscitato qualche perplessità nella dottrina. Cfr., in particolare, SCOTTI E., *Organizzazione pubblica e mercato: società miste, in house providing e partenariato pubblico privato*, in *Dir. amm.*, 2005, la quale afferma che «*le affermazioni della Corte, considerate nella loro assoluta destano qualche perplessità. Se la prima delle due ragioni (inconfigurabilità del «controllo analogo» in presenza di soci privati) potrebbe al limite condividersi, non così la seconda (pregiudizio della concorrenza), quantomeno nella sua categoricità; poiché tale pregiudizio parrebbe doversi misurare sulle modalità di scelta del socio privato (ed escludersi ove tali modalità siano rispettose delle regole di pubblicità e trasparenza prescritte con intensità diversa nel settore degli appalti e dei servizi pubblici)*».

L'ambiguità della sentenza ha dato modo alla dottrina di offrire due letture diametralmente opposte della posizione assunta dalla Corte. Da un lato, è stato sostenuto che la sentenza ponesse definitivamente fine al fenomeno delle società miste per la gestione dei servizi pubblici locali (cfr., in tal senso, URSI R., *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica tra outsourcing e in house providing*, in *Dir. Amm.*, 2005, 179 ss.); dall'altro, parte della dottrina ha invece ritenuto che la pronuncia della Corte non escludesse la possibilità di affidare in via diretta ad una società mista un appalto, qualora il socio fosse stato scelto con una gara avente ad oggetto altresì l'affidamento dell'appalto (cfr., in questi termini, DE NICTOLIS R., *Commento*, in *Urb. e app.*, 2005, p. 295).

¹⁹ In tal senso cfr. STANCANELLI G., MOSCARDI I., DE NICTOLIS R., *Gli affidamenti in house*, op. cit.

fine di delimitare l'ambito di applicabilità delle direttive in materia di lavori, servizi e forniture.

A distanza di qualche anno, tuttavia, la Corte di Giustizia è stata chiamata a chiarire se anche in materia di concessioni potessero trovare applicazione i medesimi principi enunciati in materia di appalti.

Più nel dettaglio, nel caso *Coname*, la Corte di Giustizia è stata chiamata a chiarire se fossero configurabili gli estremi di una gestione *in house* ove la partecipazione dell'ente affidante nella compagne societaria del soggetto affidatario fosse pari allo 0,97%²⁰.

Il caso ha tratto origine dalla causa proposta dal Consorzio Aziende Metano (c.d. *Coname*), dinanzi al TAR Lombardia, per l'annullamento dall'affidamento diretto disposto da un comune lombardo (il Comune di Cingia de' Botti) in favore di una società per azioni (la società Padania Acque S.p.A.) del servizio per la gestione della distribuzione e la manutenzione degli impianti di gas metano.

Il servizio era stato svolto durante il periodo dal primo gennaio 1999 al 31 dicembre 2000 dal Consorzio Aziende Metano, al quale, con lettera del 30 dicembre 1999, era stato comunicato che, con delibera del 21 dicembre 1999, il Consiglio comunale aveva deliberato di affidare il servizio alla Padania Acque S.p.A.²¹

²⁰ La questione pregiudiziale rimessa dal giudice *a quo* alla Corte è stata formulata nei seguenti termini «*Se gli artt. 43 [CE], 49 [CE] e 81 [CE], laddove vietano rispettivamente le restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato ed alla libera prestazione dei servizi all'interno della Comunità nei confronti dei cittadini degli Stati membri, nonché le pratiche commerciali e societarie idonee ad impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza nell'ambito dell'Unione europea, ostino a che sia previsto l'affidamento diretto e, cioè, senza l'indizione di una gara, della gestione del servizio pubblico di distribuzione del gas a società a partecipazione pubblica comunale, ogni volta che detta partecipazione al capitale sociale sia tale da non consentire alcun possibile controllo diretto sulla gestione stessa e se debba conseguentemente affermarsi che, come ricorre nel caso di specie, ove la partecipazione è pari allo 0,97%, non si configurino gli estremi della gestione in house*». La questione è stata sollevata dal Tar Lombardia, Brescia, con ordinanza 13 maggio 2003 n. 681, in *Foro amm. CDS*, 2003, 2174, con nota di L. MUSSELLI, *Affidamento diretto di servizi a società a prevalente capitale pubblico locale e principi comunitari di concorrenza*.

Tra i commenti alla sentenza *Coname*, cfr. in particolare, DIDONNA M., *Il caso, chiuso, degli affidamenti in house*, in *Urb. e app.*, 4, 2006, 378; GAVERINI F., *Nuove precisazioni in tema di in house providing e di «controllo» sulla partecipazione, non meramente simbolica, degli enti al capitale delle società che gestiscono pubblici servizi*, in *Foro amm. CDS* 2005, 7-8, 2004.

²¹ Il servizio veniva attribuito direttamente (senza procedura di gara) alla Padania Acque S.p.A. in applicazione di quanto previsto dall'art. 22, n. 3, della legge 8 giugno 1990, n. 142, recante

Come risulta dalla parte in fatto della sentenza della Corte, quest'ultima era una società «a prevalente capitale pubblico, detenuto dalla Provincia di Cremona e da quasi tutti i comuni della provincia», ivi incluso dal Comune di Cingia de' Botti, che ne possedeva una percentuale pari allo 0,97 % del capitale sociale.

Il Tar Lombardia, durante l'esame dell'impugnazione proposta dal *Coname*, ha rilevato – chiedendo un'interpretazione pregiudiziale alla Corte di Giustizia - un possibile contrasto con gli artt. 43, 49 e 81 del TCE, nella parte in cui tali disposizioni²², pur non imponendo un obbligo di indizione di una gara pubblica per l'affidamento del servizio, vietavano qualsiasi forma di restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro ed alla libera prestazione dei servizi all'interno della Comunità nei confronti dei cittadini degli Stati membri, nonché le pratiche idonee a falsare o restringere la concorrenza²³.

ordinamento delle autonomie locali. Ai sensi di tale articolo, un servizio come quello oggetto del giudizio promosso dinanzi al giudice del rinvio poteva essere garantito dall'ente pubblico mediante una gestione in economia del servizio, a mezzo di azienda speciale (anche per la gestione di più servizi di rilevanza economica ed imprenditoriale), a mezzo di istituzione (per l'esercizio di servizi sociali senza rilevanza imprenditoriale) ed, infine, «a mezzo di società per azioni o a responsabilità limitata a prevalente capitale pubblico locale costituite o partecipate dall'ente titolare del pubblico servizio, qualora sia opportuna in relazione alla natura o all'ambito territoriale del servizio la partecipazione di più soggetti pubblici o privati».

²² L'art. 43 TCE, prevedeva che «Nel quadro delle disposizioni che seguono, le restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro vengono vietate. Tale divieto si estende altresì alle restrizioni relative all'apertura di agenzie, succursali o filiali, da parte dei cittadini di uno Stato membro stabiliti sul territorio di un altro Stato membro. La libertà di stabilimento importa l'accesso alle attività non salariate e al loro esercizio, nonché la costituzione e la gestione di imprese e in particolare di società ai sensi dell'art. 48, comma 2, alle condizioni definite dalla legislazione del paese di stabilimento nei confronti dei propri cittadini, fatte salve le disposizioni del capo relativo ai capitali». Oggi l'art. 43 è stato trasfuso nell'art. 49 del TFUE.

L'art. Art. 49 TCE disponeva che: «Nel quadro delle disposizioni seguenti, le restrizioni alla libera prestazione dei servizi all'interno della comunità sono vietate nei confronti dei cittadini degli Stati membri stabiliti in un paese della comunità che non sia quello del destinatario della prestazione. Il Consiglio, deliberando a maggioranza qualificata su proposta della Commissione, può estendere il beneficio delle disposizioni del presente capo ai prestatori di servizi, cittadini di un paese terzo e stabiliti all'interno della Comunità». Tale previsione è oggi contenuta all'art. 56 del TFUE.

²³ Diversamente dai casi affrontati con la sentenza *Teckal* e con la sentenza *Stadt Halle*, non viene in rilievo la violazione di una delle direttive comunitarie in materia di appalti. Con il caso *Coname*, infatti, la Corte di Giustizia esamina l'affidamento di un contratto riconducibile nella categoria delle concessioni e non in quella degli appalti pubblici. Riportandosi ad un chiarimento avuto dal giudice del rinvio ai sensi dell'art. 104, n. 5, del Regolamento di procedura della Corte di Giustizia, la Corte precisa, infatti, che la sentenza «si basa dunque sul

Il giudice comunitario, dopo aver escluso l'applicabilità, ai fini della soluzione del caso sottoposto, dell'art. 81 TCE²⁴, è passata a chiarire l'ambito applicativo degli artt. 43 e 49 TCE ed, in particolare, se essi ostassero ad un affidamento diretto da parte di un Comune di una concessione relativa alla gestione di un servizio pubblico ad una società a prevalente capitale pubblico, partecipata per una quota dello 0,97 dal comune concedente.

In mancanza di una disposizione che vietasse direttamente l'affidamento senza gara di una concessione, la Corte ha affrontato la questione prendendo come punto di riferimento quello di un'impresa con sede in un paese membro diverso da quello in cui aveva sede il Comune di Cingia de' Botti, la quale fosse interessata a svolgere il servizio oggetto della controversia²⁵.

L'affidamento diretto, ha argomentato la Corte, in mancanza di qualsiasi forma di trasparenza, del servizio, risulta certamente discriminatorio nei confronti delle imprese che, aventi sede in un altro Stato membro, non hanno alcuna possibilità di manifestare il loro eventuale interesse alla concessione.

Una tale discriminazione sarebbe stata ammissibile solamente al ricorrere di circostanze particolari - che la Corte tuttavia non ha rinvenuto dalla lettura del fascicolo del giudizio principale - quali una scarsa remuneratività del servizio, le quali avrebbero fatto ragionevolmente presumere che un'impresa

presupposto che la controversia nella causa principale concerna l'attribuzione di una concessione, presupposto che spetta al giudice del rinvio verificare».

²⁴ La Corte ha escluso che potesse venire in rilievo l'art. 81 TCE sul presupposto che tale disposizione trova applicazione nel caso di accordi «tra imprese» e, dunque, non si riferisce a contratti di concessione conclusi da un comune, «nella sua veste di pubblica autorità» con un concessionario incaricato dell'esecuzione di un pubblico servizio.

²⁵ Nell'ambito dei contratti di concessione mancavano disposizioni normative volte a disciplinare le modalità di affidamento di tali contratti. A colmare tale «vuoto legislativo», tuttavia, è intervenuta la «Comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario», in G.U.C.E., serie C/121 del 29 aprile 2000. Tale comunicazione è consultabile anche in *Riv. trim. app.*, 2000, con commento di VALLANIA E., *Le innovazioni apportate dalla comunicazione interpretativa della Commissione nel settore delle concessioni pubbliche*. La richiamata Comunicazione ha precisato che «le concessioni, come del resto ogni altro atto dello Stato che stabilisca le condizioni cui è soggetta una prestazione di attività economiche, ricadono nell'ambito di applicazione degli art. da 28 a 30 (ex art. da 30 a 36) e da 43 a 55 (ex art. da 52 a 66) del Trattato o dei principi sanciti dalla giurisprudenza della Corte. Si tratta in particolare dei principi di non discriminazione, di parità di trattamento, trasparenza, mutuo riconoscimento e proporzionalità».

con sede in uno Stato membro diverso da quello cui apparteneva il Comune di Cingia de' Botti non avrebbe avuto alcun interesse a svolgere il servizio²⁶.

La Corte di giustizia ha concluso la trattazione della causa affrontando più direttamente le problematiche connesse alle gestioni *in house providing*.

Dapprima, la Corte ha escluso che tra le circostanze particolari idonee a giustificare una deroga alla regola della trasparenza nelle procedure di affidamento dei contratti pubblici potesse ricondursi la circostanza che il Comune di Cingia de Botti detenesse una partecipazione dello 0,97 % nel capitale della Padania Acque S.p.A.

La Corte a tal riguardo ha puntualizzato che, anche ipotizzando che tra le suddette circostanze particolari, potesse ricondursi l'esigenza di un comune di esercitare sul concessionario un controllo penetrante, una partecipazione dello 0,97 % - per la sua esiguità - non fosse idonea a garantire un siffatto controllo²⁷.

In risposta alle difese del governo italiano, la Corte ha concluso affermando, infine, che l'apertura, seppur parziale, di una società al capitale privato, impedisce di considerare la stessa quale struttura di gestione interna, mediante la quale l'ente locale gestisce al livello interno il servizio, sostanzialmente ribadendo quanto affermato nella precedente sentenza *Stadt Halle* in merito alla partecipazione privata del soggetto affidatario *in house*²⁸.

²⁶ In tali circostanze, riconosce la Corte di Giustizia richiamandosi ad un proprio consolidato orientamento, gli effetti conseguenti alla mancata indizione di una gara o comunque di idonee misure di trasparenza sarebbero, infatti, eccessivamente potenziali ed aleatori affinché possa dirsi configurata un'ipotesi di violazione delle norme del Trattato. Cfr., in tal senso, i precedenti richiamati dalla Corte nella pronuncia: sentenze 7 marzo 1990, causa C-69/88, *Krantz*,; 21 settembre 1999, causa C-44/98, *BASF*, nonché ordinanza 12 settembre 2002, causa C-431/01, *Mertens*.

²⁷ Sul punto la Corte sembra essere particolarmente cauta, laddove non sostiene espressamente che il «controllo» sull'ente societario legittimerebbe il mancato rispetto dei criteri di trasparenza, bensì lo dà solo per presupposto ipotetico («anche supponendo che la necessità per un comune di esercitare un controllo su un concessionario che gestisce un servizio pubblico possa costituire una circostanza obiettiva tale da giustificare un'eventuale differenza di trattamento [...]» - punto 24). In tal senso, GAVERINI F., *Nuove precisazioni in tema di in house providing*, op. cit. secondo il quale le cautele del giudice comunitario potrebbero essere motivate dal fatto che nel passaggio richiamato la Corte non si riferisce precisamente al «controllo» coniato nell'elaborazione dei presupposti *dell'in house providing* bensì ad un controllo genericamente inteso.

²⁸ L'analogia tra i principi sanciti nella sentenza *Stadt Halle* e quelli sanciti dalla sentenza *Coname* è ravvisata da SCOTTI E., *Organizzazione pubblica e mercato: società miste, in house providing e partenariato pubblico privato*, in *Dir. amm.*, 2005, 928. Dello stesso avviso

5. La Corte di Giustizia e la definizione del concetto di “controllo analogo”.

Con la sentenza *Parking Brixen*, la Corte di Giustizia ha cominciato ad approfondire i principi enunciati nelle precedenti decisioni, dettagliando gli elementi che - in concreto - caratterizzano (seppur in negativo) il requisito del controllo analogo²⁹.

La controversia principale ha avuto origine dall'affidamento diretto del servizio di gestione di due parcheggi, disposto dal Comune di Bressanone in favore di una società per azioni partecipata al 100 % dal suddetto Comune (la “*Stadtwerke Brixen AG*” o “*ASM Bressanone S.p.A.*”). Avverso tale affidamento ha proposto ricorso dinanzi al giudice amministrativo la società *Parking Brixen GmbH*, contestando la mancata applicazione da parte del Comune della normativa in materia di appalti pubblici e, dunque, la mancata indizione di una gara pubblica o, comunque, la mancata pubblicizzazione della volontà di affidare a terzi il servizio³⁰.

La ASM Bressanone S.p.A. era nata dalla trasformazione in società per azioni, in applicazione dell'art. 115 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, di una

BALDINATO M., *Breve nota alla sentenza Corame: alcune interessanti affermazioni della Corte di giustizia sull'applicazione del principio di trasparenza negli appalti pubblici*, in *Riv. it. di dir. pubbl. comunitario*, 2005, p. 1426 ss.; BERTONAZZI L. - VILLATA R., *Servizi di interesse economico generale*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, CHITI M. P.-GRECO G., 2007, IV, p. 1879.

Il governo italiano aveva precisato che in Italia ci sono realtà comunali distinte quanto a dimensione e che gli enti territoriali più piccoli sono costretti a gestire i servizi pubblici come quello della distribuzione del gas mediante società, quali la Padania Acque S.p.A., delle quali detengono il capitale unitamente ad altri enti locali. La Corte, in ragione della presenza di capitale privato nella compagine societaria della Padania Acque S.p.A. sembra escludere per ciò solo la sussistenza dei requisiti di una gestione in house e non affronta, dunque, il problema relativo alla possibilità che il controllo sull'ente affidatario venga esercitato congiuntamente da più comuni o, comunque, da più ente territoriali.

²⁹ Tra i commenti a tale sentenza, cfr. LOTTI P., *il Commento alla sentenza pubblicata in Urb. app.*, 2005, 31 e ss; GILBERTI B., *In house providing, questioni vecchie e nuove*, in *Foro amm. CDS 2006*, 1, 44; IAIONE C-, *Gli equilibri instabili dell'in house providing, fra principio di autorganizzazione e tutela della concorrenza. Evoluzione o involuzione della giurisprudenza comunitaria?*, in *Giust. civ.* 2006, 1, 13; CALSOLARO O.M., *S.P.A. in mano pubblica ed in house providing. La Corte di giustizia torna sul controllo analogo. Un'occasione perduta?*, in *Foro amm. CDS 2006*, 6, 1670; OCCHILUPO R., *L'ordinamento comunitario, gli affidamenti in house e il nuovo diritto societario*, in *Giur. comm.*, 2007, 1, 60.

³⁰ La *Parking Brixen* aveva assunto la costruzione e la gestione di un parcheggio, distinto da quello su cui verte la causa principale, sempre situato nel Comune di Bressanone.

azienda speciale del Comune di Bressanone (la Servizi municipalizzati Bressanone), preposta all'esercizio unitario ed integrato di servizi pubblici locali, tra i quali la gestione di parcheggi ed autosilo³¹.

Tale società era subentrata in tutti i rapporti attivi e passivi facenti precedentemente capo all'azienda speciale comunale ed il proprio Statuto prevedeva che essa potesse condurre, tra le altre attività, la gestione di parcheggi ed autosilo su base locale, nazionale ed internazionale. Lo Statuto stesso attribuiva, inoltre, rilevanti poteri al Consiglio di amministrazione³².

Lo Statuto, inoltre, riservava al Comune di Bressanone alcune prerogative prevedendo, in particolare, che la quota di partecipazione al capitale sociale del Comune di Bressanone non potesse mai essere inferiore alla maggioranza assoluta delle azioni ordinarie e che il Comune avesse la facoltà di nominare la maggioranza dei componenti del Consiglio di amministrazione.

Il Consiglio comunale di Bressanone, in considerazione dell'ambito di attività a cui era preposta la ASM Bressanone S.p.A. e della propria partecipazione totalitaria nella sua compagine sociale, le affidava (senza alcuna procedura ad evidenza pubblica) la gestione di due parcheggi³³. Come

³¹ Il primo comma dell'art. 115, del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, recante il Testo Unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, prevede che «i comuni, le province e gli altri enti locali possono, per atto unilaterale trasformare le aziende speciali, in società di capitali, di cui possono restare azionisti unici per un periodo comunque non superiore a due anni dalla trasformazione. (...). Le società conservano tutti i diritti e gli obblighi anteriori alla trasformazione e subentrano pertanto in tutti i rapporti attivi e passivi delle aziende originarie».

³² L'art. 18 dello Statuto della ASM Bressanone S.p.A. delegava al Consiglio di amministrazione i seguenti poteri: «1) Al Consiglio di amministrazione spettano i più ampi poteri per l'ordinaria amministrazione della società, con facoltà di compiere tutti gli atti ritenuti opportuni o necessari per il conseguimento dell'oggetto sociale.

2) Salvo preventiva autorizzazione da parte dell'assemblea, il Consiglio di Amministrazione non potrà rilasciare garanzie eccedenti il limite di 5 (cinque) milioni di euro, nonché firmare pagherò o accettare tratte oltre al detto limite.

3) Sono considerati atti di ordinaria amministrazione l'acquisto e la cessione di partecipazioni in altre società, l'acquisto, la cessione e l'affitto di aziende o rami di aziende nonché l'acquisto e la vendita di veicoli per un valore massimo per ciascun atto di 5 (cinque) milioni di euro.

4) Spetta alla competenza esclusiva del Consiglio di Amministrazione ogni deliberazione relativa alla determinazione e/o la modifica degli emolumenti per cariche speciali ai sensi dell'articolo 2389, secondo comma, del Codice Civile».

³³ L'affidamento aveva origine da un'articolata vicenda. In un primo momento, con la trasformazione della Servizi Municipalizzati Bressanone, la ASM Bressanone S.p.A. aveva acquisito il diritto di costruire e gestire una piscina pubblica. Con la successiva deliberazione

corrispettivo per tale gestione, era prevista la riscossione direttamente da parte della ASM Bressanone S.p.A. di una tassa di parcheggio dagli utenti.

In tale contesto, il giudice del rinvio ha chiesto alla Corte di Giustizia di pronunciarsi in merito a due questioni: (i) la prima relativa alla qualificazione, come appalto di servizi o come concessione, dell'attribuzione della gestione di parcheggi pubblici a pagamento; (ii) la seconda relativa alla legittimità, con riferimento al diritto comunitario, dell'affidamento diretto di una concessione di pubblici servizi a una società per azioni nata dalla trasformazione di un'azienda speciale comunale, partecipata totalitariamente dall'ente locale, ma in cui il Consiglio di amministrazione dispone dei più ampi poteri di ordinaria amministrazione³⁴.

In merito alla prima questione, la Corte di Giustizia, dopo aver precisato innanzitutto che non spetta al giudice comunitario qualificare concretamente le operazioni oggetto delle controversie principali, ha fornito le coordinate generali per distinguere una concessione da un appalto di servizi. La Corte in proposito ha ribadito la tradizionale regola distintiva³⁵, secondo la quale un

18 novembre 2011, n. 118, il Consiglio comunale aveva attribuito alla ASM Bressanone S.p.A. un diritto di superficie sopra e sotto il suolo della particella 491/11, destinato alla costruzione della piscina, per la costruzione di parcheggi sotterranei.

Nelle more della predisposizione del progetto per la costruzione del parcheggio sotterraneo, il Comune ha ritenuto opportuno affidare alla ASM Bressanone S.p.A., dapprima, la costruzione e la gestione di un parcheggio di superficie provvisorio sulla particella 491/11 e, successivamente (con deliberazione 28 novembre 2002, n. 107), la gestione del parcheggio di superficie adiacente (situato sulla particella 491/6), fino ad allora direttamente gestito dal Comune da oltre 10 anni.

³⁴ Il Giudice del rinvio, richiama, in particolare, i principi comunitari «della libera prestazione dei servizi e della concorrenza, del divieto di discriminazione e degli obblighi che ne conseguono di parità di trattamento e di trasparenza come pure del principio di proporzionalità».

³⁵ Sul punto, cfr. Corte di Giustizia 7 dicembre 2000, in C-324/98, Teleaustria, in *Dir. pub. comp. europ.*, 2001, con nota di BONECHI, *Concessioni di appalti pubblici: la Corte elimina i dubbi sulla disciplina applicabile*, 324 ss.; nonché in *Corr. giur.*, 2001, con nota di FERRONI, *Le concessioni di pubblico servizio tra diritto comunitario e diritto interno*, 494 ss. In tema, cfr. altresì: Corte di Giustizia, ord. 30 maggio 2002, causa C-358/00, Buchhaendler-Vereinigung, punto 27 e, grande sezione, sentenza 21 luglio 2005, C-231/03. L'impostazione della Corte di Giustizia era, peraltro, già avallata anche dalle altre istituzioni. Ci si riferisce, in particolare, alla Commissione delle Comunità europee, Comunicazione interpretativa sulle concessioni del 29 aprile 2000, in *Foro it.*, 2001, IV, 390 (con nota di BARONE A., BASSI U., *La comunicazione interpretativa sulle concessioni nel diritto comunitario*), in cui si legge che: «In conclusione, il diritto di gestione comporta il trasferimento al concessionario dell'alea derivante da tale gestione [...], applicando tale criterio, si ha concessione di servizi quando l'operatore si assume i rischi di gestione del servizio (sua istituzione e gestione) rifacendosi sull'utente, soprattutto per mezzo della riscossione di un qualsiasi tipo di canone. La modalità

contratto è qualificabile come contratto di appalto, con conseguente applicabilità della direttiva 92/50, tutte le volte in cui il prestatore di servizi viene direttamente pagato dall'amministrazione aggiudicatrice. La concessione di servizi, invece, è caratterizzata dalla circostanza che il prestatore di servizi viene remunerato dal prezzo pagato dagli utenti e, pertanto, esso si assume il rischio della gestione del servizio³⁶.

A partire da tale assunto la Corte ha affermato, pertanto, che l'attribuzione della gestione di un parcheggio pubblico a pagamento, per la quale il gestore riceve come corrispettivo il pagamento di una tassa da parte degli utenti (come nel caso sottoposto al suo esame), configura gli estremi di una concessione di servizi pubblici cui non è applicabile la direttiva 92/50 in materia di appalti.

È nell'esaminare la seconda questione che la Corte di Giustizia ha affrontato con maggior dettaglio le problematiche connesse all'ipotesi di gestione *in house* delle concessioni di servizi.

di remunerazione dell'operatore è, come nel caso della concessione dei lavori, un elemento che permette di stabilire l'assunzione del rischio di gestione. Come la concessione di lavori, anche la concessione di servizi è caratterizzata da un trasferimento della responsabilità di gestione».

³⁶ La Corte di Giustizia richiama, in particolare, l'ottavo considerando della direttiva 92/50 secondo il quale la direttiva si applica agli «appalti pubblici di servizi», i quali sono definiti dall'art. 1, lett. a) della direttiva, quali contratti a titolo oneroso stipulati tra un prestatore di servizi ed un'amministrazione aggiudicatrice, e che pertanto, implicano una remunerazione diretta del servizio da parte dell'amministrazione aggiudicatrice. Con riferimento alle concessioni, la Corte di Giustizia richiama – benché non fosse temporalmente applicabile al caso di specie – la direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 31 marzo 2004, 2004/18/CE, che definisce la «concessione di servizi» come il contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di servizi, fatta salva la circostanza che il corrispettivo del servizio consiste esclusivamente – di regola – nel diritto alla gestione dello stesso e, dunque, nel diritto a riscuotere i canoni versati dagli utenti per usufruire del servizio.

Sul concetto comunitario di concessione di pubblico servizio, sulle sue differenze con l'appalto pubblico di servizi e con l'istituto nazionale della concessione si rinvia a ROMANO, *Profili della concessione di pubblici servizi*, in *Dir. amm.*, 1994, 472, nonché *La concessione di pubblico servizio*, in *La concessione di pubblico servizio*, a cura di G. PERICU, A. ROMANO, V. SPAGNUOLO VIGORITA, Milano, 1995; FERRONI, *Le concessioni di pubblico servizio tra diritto comunitario e diritto interno*, in *Corr. giur.*, 2001, 494 ss.; ANCORA, *Il concessionario di opera pubblica tra pubblico e privato*, Milano, 1990; AZZARITI, *L'attività del concessionario di opere pubbliche*, in *Dir. proc. amm.*, 1990, 384; CARANTA, *Concessione di opere e di servizi*, in *Enc. dir.*, V (agg.), Milano, 2001, 240; DE LEONARDIS, *Il concetto di organo indiretto: verso nuove ipotesi di applicazione dell'esercizio privato di funzioni pubbliche*, in *Dir. amm.*, 1995, 347; FRACCHIA, *Servizi pubblici e scelta del concessionario*, *ivi*, 1993, 367; GRECO, *Gli appalti pubblici di servizi e le concessioni di pubblico servizio*, in *Appalti pubblici di servizi e concessioni di servizio pubblico*, a cura di MASTRAGOSTINO, Padova, 1998, 15; SATTA, *Concessione di opere pubbliche ed atti del concessionario*, in *Giur. it.*, 1992, I, 1, 321.

La Corte ha esaminato la questione ricordando, in via preliminare, che nonostante i contratti di concessione di pubblici servizi siano esclusi dall'ambito di applicazione della direttiva 92/50, gli enti aggiudicatari sono comunque tenuti al rispetto delle norme fondamentali del Trattato ed, in particolare, degli artt. 12, 43 e 49 TCE³⁷.

Tali principi impongono, in particolare, che ogni pubblica autorità garantisca adeguati livelli di pubblicità all'affidamento, in modo tale da consentire la partecipazione alla procedura di aggiudicazione di ogni potenziale offerente, anche residente in uno stato membro diverso da quello dell'ente aggiudicatario. Conseguentemente, gli Stati membri non dovrebbero mantenere in vigore discipline che consentano l'affidamento di contratti di concessioni senza procedura ad evidenza pubblica.

Chiarita l'applicabilità in astratto delle citate norme del Trattato alle concessioni di servizi, la Corte è passata dunque ad esaminare l'applicabilità – in concreto – delle suddette norme alla concessione disposta in favore della ASM Bressanone S.p.A. e, dunque, la configurabilità nel caso sottoposto dei connotati di una gestione *in house*.

Il Comune invoca l'inapplicabilità delle previsioni del Trattato argomentando che la ASM Bressanone S.p.A. non sarebbe stata un ente indipendente dal Comune.

La Corte, prendendo posizione in merito alle difese del Comune, ha ricordato che con le sentenze *Teckal*, *Stadt Halle* è stato chiarito che le direttive in materia di appalti (tanto di servizi, quanto di forniture e lavori) trovano applicazione solo ove un ente pubblico decida di stipulare per iscritto con un ente distinto un contratto a titolo oneroso e che l'esistenza di un contratto è di per sé esclusa qualora l'ente locale eserciti sul soggetto aggiudicatario un

³⁷ Diversamente da quanto emerso nel caso *Coname*, nella sentenza *Parking Brixen* la Corte di Giustizia puntualizza l'applicabilità non solo degli artt. 43 e 49 ma anche dell'art. 12 TCE (attualmente art. 18 del TFUE), il quale sanciva, in generale, il divieto di discriminazione in base alla nazionalità. Quest'ultimo principio, afferma la Corte, «è parimenti un'espressione specifica del principio generale della parità di trattamento». La Corte richiama in tal senso il proprio precedente, sentenza 8 ottobre 1980, causa 810/79, *Urberschar*, punto 16. Come noto, il principio di parità di trattamento non era espressamente enunciato dal Trattato ed è stato desunto in via interpretativa dal più generale principio di non discriminazione.

controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e quest'ultimo realizza la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti locali detentori.

Con un passaggio deciso, la Corte ha affermato, invece, che l'esistenza o meno di un contratto non è in alcun rilevante ai fini dell'applicazione degli artt. 12, 43 e 49 TCE (i quali non lo presuppongono) e che, conseguentemente, le considerazioni svolte nelle precedenti sentenze non trovano automatica applicazione con riferimento ai contratti di concessione.

Ciò nondimeno, ha argomentato la Corte, i principi espressi nelle predette sentenze hanno rilevanza (seppur indirettamente) anche al fine di precisare quando trovino applicazione le norme del Trattato, poiché la loro applicazione presuppone ad ogni modo che l'autorità pubblica affidi la prestazione di attività economiche ad un soggetto "terzo". Le norme del Trattato, invece, non vengono in rilievo quando l'amministrazione aggiudicatrice scelga di svolgere i propri compiti di pubblico interesse senza avvalersi di soggetti terzi, bensì mediante propri strumenti amministrativi o tecnici³⁸.

La sussistenza dei presupposti individuati dalla sentenza *Teckal* (controllo analogo ed attività prevalente) esclude il rapporto di terzietà tra l'amministrazione aggiudicatrice ed il concessionario e, dunque, l'applicazione delle regole enunciate dagli artt. 12, 43 e 49 CE³⁹.

Sancita anche nel settore delle concessioni l'applicabilità, seppur in via mediata, dei principi enunciati in materia di controllo analogo e di attività prevalente, la Corte passa a verificare se il Comune di Bressanone esercitasse nei confronti della ASM Bressanone S.p.A. un controllo analogo a quello

³⁸ La Corte di Giustizia, come già prospettato nella sentenza *Stadt Halle*, sembra non avere alcun pregiudizio nei confronti della auto-gestione dei servizi pubblici da parte dell'autorità pubblica. Ancora una volta, infatti, la Corte sembra ritenere equivalenti le scelte dell'autorità pubblica di esternalizzare o meno la gestione dei servizi di pubblico interesse.

³⁹ La Corte al riguardo precisa che tale eccezione all'applicazione delle norme del Trattato deve, in quanto tale, essere interpretata restrittivamente e che incombe su colui che intende avvalersene l'onere di provare la sussistenza delle circostanze eccezionali che ne giustificano l'applicazione (cfr. par. 63).

esercitato sui propri servizi, ovvero «una possibilità di influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti» di quest'ultima⁴⁰.

La Corte, andando oltre quanto fino a quel momento statuito nelle precedenti pronunce, non ha ritenuto sufficiente che il Comune di Bressanone possedesse il 100% delle azioni dell'ex azienda speciale e si è spinta, al contrario, in una valutazione dell'assetto societario della ASM Bressanone S.p.A., offrendo una dettagliata illustrazioni – da un punto di vista societario - degli elementi idonei a mettere in discussione il controllo dell'ente pubblico aggiudicatario sulla società affidataria⁴¹.

La Corte, in un'ottica di estremo rigore, ha elencato tra tali elementi, “(i) la trasformazione dell'azienda speciale in una società per azioni; (ii) l'ampliamento dell'oggetto sociale; (iii) l'apertura del capitale sociale, a breve termine, al capitale privato⁴²; (vi) l'espansione territoriale delle attività della società a tutta l'Italia e all'estero; (v) i rilevanti poteri del Consiglio di amministrazione, che li esercita senza un effettivo controllo gestionale del Comune”⁴³.

Con riferimento a tale ultimo aspetto, la Corte ha ritenuto dirimenti le previsioni statutarie che consentono al Consiglio di amministrazione di adottare tutti gli atti ritenuti necessari per il perseguimento dei fini sociali e la

⁴⁰ Nella sentenza *Parking Brixen* sembra che l'ente affidante debba esercitare un controllo decisivo solo sulle decisioni più importanti e strategiche dell'ente affidatario. Dal Regolamento CE 1370/2007, adottato in materia di Trasporto pubblico locale, emerge un'accezione più restrittiva di controllo analogo, il quale sussiste ove l'ente affidante eserciti un penetrante controllo su *tutte* le decisioni di gestione dell'ente. L'art. 5, comma 2, di detto Regolamento comunitario individua le condizioni del controllo analogo nell' «influenza e il controllo effettivi sulle decisioni strategiche e sulle singole decisioni di gestione», richiedendo un controllo dell'ente affidante su ogni singola decisione di gestione dell'ente affidatario, anche di minore rilevanza. In tal senso. cfr. GOISIS F., *L'in house nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali*, cit., 2011, 250.

⁴¹ La Corte assume una posizione nettamente distinta da quella assunta dall'Avvocato generale Kokott nelle conclusioni presentate nella causa. L'Avvocato generale, infatti, aveva sostenuto, in sede di analisi del requisito del controllo analogo, che esso è soddisfatto dalla titolarità in capo all'amministrazione dei poteri che il diritto societario riconosce al socio unico e che lo stesso non è escluso dalla presenza nell'ambito dell'ordinamento nazionale di un obbligo di legge di cedere a terzi parte del capitale sociale entro un dato termine.

⁴² Ai sensi dell'art. 115 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, i comuni erano autorizzati a trasformare le proprie aziende speciali in società per azioni delle quali però potevano rimanere unici azionisti per un tempo limitato, comunque non superiore a due anni.

⁴³ Il carattere restrittivo della sentenza in esame è stato evidenziato da più autori. cfr., in particolare, BERTONAZZI L. - VILLATA R., *Servizi di interesse economico generale*, cit., 1880-1881.

circostanza che lo statuto non attribuisca poteri alla maggioranza dei soci, ulteriori rispetto a quelli previsti dal regime ordinario delle società per azioni⁴⁴.

Riscontrata la presenza dei suddetti elementi, la Corte ha concluso escludendo la sussistenza di una situazione di controllo analogo tra il Comune di Bressanone e la ASM Bressanone S.p.A., e ha confermato, dunque, l'applicabilità degli artt. 43 e 49 TCE, i quali «*ostano a che un'autorità pubblica attribuisca, senza svolgimento di una pubblica gara, una concessione di pubblici servizi a una società per azioni nata dalla trasformazione di un'azienda speciale della detta autorità pubblica, società il cui oggetto sociale è stato esteso a nuovi importanti settori, il cui capitale dev'essere a breve termine obbligatoriamente aperto ad altri capitali, il cui ambito territoriale di attività è stato ampliato a tutti il paese e all'estero, e il cui Consiglio di amministrazione possiede amplissimi poteri di gestione che può esercitare autonomamente*»⁴⁵.

⁴⁴ Nella sentenza *Parking Brixen*, la Corte affianca alla concezione del controllo analogo di tipo *finanziario*, già illustrata nelle precedenti sentenze (la quale si sostanzia nel controllo della totalità o, comunque, della maggioranza, del capitale sociale del soggetto affidatario) quella del controllo analogo di tipo organizzativo-amministrativo (il quale si concreta nella serie di poteri che l'autorità pubblica aggiudicataria può esercitare sugli organi societari del'ente affidatario ed, in particolare, sul suo consiglio di amministrazione).

La Corte sembra, in particolare, escludere il controllo analogo qualora il controllo che l'amministrazione può esercitare sulla società è limitato a ciò che il diritto societario consente al socio totalitario. Sul punto. cfr. BERTONAZZI L. - VILLATA R., *Servizi di interesse economico generale*, cit., 1880; VILLATA R., *Pubblici servizi. Discussioni e problemi*, Milano, 2006; GALLO C.E., *Disciplina e gestione dei servizi pubblici economici. Il quadro comunitario e nazionale nella più recente giurisprudenza*, in *Dir. amm.*, 2005, 344 ss; SCOTTI E., *Organizzazione pubblica e mercato*, cit., 915.

⁴⁵ Il Consiglio di Stato (sent., V, 13 luglio 2006, n. 4440), a pochi mesi di distanza dall'adozione della sentenza *Parking Brixen*, si è trovato a decidere nel merito una causa molto simile a quella che aveva dato origine alla sentenza della Corte di Giustizia e a fare applicazione dei principi in essa espressi. Il Consiglio di Stato, in particolare, ha ritenuto illegittimo l'affidamento diretto disposto, ancora una volta, dal Comune di Bolzano in favore di una società per azioni partecipata da esso al 100 %, in considerazione della circostanza che tale partecipazione sarebbe obbligatoriamente dovuta scendere al 51 % e che i poteri del consiglio di amministrazione non fossero in alcun modo limitati o correlati a qualche forma di controllo da parte dell'ente. Il Consiglio richiama quanto affermato dalla Corte di Giustizia, ricordando che «*E' noto, infatti, che, secondo l'insegnamento consolidato della Corte costituzionale (sentenze n. 113 del 1985 e 389 del 1989; ordinanze n. 274 del 1986 e 132 del 1990) le pronunce della Corte di giustizia delle comunità europee hanno efficacia diretta nell'ordinamento interno degli stati membri, al pari dei regolamenti e delle direttive e delle decisioni della Commissione, vincolando il giudice nazionale alla disapplicazione delle norme interne con esse confliggenti*». A tale sentenza rimanda anche STANCANELLI G., MOSCARDI I., DE NICTOLIS R., *Gli affidamenti in house*, cit, 332.

La Corte, nella sentenza in esame, fornisce, dunque, una lettura molto rigorosa del concetto di controllo analogo, introducendo un'accezione di controllo analogo di tipo amministrativo-organizzativo, il quale non discende automaticamente dal controllo di tipo finanziario-azionario esercitato dall'ente aggiudicatario sul soggetto affidatario, ma la cui sussistenza va verificata caso per caso, alla luce della configurazione societaria del soggetto affidatario⁴⁶.

La Corte omette, tuttavia, ancora una volta, di chiarire la portata del secondo dei requisiti enucleati nella sua giurisprudenza in materia di gestione *in house providing*, non spingendosi a verificare se nel caso sottoposto l'ente concessionario realizzasse o meno la parte essenziale della propria attività con l'autorità pubblica concedente⁴⁷.

6. La libertà di scelta tra le diverse forme di affidamento di un servizio pubblico.

Con la sentenza ANAV, *causa C-410/04*, la Corte si è limitata a confermare i principi già espressi nella sentenza *Stadt Halle e Parking Brixen*, omettendo di pronunciarsi espressamente in merito alla questione prospettata dal giudice *a quo* riguardante la compatibilità dell'art. 113, quinto comma, del

⁴⁶ La Corte, nella sentenza *Parking Brixen*, come già osservato, chiarisce che per la sussistenza del "controllo analogo" non è sufficiente che il soggetto pubblico possieda interamente il capitale sociale del soggetto affidatario ma è indispensabile che il soggetto pubblico concedente eserciti un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle scelte gestionali importanti del soggetto affidatario.

La Corte, escluso che possa essere sufficiente la partecipazione totalitaria dell'ente pubblico, va alla ricerca degli elementi indiziari di un'assenza di controllo sull'ente affidatario e, tra essi rinviene sia la circostanza che il soggetto aggiudicatario sia giuridicamente configurato quale società per azioni sia quella che esso sia potenzialmente (seppur non in concreto) aperto a capitali privati o, comunque, di terzi soggetti. Su entrambi tali profili la Corte, come si illustrerà in seguito, avrà modo di tornare, ammettendo – in parziale contraddizione con quanto affermato nella sentenza *Parking Brixen* – la configurabilità di una gestione *in house* sia qualora il soggetto affidatario sia giuridicamente qualificato come società per azioni, sia qualora esso sia potenzialmente aperto all'ingresso di capitale sociale privato nella propria compagine societaria (purché sussista una partecipazione pubblica totalitaria al momento dell'affidamento, non rilevando l'eventuale clausola di futura alienazione di parte di tale capitale).

⁴⁷ La Corte omette di spingersi in tale ulteriore verifica perché la riscontrata insussistenza di un controllo analogo esclude già di per se la configurabilità dell'*in house providing*, in quanto i requisiti del controllo analogo e dell'attività prevalente devono sussistere contemporaneamente e non alternativamente.

d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, così come modificato dall'art. 14 del decreto legge 30 settembre 2003, n. 269, «*nella parte in cui non pone alcun limite alla libertà di scelta dell'Amministrazione pubblica tra le diverse forme di affidamento del servizio pubblico, ed in particolare tra l'affidamento mediante procedura di gara ad evidenza pubblica e l'affidamento diretto ad una società di cui tale ente detiene l'intero capitale*»⁴⁸.

È in tale omissione che si coglie la rilevanza di tale decisione.

Il caso ha avuto origine da una controversia nata tra l'Associazione Nazionale Autotrasporto Viaggiatori (d'ora in avanti l'«ANAV»)⁴⁹, da un lato, ed il Comune di Bari e l'AMTAB Servizio S.p.A., dall'altro, in merito all'affidamento diretto del servizio di trasporto pubblico locale disposto in favore di quest'ultima da parte del Comune⁵⁰.

L'AMTAB Servizio S.p.A. era una società partecipata al 100 % dal Comune di Bari, fornitrice del servizio di trasporto pubblico nel territorio comunale.

Nonostante la questione proposta dal giudice *a quo* avesse ad oggetto la verifica della compatibilità con il diritto comunitario di una disposizione nazionale che non limitasse in alcun modo la scelta dell'ente locale di gestire il servizio tramite una società *in house*⁵¹, la Corte non scioglie il nodo centrale

⁴⁸ Per un commento a tale pronuncia, cfr. CORRADO A., *Possibile evitare la gara se l'azienda è interamente controllata dall'ente*, in *Guida al diritto*, 17, 2006; LACAVALA C., *In house providing e tutela della concorrenza*, in *Gior. Dir. amm.*, 2006, 8, 841 ss.

⁴⁹ L'ANAV è un'associazione che rappresenta, per statuto, le imprese operanti nel mercato nazionale ed internazionale del trasporto di passeggeri e nei settori assimilabili al trasporto e, in quanto portatrice degli interessi delle imprese del settore, vigila sul buon andamento del servizio pubblico di trasporto urbano ed extraurbano.

⁵⁰ Il Comune aveva, dapprima, avviato una procedura di gara per l'affidamento del servizio di trasporto pubblico nel proprio territorio, salvo poi revocarla in seguito alla modifica introdotta dall'art. 14 del decreto legge n. 269/2003, che consentiva l'affidamento diretto dei servizi in favore di società a capitale interamente pubblico in possesso dei requisiti delineati in materia di affidamenti *in house*.

⁵¹ Dall'ordinanza di rimessione del Tar Puglia, n. 885, del 22 luglio 2004, emerge infatti che «*il vero profilo nevralgico della materia – sul quale non risulta che la Corte di Giustizia sia stata finora chiamata a pronunciarsi – è costituito non già dal modo con cui nella norma de qua è costruita la figura dell'affidamento in house, ma nel fatto che in essa l'istituto viene di fatto generalizzato, lasciando apparentemente alle Amministrazioni locali piena discrezionalità in ordine alla scelta tra esso e l'affidamento mediante gara ad evidenza pubblica (o, ancora, attraverso il sistema “misto” dell'affidamento diretto a società pubblico-privata in cui il socio privato sia scelto con procedura di evidenza pubblica)*».

della questione e ribadisce quanto già affermato nella sua precedente giurisprudenza in merito all'applicabilità, anche in materia di concessioni di servizi pubblici, di un obbligo di trasparenza nell'affidamento del servizio⁵².

La Corte ribadisce che, pur non trovando applicazione in materia di concessione di servizi la direttiva 92/50/CE, tale obbligo di trasparenza trova il proprio fondamento normativo negli artt. 43 e 49 TCE che, sancendo i principi di parità di trattamento e non discriminazione sulla base della nazionalità, impongono all'autorità pubblica di «*garantire, ad ogni potenziale offerente, un adeguato livello di pubblicità, che consenta l'apertura della concessione di servizi alla concorrenza, nonché il controllo sull'imparzialità delle procedure di aggiudicazione*»⁵³.

La Corte conferma, tuttavia, che anche nel settore delle concessioni di servizi l'applicazione dei richiamati principi del Trattato CE è esclusa «*se, allo stesso tempo, il controllo esercitato sul concessionario dall'autorità pubblica concedente è analogo a quello che essa esercita sui propri servizi, e se il detto concessionario realizza la parte più importante della propria attività con l'autorità che lo detiene*» e che, dunque, è perfettamente compatibile con il diritto comunitario una disposizione, come quella dell'art. 113 del d.lgs. 267/2000, così come modificata dal decreto-legge 269/2003, che riproduca testualmente quanto enunciato a livello comunitario in materia di *in house providing*.

Tale pronuncia è stata pubblicata in *Foro amm. – TAR*, 2004, 2648 ss, con nota di BERCELLI J., *I modelli delle società con partecipazione degli enti locali per la gestione dei servizi pubblici*. Per altri commenti, cfr. LOTTI P., *Affidamento in house nei servizi pubblici locali e pregiudizio per la concorrenza: la parola alla Corte di Giustizia*, in *Urb. app.* 2005, 224 ss; GAVERINI F., *Alle radici dell'in house providing: la giustizia amministrativa italiana si rimette alla Corte di giustizia CE*, in *Foro amm. - TAR*, 2004, 3111; ISONI A., *La delegazione interorganica nella gestione dei servizi pubblici locali. Tutela della concorrenza o prevalenza delle esigenze del servizio?*, in *Foro amm.-TAR*, 2004, 3124 ss; GALLO C.E., *Disciplina e gestione dei servizi pubblici economici*, cit., 341 e 347; SARACINO C. M., *In house providing: margini di una scelta tra libera concorrenza e cooptazione*, in *Servizi pubblici e appalti*, 2005, 631; FERRARI G.F., *Servizi pubblici locali e forme miste di gestione pubblico-privati*, in *Dir. pubbl. comp. Eur.*, n. 4/2004, 1921;

⁵² Sia il giudice del rinvio che la Corte di giustizia inquadrano il servizio di trasporto pubblico locale quale concessione di servizi, in quanto finanziato, almeno in parte, attraverso l'acquisto di titoli di trasporto da parte degli utenti.

⁵³ Cfr. punto 21 della sentenza.

La sentenza ha il pregio di ribadire che la disciplina dell'*in house providing* rappresenta comunque un'eccezione alle regole generali del diritto comunitario e che, pertanto, i requisiti necessari ai fini della sua configurazione devono essere interpretati restrittivamente⁵⁴.

La Corte ha concluso il proprio *iter* argomentativo, infine con un passaggio in cui ha affrontato sinteticamente la questione dell'eventuale apertura della società affidataria al capitale privato, chiarendo che tale apertura - seppur minoritaria - escluderebbe di per sé sola che l'ente affidatario possa essere considerato una struttura di gestione "interna" dell'ente pubblico che lo detiene⁵⁵.

La Corte ha distinto nettamente, infatti, la disciplina applicabile in caso di affidamento del servizio ad una società *in house* da quella applicabile nel caso di affidamento del medesimo servizio ad una società mista, precisando che, qualora la società affidataria venga aperta ad azionisti privati – anche in un momento successivo a quello dell'affidamento –, l'affidamento nei suoi

⁵⁴ Con la precisazione che «l'onere di dimostrare l'effettiva sussistenza delle circostanze eccezionali che giustificano la deroga a quelle regole grava su colui che intenda avvalersene», cfr. punto 26 della sentenza.

Il giudice del rinvio, nell'ordinanza di rimessione, sottolinea che la Corte di Giustizia, già con la sentenza *Teckal*, ha sancito il carattere eccezionale degli affidamenti *in house* e che tale carattere potrebbe essere stravolto da una disposizione come quella dell'art. 113 del d.lgs. 267/2000, nella parte in cui essa omette di indicare le modalità con cui le Amministrazioni dovranno esternare le proprie valutazioni in ordine alle "esigenze" del servizio che giustificano la deroga al principio generale della gara pubblica. A favore del carattere eccezionale dell'affidamento *in house* deporrebbe, secondo il giudice del rinvio, anche l'art. 86 TCE laddove, in materia di servizi pubblici di interesse economico generale, recita che «(..) *Le imprese incaricate della gestione di servizi d'interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale, sono sottoposte alle norme del presente Trattato, ed 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*».

Alla tesi del giudice del rinvio, che, sulla scorta delle pronunce della Corte di Giustizia, inquadra l'*in house* come ipotesi derogatoria e del tutto eccezionale, si contrappone la tesi di coloro che ritengono che la Corte di Giustizia non abbia voluto relegare l'*in house* ad ipotesi eccezionale, bensì solamente richiedere un certo rigore ed una certa prudenza nell'indagine volta ad individuare la sussistenza dei suoi requisiti legittimanti. In tale ultimo senso, cfr. GOISIS F., *L'in house nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali*, in VILLATA R. (a cura di), *La riforma dei servizi pubblici locali*, Torino, 2011.

⁵⁵ La Corte di giustizia ha approfondito tale aspetto perché in corso di causa la AMTAB S.p.A. ha presentato delle osservazioni scritte dalle quali è emersa la volontà del Comune di cedere, mediante gara, l'80 % delle sue azioni. In un momento successivo, tuttavia, il Comune ha rinunciato a cedere le proprie azioni della AMTAB S.p.A.. La Corte di Giustizia ha lasciato al giudice interno l'onere di chiarire se il Comune di Bari avesse intenzione di cedere o meno le proprie partecipazioni, offrendogli comunque «*elementi utili per risolvere la questione sottopostagli*».

confronti di una concessione di servizio pubblico senza procedura concorrenziale si pone in contrasto con gli obiettivi perseguiti dal diritto comunitario.

La Corte di Giustizia, con tale passaggio, introduce un'importante condizione ai fini della configurabilità di una (legittima) gestione *in house*, ovvero che i requisiti enucleati a partire dalla sentenza *Teckal* – ivi incluso quello della partecipazione pubblica totalitaria - sussistano “permanentemente”, ovvero permangano durante tutto il periodo di svolgimento del servizio da parte dell'affidatario *in house*⁵⁶.

Il problema che la Corte lascia irrisolto - eludendo in tal modo di pronunciarsi sulla questione prospettata - è se nel diritto comunitario sussista un principio generale che imponga alle pubbliche amministrazioni di prediligere l'affidamento del servizio a soggetti terzi (e, dunque, l'*outsourcing*) rispetto alla gestione interna dello stesso (e, dunque, *in house*).

La dottrina a tal proposito si è divisa tra coloro che ritengono che la Corte di Giustizia abbia implicitamente affermato che il diritto comunitario è completamente indifferente alla scelta delle autorità pubbliche di gestire *in house* o mediante società terze i servizi pubblici, e coloro che ritengono che la

⁵⁶ Cfr., in tal senso, STANCANELLI G., MOSCARDI I., DE NICTOLIS R., *Gli affidamenti in house*, cit., p. 329; Nello stesso senso, LIROSI A., *Affidamenti in house: lo stato dell'arte della dottrina e giurisprudenza in materia di controllo analogo*, Relazione tenuta al forum Public Utilities "Regolamentazione, disciplina e adeguamento statuti, in www.giustamm.it. Tale condizione è stata richiamata anche nelle conclusioni depositate nella causa il 12 gennaio 2006 dall'Avvocato generale L.A. Geelhoed secondo il quale i requisiti dell'*in house* devono permanere anche in epoca successiva al momento dell'affidamento diretto. Tale posizione riprende quanto affermato dalla Corte di Giustizia nella sentenza 10 novembre 2005, causa C-29/04 – Commissione delle Comunità europee c. Repubblica d'Austria, causa c.d. *Modling*, dal nome della città austriaca che aveva proceduto all'affidamento diretto contestato nella causa principale. Nel caso *Modling* la Corte di Giustizia esamina il caso di un affidamento diretto disposto da un Comune austriaco in favore di una società di diritto privato partecipata - al momento dell'affidamento - al 100 % dal Comune medesimo. Poco tempo dopo tale affidamento, tuttavia, il Comune ha ceduto il 49% delle proprie quote ad un soggetto privato e la Corte ha rilevato, pertanto, l'illegittimità dell'affidamento disposto in favore di tale società puntualizzando che «è pacifico che, attraverso una costruzione artificiale comprendente più fasi distinte, e cioè la creazione della società *Abfall*, la conclusione con essa del contratto di smaltimento dei rifiuti e la cessione del 49% delle quote di tale società alla società *Saubermacher*, un appalto pubblico di servizi è stato attribuito ad un'impresa di economia mista in cui il 49% delle quote sono detenute da un'impresa privata».

Corte abbia omissis di pronunciarsi su tale questione non essendo configurabile, dunque, alcuna pronuncia implicita in tal senso⁵⁷.

7. La Corte di Giustizia inizia la rifinitura del secondo requisito legittimante l'affidamento in house providing.

Come visto, le prime pronunce dei giudici comunitari hanno lasciato completamente nell'ombra il secondo requisito legittimante l'affidamento *in house*.

É solamente con la sentenza Carbotermo dell'11 maggio 2006, che la Corte di Giustizia ha cominciato ad approfondire - per la prima volta - anche la portata del secondo requisito necessario ai fini della configurabilità di un affidamento *in house*, ovvero che l'ente affidatario svolga la parte più importante della propria attività in favore dell'ente affidatario⁵⁸.

Il caso ha preso le mosse dalla controversia instaurata dinanzi ad un giudice amministrativo italiano tra l'impresa Carbotermo e il Consorzio Alisei, da una parte, e il Comune di Busto Arsizio e l'impresa AGESP S.p.A., dall'altra, in merito all'affidamento diretto in favore di quest'ultima di un appalto relativo alla fornitura di combustibili, alla manutenzione, all'adeguamento normativo e alla riqualificazione tecnologica degli impianti termici degli edifici del suddetto Comune⁵⁹.

Il Comune di Busto Arsizio, dopo aver inizialmente bandito una gara per l'affidamento del menzionato appalto, ha revocato il bando ed ha affidato

⁵⁷ Per la prima tesi, cfr. CORRADO A., *Possibile evitare la gara se l'azienda è interamente controllata dall'ente*, cit.; sulla seconda tesi, cfr. STANCANELLI G., MOSCARDI I., DE NICTOLIS R., *Gli affidamenti in house*, cit., p. 330; FERRARO V., *Partenariati pubblico-privati ed in house providing*, cit., 1532, nota 133. Per un'analisi più approfondita di questa problematica, cfr. *infra* cap. IV.

⁵⁸ Per un commento alla sentenza cfr. LACAVA C., *In house providing e tutela della concorrenza*, in *Gior. Dir. mm.*, 2006, 8, 841 ss; LOTTI P., *Corte di giustizia ed involuzione dell'in house providing*, in *Urb. e app.*, 2006, 9, 1047 ss.

⁵⁹ L'appalto era caratterizzato da una natura mista, includendo tanto attività di fornitura quanto di servizi. Il valore dei prodotti oggetto della fornitura era maggiore rispetto a quello dei servizi e, pertanto, sia il giudice del rinvio quanto la Corte di Giustizia hanno ricondotto il contratto dell'ambito di applicazione della direttiva 93/36 in materia di forniture. Secondo quanto già sancito nel caso *Teckal*, infatti, un contratto di appalto è disciplinato dalla direttiva in materia di forniture ogni qualvolta il valore dei beni forniti sia superiore al quello dei servizi oggetto del contratto.

direttamente, senza esperimento di alcuna gara pubblica, il contratto alla società per azioni AGESP S.p.A.

Il Comune ha motivato tale affidamento ritenendo sussistenti i requisiti individuati tanto dalla giurisprudenza nazionale quanto da quella comunitaria per l'affidamento *in house* del contratto.

Il Comune ha ritenuto, infatti, da un lato, che esso esercitasse sulla società AGESP S.p.A. un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi in quanto possedeva il 99,98 % delle azioni della società AGESP Holding S.p.A.⁶⁰, la quale deteneva a sua volta il 100 % delle azioni della AGESP S.p.A.

Dall'altro, che la società AGESP S.p.A. esercitasse prevalentemente la propria attività in favore del Comune, realizzando il 65,59 % del proprio fatturato globale nel territorio comunale.

Avverso tale affidamento hanno presentato ricorso la società Carbotermo S.p.A. ed il Consorzio Alisei, soggetti entrambi interessati a svolgere la fornitura in favore del Comune di Busto Arsizio.

Sulla scorta delle contestazioni avanzate dalle ricorrenti, il giudice italiano ha prospettato alla Corte di Giustizia due ordini di questioni.

La prima relativa alla configurabilità del requisito del controllo analogo in presenza di un controllo azionario esercitato solo indirettamente - per il tramite di una società per azioni partecipata al 99,98 % - dall'ente pubblico affidante.

La seconda relativa, da un lato, all'applicabilità, ai fini della verifica della sussistenza del requisito dell'attività prevalente, dell'art. 13 della direttiva 93/38 e, dall'altro, alla configurabilità del secondo requisito legittimante l'affidamento *in house* ove la società affidataria «realizzi la prevalenza dei

⁶⁰ La società AGESP Holding S.p.A. era una società per azioni nata dalla trasformazione, disposta il 24 settembre 1997, di un'impresa speciale del Comune di Busto Arsizio, il cui capitale sociale era posseduto al 99,98 % dal Comune e per la restante parte da alcuni Comuni della Lombardia, tra i quali quello di Castellanza, Dairago, Fagnano Olona, Gorla Minore, Marnate e Olgiate Olona.

proventi con l'Ente pubblico controllante o, in alternativa, nel territorio dell'Ente stesso»⁶¹.

La Corte di Giustizia ha affrontato la prima questione sottoposta esaminando, in via preliminare, la partecipazione azionaria detenuta dal Comune di Busto Arsizio nella società AGESP S.p.A., senza tuttavia porre (perlomeno immediatamente) particolare attenzione al fatto che la partecipazione del Comune a tale società fosse esercitata per il tramite di una *holding*.

Riscontrata la sussistenza di una partecipazione praticamente totalitaria del Comune nella suddetta società, la Corte ha osservato, ribadendo un concetto già espresso nella sentenza *Teckal*, come «*il fatto che l'amministrazione aggiudicatrice detenga, da sola o insieme ad altri enti pubblici, l'intero capitale di una società aggiudicatrice potrebbe indicare, pur non essendo decisivo, che l'amministrazione aggiudicatrice in questione esercita su detta società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi*»⁶².

Tuttavia, pur in presenza di una partecipazione pubblica totalitaria⁶³, la Corte ha ritenuto decisivo che il Comune di Busto Arsizio non potesse

⁶¹ La direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/38/CEE, coordinava le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni. Ai sensi dell'art. 13 della stessa, la direttiva non si applicava ai contratti di servizi assegnati da un ente aggiudicatario in favore di un'impresa collegata sempreché «*almeno l'80 % della cifra d'affari media realizzata nella Comunità dall'impresa in questione negli ultimi tre anni in materia di servizi deriv[asse] dalla fornitura di detti servizi alle imprese alle quali è collegata*».

⁶² In tale sentenza la Corte sembra non ritenere determinante - al fine di escludere la sussistenza del requisito del controllo analogo - il fatto che gli statuti della AGESP Holding S.p.A. e della AGESP S.p.A. contemplassero la possibilità di accesso di azionisti privati al proprio capitale.

Nonostante la AGESP Holding fosse partecipata esclusivamente dal Comune e da alcuni altri enti locali, infatti, il proprio statuto prevedeva che azionisti privati potessero acquistare il capitale sociale a due condizioni: che la maggioranza del capitale rimanesse comunque nelle mani del Comune di Busto Arsizio e che nessun azionista privato disponesse di una quota superiore al 10 % della società.

Per quanto riguarda la società AGESP S.p.A., il proprio statuto prevedeva la possibilità di ingresso di azionisti privati, con il solo limite che nessuno di essi potesse acquisire una quota superiore al 10 del capitale sociale.

⁶³ La AGESP Holding S.p.A. era partecipata prevalentemente dal Comune di Busto Arsizio ma altri comuni Lombardi possedevano una piccola parte del suo capitale sociale. La Corte, pertanto, ha implicitamente ribadito che il criterio del controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi può essere soddisfatto anche nel caso di imprese partecipate da più enti pubblici.

effettivamente esercitare sulla AGESP Holding S.p.A. e sulla AGESP S.p.A. un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, e ciò in ragione degli ampi poteri che gli statuti delle due società attribuivano ai rispettivi Consigli di amministrazione, tanto nella gestione ordinaria quanto in quella straordinaria delle società.

Gli statuti, ha osservato la Corte, non attribuivano all'assemblea dei soci alcun potere ulteriore rispetto a quelli che il diritto societario italiano attribuisce alla maggioranza dei soci e tale circostanza esclude un effettivo controllo dell'assemblea dei soci (e, dunque, del Comune di Busto Arsizio) sull'operato del Consiglio di amministrazione e sulla gestione delle società.

Solo dopo aver escluso la sussistenza del requisito del controllo analogo a causa dell'ampiezza dei poteri attribuiti al Consiglio di amministrazione, la Corte affronta la questione del controllo societario indiretto e precisa, quasi *ad abundantiam*, che il controllo dell'ente affidante sull'ente affidatario potrebbe essere peraltro indebolito qualora venga esercitato, come nel caso della AGESP S.p.A., per il tramite di una società *holding*⁶⁴.

Con riferimento alla seconda questione pregiudiziale prospettata alla Corte, dopo aver escluso l'applicabilità dell'art. 13 della direttiva 93/38 agli appalti di forniture⁶⁵, la Corte ha chiarito per la prima volta cosa debba

L'avvocato generale Stix Hack aveva a tal riguardo fornito una serie di elementi che il giudice nazionale avrebbe dovuto prendere in considerazione per valutare – in concreto – la sussistenza del requisito del controllo analogo: «- *gli interessi dei detentori delle quote*; - *la trasformazione dell'azienda municipalizzata in una società per azioni*; - *la circostanza che l'apertura della società al capitale esterno non sia prevista obbligatoriamente, né sia di fatto avvenuta*; - *la possibilità per la AGESP di aprire filiali anche all'estero*; - *l'ampiezza della possibilità di influenzare la nomina del consiglio di amministrazione, e la dirigenza della società*; - *i poteri del consiglio di amministrazione della AGESP nonché*; - *la circostanza che il Comune partecipi alla AGESP indirettamente, attraverso la AGESP Holding*».

⁶⁴ La Corte di Giustizia puntualizza nel passaggio conclusivo della parte dedicata alla prima questione pregiudiziale prospettata, che in materia di forniture non trova applicazione la previsione contenuta all'art. 6 della direttiva 92/50 in materia di servizi, la quale esclude dal suo ambito di applicazione gli appalti pubblici aggiudicati, a talune condizioni, ad amministrazioni aggiudicatrici.

⁶⁵ La Corte esclude l'applicabilità dell'art. 13 della direttiva 93/38 innanzitutto sulla base del presupposto che tale direttiva si applica agli appalti di servizi e non a quelli di forniture. In secondo luogo tale direttiva si applica a determinati operatori (imprese comuni e imprese dai conti annuali consolidati), distinti dagli operatori ai quali si applica la direttiva 93/36 in materia di forniture. L'art. 13 della direttiva 93/38 potrebbe trovare applicazione in materia di forniture sono in ragione di un'interpretazione analogica, alla quale tuttavia non è possibile procedere in considerazione del carattere eccezionale della previsione.

intendersi per “svolgimento della parte più importante dell’attività con l’ente pubblico affidante”⁶⁶.

Chiarito che la finalità delle direttive comunitarie in materia di appalti è quella di tutelare il gioco della concorrenza nel mercato, la Corte precisa che è necessario, per non falsare tale concorrenza, che le prestazioni della società affidataria *in house* siano sostanzialmente destinate in via esclusiva all’ente pubblico affidante.

Qualora sussista tale condizione, la società affidataria *in house* non opera nel mercato e, dunque, non è in competizione con gli altri operatori.

Affinché possa dirsi che la società affidataria svolge la parte prevalente della propria attività in favore del’ente pubblico affidante, è necessario avere riguardo, ha precisato la Corte, tanto all’aspetto quantitativo quanto a quello qualitativo.

Le prestazioni da prendere in considerazione per verificare se la società *in house* presti prevalentemente la propria attività in favore dell’ente pubblico sono «*tutte quelle che [la società in house] realizza nell’ambito di un affidamento effettuato dall’amministrazione aggiudicatrice*».

Il fatturato determinante, pertanto, è «*quello che l’impresa realizza in virtù delle decisioni di affidamento adottate dall’ente locale controllante*», indipendentemente da chi sia il destinatario (l’ente pubblico o gli utenti) delle prestazioni svolte, il soggetto che le remunera o a prescindere da quale sia il luogo in cui le stesse vengono erogate⁶⁷.

Con tale sentenza, la Corte di Giustizia ha inoltre chiarito un’ulteriore questione, non direttamente prospettata dal giudice *a quo*, ovvero come debba essere verificata la condizione relativa alla parte più importante dell’attività nel caso in cui il controllo sulla società *in house* venga esercitato da più enti pubblici.

⁶⁶ In altre occasioni la Corte di Giustizia, una volta riscontrata l’assenza del requisito del controllo analogo, aveva omesso di chiarire quali fossero i connotati del secondo requisito dell’*in house providing*. Le due condizioni della gestione *in house* del contratto devono, infatti, sussistere contemporaneamente e l’esclusione di una delle due condizioni è di per sé sufficiente ad escludere la legittimità dell’affidamento disposto senza l’esperienza di una gara pubblica.

⁶⁷ Il riferimento è anche alle concessioni di servizio pubblico, in cui il servizio è solitamente prestato, per conto dell’ente pubblico, direttamente in favore degli utenti, i quali provvedono direttamente al pagamento (talvolta parziale) del servizio.

Sul punto la Corte ha chiarito che *«nel caso in cui diversi enti locali detengano un'impresa, la condizione relativa alla parte più importante della propria attività può ricorrere qualora l'impresa in questione svolga la parte più importante della propria attività non necessariamente con questo o con quell'ente locale ma con tali enti complessivamente considerati»*.

L'attività da prendere in considerazione, pertanto, è quella esercitata nei confronti di tutti gli enti pubblici dai quali la società *in house* è partecipata e non quella esercitata esclusivamente nei confronti dell'ente che nel caso specifico agisce quale amministrazione aggiudicatrice.

Capitolo II

Le condizioni legittimanti l'affidamento diretto ad una società *in house*: il controllo analogo e lo svolgimento dell'attività prevalente in favore dell'ente affidante

SOMMARIO: **1.** Il controllo analogo: cenni introduttivi; **1.1** La necessità della partecipazione pubblica totalitaria e la cedibilità del capitale azionario; **1.2** La partecipazione pubblica indiretta dell'ente affidante alla società *in house*; **1.3** Le società miste e le statuizioni dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 1 del 2008; **1.4** L'insufficienza della partecipazione pubblica totalitaria ai fini della configurabilità del controllo analogo; **1.4.1** Controllo analogo e controllo societario; **1.5** L'*in house* pluripartecipato: il controllo analogo congiunto; **2.** Il requisito dello svolgimento della parte più importante dell'attività in favore dell'ente affidante.

1. Il controllo analogo: cenni introduttivi.

Dall'esame della giurisprudenza comunitaria è emerso come l'affidamento *in house* rappresenti una modalità, alternativa all'applicazione della disciplina comunitaria in materia di appalti e servizi pubblici, per effetto della quale la pubblica amministrazione si avvale, al fine di reperire determinati beni o servizi ovvero per erogare alla collettività prestazioni di pubblico servizio, di soggetti sottoposti al suo penetrante controllo⁶⁸.

La giurisprudenza comunitaria, in particolare, come già ampiamente ricordato, ha affermato la compatibilità degli affidamenti diretti, o senza gara, con il diritto comunitario allorquando: *i*) l'amministrazione aggiudicatrice eserciti sul soggetto affidatario un "controllo analogo" a quello esercitato sui propri servizi (elemento *strutturale* del rapporto *in house*) e *ii*) il soggetto aggiudicatario svolga "la parte più importante della propria attività" in favore

⁶⁸ In tal senso cfr. GAROFOLI R. - FERRARI G., *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2010, 181.

degli enti pubblici che lo controllano (elemento funzionale del rapporto *in house*)⁶⁹.

La prima condizione legittimamente gli affidamenti *in house*, dunque, consiste nella possibilità dell'ente affidante di esercitare sulla società *in house* lo stesso controllo che potrebbe esercitare nei confronti di un proprio ufficio o comunque di un suo organo gerarchicamente subordinato.

Solamente in presenza di un siffatto controllo, infatti, è possibile riscontrare un rapporto di sostanziale identità tra soggetto affidante e società *in house*, idoneo ad escludere quel rapporto di terzietà che imporrebbe all'ante pubblico di ricorrere ad una procedura ad evidenza pubblica per l'affidamento del contratto in favore delle società *in house*.

Le prime pronunce della Corte di Giustizia, come visto, si sono limitate ad enunciare le condizioni legittimanti l'*in house providing* senza tuttavia descriverne i contenuti, e ciò ha determinato l'insorgere di un acceso dibattito giurisprudenziale e dottrinario, soprattutto con riferimento al requisito del "controllo analogo".

Tra le problematiche che sono state affrontate nell'intento di definire i contorni del requisito del controllo analogo, emergono principalmente quelle connesse alla necessità della partecipazione pubblica totalitaria della società *in house*, alla cedibilità a privati del capitale sociale di quest'ultima, alla possibilità che l'ente affidante eserciti il proprio controllo sulla società *in house* indirettamente (per il tramite di una *holding*) o congiuntamente ad altri enti pubblici, ai limitati poteri gestionali di cui deve godere la società *in house*.

Le molte pronunce, tanto delle Corti europee quanto dei Tribunali amministrativi nazionali, che si sono susseguite sull'esatta delimitazione del requisito del "controllo analogo" hanno trovato una puntuale ricostruzione nella decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato del 3 marzo 2008, n. 1, la quale tuttavia non ha messo un punto definitivo sulle numerose

⁶⁹ A definire il requisito del controllo analogo quale requisito *strutturale* dell'*in house providing* contrapposto a quello *funzionale*, rappresentato dallo svolgimento della prevalenza dell'attività in favore dell'amministrazione aggiudicatrice è GAROFOLI R. - FERRARI G., *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 182.

problematiche connesse alla configurabilità del requisito del controllo analogo, le quali sono tuttora di piene attualità, come verrà esposto nel prosieguo.

1.1 *La necessità della partecipazione pubblica totalitaria e la credibilità del capitale azionario.*

La sentenza *Teckal* si è limitata ad individuare le due condizioni legittimanti l'affidamento *in house* ma non ha fornito alcuna definizione delle stesse.

A partire da tale pronuncia, pertanto, tanto la giurisprudenza quanto la dottrina hanno cercato di individuare gli esatti contorni tanto del concetto di “controllo analogo” quanto di quello di “attività prevalente”.

Con specifico riferimento al concetto di controllo analogo, una delle prime questioni che si è posta all'attenzione della giurisprudenza comunitaria è stata quella relativa alla necessità che ai fini della configurazione di un siffatto controllo la società *in house* fosse partecipata *totalitariamente* dall'amministrazione aggiudicatrice.

La Corte di Giustizia ha assunto sul punto sin da subito una posizione restrittiva e ha stabilito la necessità di una partecipazione pubblica *totalitaria* al capitale della società affidataria.

La Corte ha assunto tale posizione sulla scorta dell'assunto che ove vi sia una partecipazione privata al capitale della società affidataria, ancorché minoritaria o addirittura minima, ciò impedisce di per se di considerare la società come uno strumento di perseguimento degli interessi pubblici, assoggettata ad uno stringente controllo analogo, sicché per l'affidamento di un contratto ad una società mista è necessario seguire procedure ad evidenza pubblica⁷⁰.

⁷⁰ In tal senso, cfr. in primo luogo Corte di Giustizia 6 aprile 2006, Causa 410/04 (sentenza *Anav*) secondo cui «*la partecipazione, ancorché minoritaria, di un'impresa privata nel capitale di una società alla quale partecipa pure l'autorità pubblica concedente esclude in ogni caso che la detta autorità pubblica possa esercitare su una tale società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi*». Nello stesso senso cfr. anche Corte di Giustizia 11 gennaio 2005 C-26/03, *Stadt Halle*, cit. In secondo luogo, cfr. inoltre, Corte di Giustizia 21 luglio 2005 C-231/03, *Consorzio Coname*, in *Foro amm. - Cons. Stato*, 2005, con nota di

Tale principio è stato espresso per la prima volta a chiare lettere dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Stadt Halle*, con la quale il giudice comunitario ha escluso che l'amministrazione aggiudicatrice eserciti un "controllo analogo" sulla società *in house* qualora partecipi al capitale di quest'ultima anche un'impresa privata, seppur con una partecipazione minoritaria. Lo stesso principio è stato ribadito a distanza di qualche mese nella sentenza *Coname*, in cui si afferma che una società «*aperta, almeno in parte, al capitale privato (...) impedisce di considerarla come una struttura di gestione interna di un servizio pubblico nell'ambito dei comuni che ne fanno parte*».

Nello stesso senso la Corte di Giustizia si è espressa qualche anno dopo con la sentenza del 18 gennaio 2007, C-220/05 (*Jean Auroux and Others c. Commune de Roanne*), nella quale si esclude la qualificazione in termini di *in house providing* dell'affidamento diretto di lavori pubblici ad una società mista con capitale anche privato, ribadendo l'incompatibilità tra partecipazione di soci privati e requisito del controllo analogo, in quanto l'investimento privato risponderebbe a logiche ontologicamente privatistiche, in potenziale e permanente conflitto di interessi con le ragioni pubblicistiche perseguite dalla società *in house*⁷¹.

GAVERINI F., *Nuove precisazioni in tema di in house providing e di "controllo" sulla partecipazione, non meramente simbolica, degli enti al capitale delle società che gestiscono pubblici servizi*, in *Rass. Adv. Stato*, 2005, fasc. 3, 44; FIENGO G., *Ulteriori sviluppi sull'in house providing*, in *Foro it.*, 2006, Iv, 76; URSI R., *La Corte di giustizia stabilisce i requisiti del controllo sulle società "in house"*. La questione era stata rimessa alla Corte di Giustizia dal T.A.R. Lombardia-Brescia, 14 maggio 2003, n. 681, in *Foro amm. - Tar*, 2003, 2175, con nota di MUSSELLI L., *Affidamento diretto di servizi a società a prevalente capitale pubblico locale e principi comunitari di concorrenza*. Infine, cfr., Corte di Giustizia 18 gennaio 2007 C-220/05, *Jean Auroux*, in *Urb. e app.*, 2007, 552, con nota di RONDONI G., *Convenzione tra amministrazioni aggiudicatrici come appalto pubblico di lavori*. Più di recente, Corte di Giustizia, 8 aprile 2008, n. 337; Corte di Giustizia., 19 aprile 2007, causa 295/05.

⁷¹ Cfr., in particolare, il punto 64 della sentenza, nel quale si afferma che «*Orbene, il fatto che la SEDL sia una società ad economia mista al capitale della quale partecipano fondi privati esclude che si possa ritenere che il comune di Roanne eserciti su di essa un controllo analogo a quello che esso esercita sui propri servizi. Infatti, la Corte ha dichiarato che qualunque investimento di capitale privato in un'impresa obbedisce a considerazioni proprie degli interessi privati e persegue obiettivi di natura differente da quelli perseguiti da un'amministrazione pubblica (v. sentenza *Stadt Halle* e *RPL Lochau*, cit., punti 49 e 50). Quanto dichiarato dalla Corte nella sentenza *Stadt Halle* e *RPL Lochau*, cit., con riferimento agli appalti pubblici di servizi si applica anche con riferimento agli appalti pubblici di lavori*».

La Corte di Giustizia pone alla base di tale tesi interpretativa l'assunto teorico secondo cui la società *in house* e l'amministrazione aggiudicatrice possono dirsi la prima una *langa manus* della seconda solamente se perseguono le medesime finalità, circostanza ontologicamente esclusa qualora partecipi alla società *in house* anche capitale azionario privato.

Anche il giudice nazionale, in adesione a quanto affermato dalla Corte di Giustizia, ha sin da subito prescritto la partecipazione pubblica totalitaria al fine della configurabilità del requisito del controllo analogo⁷².

Messa in chiaro, senza rilevanti contrasti giurisprudenziali, tale necessità della partecipazione pubblica totalitaria, si è posta all'attenzione della giurisprudenza nazionale e comunitaria la domanda se il requisito del controllo analogo possa considerarsi sussistente anche nel caso in cui, benché in presenza di una partecipazione totalitaria dell'ente pubblico, lo statuto societario della società affidataria *in house* preveda l'apertura, come obbligatoria o meno, della società al capitale privato.

In merito alla compatibilità del requisito del controllo analogo con l'apertura *obbligatoria* della società al capitale privato si è pronunciata la Corte di Giustizia nella sentenza *Parking Prixen*, nella quale è stato escluso il controllo analogo, pur in presenza di una partecipazione pubblica totalitaria, allorché lo Statuto preveda come certi, ed anzi imponga, l'ampliamento dell'oggetto sociale, l'espansione territoriale delle attività della società a tutta l'Italia e all'estero e l'apertura della società al capitale privato⁷³.

⁷² In questo senso si è espressa tutta la giurisprudenza amministrativa ed, in particolare, l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, con la sentenza n. 1 del 2008. Posizione analoga è stata assunta anche dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, Atto di segnalazione 4 agosto 2008 n. 894. In tale segnalazione l'Autorità ribadisce il carattere eccezionale degli affidamenti *in house* ed afferma che «la presenza di soggetti non pubblici nel capitale sociale della società affidataria, fa dubitare della sussistenza delle condizioni di legittimità dell'affidamento secondo le modalità *in house*. L'interpretazione restrittiva dei requisiti di legittimità dell'affidamento *in house* è stata recentemente confermata dall'intervento della Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato⁶, il quale ha escluso in via generale la riconducibilità del modello organizzativo della società mista a quello dell'*in house providing*». Parzialmente difforme è sembrata la posizione assunta da Cons. St. V, 22 dicembre 2005, n. 7345 che aveva ritenuto che la quota pubblica dovesse comunque essere superiore al 99 %.

⁷³ La Corte di Giustizia nella sentenza *Parking Brixen* ha elencato in particolare gli elementi indiziari di una precarietà del controllo analogo esercitato dal Comune di Bressanone sulla società ASM Bressanone S.p.A., individuandoli nei seguenti «b) l'ampliamento dell'oggetto sociale, giacché la società ha cominciato ad operare in nuovi importanti settori, in particolare

Analoga posizione è stata assunta dalla giurisprudenza nazionale⁷⁴.

Più difficile, invece, è stato accertare la compatibilità del requisito del controllo analogo con una clausola statutaria che prevedesse l'astratta *possibilità* di cessione del capitale sociale della società *in house* a soggetti privati.

Da un lato, ragioni di certezza del diritto impongono di aver riguardo al momento in cui l'affidamento viene disposto, con conseguente irrilevanza di eventuali clausole che prevedano l'astratta possibilità (in concreto non verificatasi) di cessione di quote sociali a soggetti privati; dall'altro, è necessario evitare che un eccessivo formalismo nell'individuazione del momento nel quale devono sussistere le condizioni per l'affidamento *in house* vanifichi l'applicabilità delle direttive in materia di appalti e dei principi comunitari in materia di concorrenza.

Il problema della cedibilità di quote societarie a soggetti privati è stato trattato in maniera più approfondita rispetto al caso *Parking Brixen* dalla Corte di Giustizia con la sentenza *Modling* del 10 novembre 2005 (in causa C-29/04).

Nel caso *Modling*, il Comune ha affidato senza gara un contratto per la raccolta e lo smaltimento dei rifiuti ad una società da esso partecipata al momento dell'affidamento al 100 %, salvo poi aver ceduto il 49 % del capitale sociale a distanza di pochi giorni ad un soggetto privato.

In tale occasione la Corte di Giustizia ha chiarito che se è vero che per ragioni di certezza del diritto occorre in generale esaminare l'eventuale obbligo

quelli del trasporto di persone e merci, dell'informatica e delle telecomunicazioni. Si deve rilevare che la società ha conservato la vasta gamma di attività precedentemente esercitate dall'azienda speciale, tra cui quella di adduzione dell'acqua e di depurazione delle acque reflue, di fornitura di calore ed energia, di smaltimento dei rifiuti e di costruzione di strade; c) l'apertura obbligatoria della società, a breve termine, ad altri capitali; d) l'espansione territoriale delle attività della società a tutta l'Italia e all'estero; e) i considerevoli poteri conferiti al Consiglio di amministrazione, senza che in pratica venga esercitato alcun controllo gestionale da parte del comune».

⁷⁴ Cfr., in particolare, Cons. St., sez. V, 26 agosto 2009, n. 5082, con commento di RIZZO I., *Affidamento in house e controllo analogo: una certezza irraggiungibile?* in *Urb. App.*, 2009, 1345. Con tale sentenza il Consiglio di Stato ha escluso la legittimità di un affidamento *in house* in favore di una società con vocazione schiettamente commerciale, che risulta «dall'ampliamento, anche progressivo, dell'oggetto sociale e dall'apertura obbligatoria della società ad altri capitali o dall'espansione territoriale dell'attività della società». Nello stesso senso, meno recentemente, cfr. Cons. St., V, 30 agosto 2006, n. 5072; Cons. St., sez. V, 13 luglio 2006, n. 4440.

per l'autorità aggiudicatrice di procedere ad una gara d'appalto alla luce delle condizioni esistenti alla data dell'aggiudicazione del contratto di cui si tratta, dall'altro è necessario che in particolari circostanze vengano presi in considerazione avvenimenti successivi a tale data.

A fronte di vicende in cui è evidente l'intento elusivo dell'operazione complessivamente posta in essere dall'amministrazione (cioè l'intento di affidare, senza gara, un contratto ad una società a capitale misto pubblico-privato), è necessario procedere, dunque, ad una valutazione non formale ma sostanziale, al fine di evitare che sia eluso il principio di concorrenza e di evidenza pubblica.

Con la sentenza *Modling*, tuttavia, la Corte di Giustizia non ha chiarito se la sussistenza di una clausola statutaria che preveda la *possibilità* astratta (ma non verificatasi) di una cessione del capitale sociale della società *in house* a soggetti privati sia idonea ad escludere di per se la configurabilità del requisito del controllo analogo.

Tale questione è affrontata direttamente dalla sentenza del 17 agosto 2008 (C-371/05)⁷⁵, con cui la Corte di Giustizia ha affermato che «*la possibilità per i privati di partecipare al capitale della società aggiudicataria, in considerazione in particolare della forma societaria di quest'ultima, non è sufficiente, in assenza di una loro effettiva partecipazione al momento della stipula di una convenzione come quella di cui trattasi nella presente causa, per concludere che la prima condizione, relativa al controllo dell'autorità pubblica, non sia soddisfatta. Infatti, per ragioni di certezza del diritto, l'eventuale obbligo per l'amministrazione aggiudicatrice di procedere ad una gara d'appalto deve essere valutato, in via di principio, alla luce delle condizioni esistenti alla data dell'aggiudicazione dell'appalto pubblico di cui trattasi*»⁷⁶.

⁷⁵ Per un commento a tale decisione cfr. DE FALCO V., *Affidamenti in house, requisito del controllo analogo e cessione del capitale sociale: la Corte apre ai privati, ma rischia di destabilizzare il sistema interno*, in *Dir. Pubbl. comp. ed eur.*, 4, 2008, 2016 ss.

⁷⁶ Tale statuizione è perfettamente in linea con quanto affermato dalla Commissione europea, la quale aveva rilevato che «*secondo la Corte di giustizia (causa C-410/04, ANAV, Racc. 2006, pag. I-3303, punto 30 e segg.), al fine di escludere l'esistenza di una relazione «interna» è rilevante non soltanto la partecipazione effettiva di un terzo al capitale di un'impresa pubblica,*

In tale sentenza, per la prima volta, la Corte di giustizia chiarisce dunque che il controllo analogo non è incompatibile con clausole statutarie che prevedano l'astratta possibilità (non esercitata) di ingresso di soci privati nel capitale della società affidataria *in house*⁷⁷.

ma anche la volontà di un'amministrazione aggiudicatrice di aprire in futuro il capitale di una propria società controllata al settore privato. In altri termini, l'aggiudicazione «interna» di un appalto pubblico o di una concessione a un'impresa pubblica è esclusa se l'intenzione è di aprirne il capitale a soggetti privati nel corso dell'esecuzione dell'appalto o della concessione di cui trattasi. Al contrario, la semplice possibilità teorica della partecipazione di un soggetto privato al capitale di una società controllata da un'amministrazione aggiudicatrice non mette in discussione, secondo la Commissione, la relazione «interna» tra l'amministrazione aggiudicatrice e la sua controllata», cfr. nota 14 della Comunicazione interpretativa della Commissione europea in data 5 febbraio 2008, recante "Comunicazione interpretativa della Commissione sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati (PPPI)", pubblicata nella G.U.C.E. 12 aprile 2008,, C 91/4.

Si sottolinea, ad ogni modo, che con la sentenza 371/05, la Corte di Giustizia non ha smentito quanto affermato nel caso *Molding* ed ha, dunque, precisato che «*Circostanze particolari, segnatamente qualora risulti che l'apertura del capitale dell'ente interessato a soci privati era prevista sin dall'assegnazione del suddetto appalto pubblico, possono, di certo, richiedere che sia presa in considerazione la partecipazione effettiva di detti soci intervenuta successivamente a tale assegnazione (v., in tal senso, sentenza Commissione/Austria, cit., punto 38). Tuttavia, nella fattispecie, è giocoforza constatare che la Commissione non è riuscita a fornire la prova dell'esistenza di tali circostanze particolari*», cfr. punto 30 della sentenza.

⁷⁷ Parte della dottrina, forzandone la lettera, ha letto nella sentenza un'apertura della Corte di Giustizia alla possibilità che il controllo analogo si possa dire sussistente anche in presenza di capitale privato nella compagine societaria della società *in house*. In tal senso, cfr., in particolare, DE FALCO V., *Affidamenti in house, requisito del controllo analogo e cessione del capitale sociale: la Corte apre ai privati, ma rischia di destabilizzare il sistema interno*, in *Dir. Pubbl. comp. ed eur.*, 4, 2008, 2016 ss; Secondo l'A. dalla sentenza emergerebbe che «*la sussistenza degli elementi costitutivi del controllo analogo vanno valutati cioè al momento in cui si verifica l'affidamento in house. Qualora si verifici effettivamente l'apertura al capitale sociale a soci privati, prevista fin dallo statuto della società, occorre allora prendere in considerazione il ruolo svolto all'interno della società dai soci privati per verificare la permanenza dei requisiti del controllo analogo. Il requisito dell'intera proprietà pubblica del capitale sembra passare cioè da condizione fondamentale per la configurazione dell'affidamento in house ad un elemento che va valutato insieme agli altri parametri. Anche in presenza di accesso dei privati nella compagine societaria, occorre effettuare l'analisi del rapporto ente pubblico-società al fine di verificare quanto, ed in quale modo, l'ente pubblico continui ad indirizzare le scelte gestionali della società affidataria*», p. 2019.

A desumere dalla sentenza in commento la configurabilità del controllo analogo, senza partecipazione pubblica totalitaria è, inoltre, DE NICTOLIS R. - CAMERIERO L., *Le società pubbliche in house e miste*, Milano, 2008, 144. Gli A. affermano che «*alla luce di tale giurisprudenza, la presenza di soci privati nel capitale sociale che non abbia lacuna influenza su atti e decisioni rilevanti per la società in house, non dovrebbe di per sé escludere la sussistenza del controllo analogo da parte degli enti pubblici, soci maggioritari*».

Le statuizioni contenute nella sentenza C-371/05 sono state ribadite e rifinite da ultimo dalla Corte di Giustizia con la sentenza 10 settembre 2009, causa C-573/07⁷⁸.

Con tale sentenza la Corte di Giustizia ha nuovamente affermato che, se il capitale della società *in house* è interamente detenuto dall'amministrazione aggiudicatrice al momento dell'affidamento del contratto, l'*astratta* possibilità di apertura della società *in house* al capitale privato può assumere rilievo solo se in quel momento esiste una prospettiva concreta ed attuale di una effettiva apertura. Sicché la mera possibilità per i privati di partecipare al capitale della società *in house* non è sufficiente ad escludere la ricorrenza del requisito del controllo analogo, con la precisazione, tuttavia, che l'ammissione successiva al capitale sociale di soggetti privati necessiterebbe dell'indizione di una gara, perché costituirebbe un cambiamento di una condizione fondamentale dell'affidamento⁷⁹.

Da ciò conseguirebbe la necessità di un controllo successivo all'affidamento del contratto, da svolgere con periodicità durante la fase di esecuzione dello stesso⁸⁰.

La giurisprudenza nazionale ha assunto, invece, una posizione molto restrittiva rispetto a quella della Corte di Giustizia, la quale lascia intravedere un generale processo di marginalizzazione del modello dell'*in house providing* in Italia.

⁷⁸ Per un commento a tale sentenza, cfr. VOLPE C., *La Corte continua la rifinitura dell'in house. Ma il diritto interno va in controtendenza*, in *Urb. App.*, 1, 2010, 38.

⁷⁹ A tale impostazione ha aderito anche qualche giudice nazionale che, in controtendenza rispetto all'orientamento maggioritario sostenuto a livello nazionale, ha riconosciuto la legittimità di un affidamento *in house* anche in presenza di clausole statutarie che consentissero la cedibilità delle quote azionarie a soci privati, valorizzando l'espressa previsione, nella delibera di affidamento, della decadenza dell'affidamento conseguente ad eventuali successive modifiche dell'assetto societario. In tal senso cfr. Tar Puglia, Lecce, sez. II, 11 febbraio 2008, n. 432, citata anche da GAROFOLI R. - FERRARI G., *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2010.

⁸⁰ In tal senso, cfr. VOLPE C., *La Corte continua la rifinitura dell'in house. Ma il diritto interno va in controtendenza*, in *Urb. App.*, 1, 2010, 48. Già nel caso ANAV, la Corte di Giustizia sembrava aver richiesto che i requisiti connotanti le gestioni *in house* dovessero sussistere "permanentemente". In tal senso, cfr. STANCANELLI G., MOSCARDI I., DE NICTOLIS R., *Gli affidamenti in house*, cit., p. 329; Nello stesso senso, LIROSI A., *Affidamenti in house: lo stato dell'arte della dottrina e giurisprudenza in materia di controllo analogo*, Relazione tenuta al forum Public Utilities "Regolamentazione, disciplina e adeguamento statuti", in www.giustamm.it.

Secondo il giudice nazionale, infatti, anche clausole che prevedano la mera *possibilità* di cessione del capitale azionario a soggetti privati, escluderebbero la configurabilità del controllo analogo e, conseguentemente, la legittimità dell'affidamento *in house*, anche in presenza di una società partecipata al 100 % dall'ente pubblico al momento dell'affidamento.

In tal senso si è espressa numerosa giurisprudenza, affermando che la semplice previsione contenuta all'interno dello statuto dell'affidataria di una possibile futura cessione di una quota del capitale sociale a terzi sia condizione sufficiente ad impedire che l'amministrazione aggiudicatrice eserciti un "controllo analogo" a quello esercitato sui propri servizi, con conseguente violazione dei principi comunitari della parità di trattamento, non discriminazione e della libera concorrenza, donde l'impossibilità di ravvisare in tal caso una gestione *in house*⁸¹.

I giudici nazionali, pertanto, hanno ancorato l'assenza del requisito del controllo analogo alla sussistenza nello statuto dell'affidataria della mera possibilità di cessione in futuro di quote del pacchetto societario a soggetti terzi e non alla più specifica previsione della obbligatoria cessione in futuro di parte del capitale sociale a imprenditori privati singoli o in forma societaria.

⁸¹ In tal senso cfr. Cons. St., V, 30 agosto 2006, n. 5072, con cui i giudici di seconde cure hanno ritenuto insussistente il requisito del "controllo analogo" sul presupposto che lo statuto della società affidataria contenesse la espressa previsione della possibilità che in avvenire il pacchetto societario venisse detenuto da imprese singole o societarie con una partecipazione fino al 49% dell'intero capitale sociale. Il Consiglio di Stato, ha escluso che l'amministrazione aggiudicatrice potesse esercitare sulla società affidataria un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, in quanto la presenza di partner privati all'interno dell'assetto societario di quest'ultima imprimeva alla stessa una vocazione eminentemente commerciale che strideva con gli obiettivi e gli interessi pubblici propri della P.A.; in termini, TAR Friuli-Venezia Giulia, 12 dicembre 2005, n. 986; Tar Puglia, sez. II, 8 novembre 2006, n. 5197; TAR Toscana, sez. II, 18 maggio 2007, n. 762; Cfr. anche il parere del Consiglio di Stato, 18 aprile 2007, n. 456, secondo cui «*il controllo analogo si ritiene escluso dalla semplice previsione nello statuto della cedibilità delle quote a privati*». Nello stesso senso, da ultimo, Cons. St., sez. V., 3 febbraio 2009, 591, secondo cui, ai fini della configurabilità del controllo analogo deve «*sussistere nel momento genetico del rapporto la proprietà pubblica della totalità del capitale sociale*» la quale «*deve permanere per tutta la durata del rapporto ma deve anche essere garantita da appositi e stabili strumenti giuridici, quali il divieto di cedibilità delle azioni posto ad opera dello statuto*», ciò sulla base della considerazione che «*in mancanza di una stabile e certa incedibilità delle azioni, il rispetto delle regole della concorrenza sarebbe rimesso (come non è ragionevolmente consentito) alla costante vigilanza degli altri operatori del settore, i quali dovrebbero verificare, per tutta la durata del rapporto sorto per affidamento diretto, la permanenza in mano pubblica del capitale*».

Si è trattato di una puntualizzazione di non poco momento, che ha limitato considerevolmente la possibilità di ricorso all'*in house providing* in Italia, rispetto all'ampiezza di vedute dimostrata dalla Corte di Giustizia⁸².

Si segnala, tuttavia, che non sono mancate sul punto anche pronunce più flessibili del giudice nazionale, che hanno sostenuto che la semplice previsione nello statuto dell'affidataria della mera possibilità di apertura del capitale sociale a privati non costituisca indice rivelatore dell'assenza di un controllo analogo⁸³.

1.2 *La partecipazione pubblica indiretta dell'ente affidante alla società in house.*

Un'altra questione che si è posta all'attenzione della giurisprudenza e della dottrina comunitaria e nazionale è stata quella relativa alla possibilità di configurare un controllo analogo dell'ente affidante sulla società affidataria, anche nell'ipotesi in cui non sia l'ente affidante a detenere il capitale sociale della società *in house* ma una società (c.d. *holding*) a sua volta partecipata dall'ente pubblico affidante.

La questione è stata affrontata dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Carbotermo*. In tale occasione è stato chiesto alla Corte se fosse configurabile il requisito del controllo analogo in presenza di un controllo azionario esercitato solo indirettamente - per il tramite di una società per azioni partecipata al 99,98 % - dall'ente pubblico affidante⁸⁴.

⁸² Numerose sono state le pronunce adottate in tal senso dal giudice amministrativo nazionale anche di recente, quali Consiglio di Stato, sez. V, 9 marzo 2009, n. 1365, con nota di GIORGIO M., *L'in house pluripartecipato: nuovo modello societario o apparato amministrativo?*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 12, 2009, 1269; Id., 30 aprile 2009, n. 2765; Id., 26 agosto 2009, n. 5082; Id., 28 settembre 2009, n. 5808 e 29 dicembre 2009, n. 8970.

⁸³ Cfr. Cons. St., sez. VI, 1 giugno 2007, n. 2932; Si sofferma sulla rilevanza di tali pronunce GUZZO G., *Società miste e affidamenti in house*, Milano, 2009, 52.

⁸⁴ In *Rass. avv. Stato*, 2006, fasc. 1, 19, con nota di MIRTI C., *La giurisprudenza comunitaria in tema di in house providing insiste sull'interpretazione rigorosa dei "requisiti Teckal"*; in *Foro it.*, 2006, IV, 510, con nota di URSI R., *Brevissime considerazioni sul vincolo di destinazione dell'attività delle società in house*; in *Giornale dir. amm.*, 2006, 841, con nota di LACAVALA C., *In house providing e tutela della concorrenza*; in *Urb. e app.*, 2006, 1047, con nota di LOTTI P., *Corte di giustizia e involuzione dell'in house providing*.

Nel caso sottoposto al suo esame, la Corte di Giustizia ha escluso la sussistenza delle condizioni legittimanti l'affidamento *in house*.

La Corte di Giustizia, tuttavia, non ha sancito che la partecipazione indiretta fosse di per sé idonea ad escludere la configurabilità dell'*in house providing*, ed ha dedicato maggiore attenzione alla circostanza che nel caso sottoposto al suo esame il consiglio di amministrazione della società *in house* possedesse ampi poteri di gestione (esercitabili in autonomia rispetto alle direttive dell'assemblea dei soci) e il capitale sociale della società *in house* fosse potenzialmente accessibile a soci privati.

Con specifico riferimento alla partecipazione indiretta, la Corte si è limitata ad osservare come il controllo dell'ente affidante sull'ente affidatario potesse essere "indebolito" qualora esercitato, come nel caso di specie, per il tramite di una società *holding*.

Sulla scorta delle vaghe statuizioni della Corte di Giustizia, la dottrina si è divisa tra coloro che ne hanno desunto, forzando in un certo senso i contenuti della sentenza, che la partecipazione indiretta sia di per sé incompatibile con l'affidamento *in house* del contratto e coloro che, con argomentazioni *a contrario*, hanno desunto dalla sentenza della Corte la generale ammissibilità della partecipazione indiretta, a condizione che, sia la società partecipata direttamente che quella partecipata indirettamente, siano a totale capitale pubblico, e che la partecipazione indiretta non indebolisca il requisito del controllo analogo⁸⁵.

Anche la giurisprudenza nazionale ha assunto posizioni diverse: parte della giurisprudenza ha ritenuto che, ragionando *a contrario* rispetto alle

⁸⁵ Secondo GIOVANNELLI M., in commento a Corte di Giustizia, 10 novembre 2005, *Divieto di affidamento di servizi pubblici senza gara a società miste e ulteriori restrizioni dell'in house providing* in C-29/04, in *Urb. e app.*, 2/2006, 160 ss., questa sentenza ammetteva che la partecipazione alla società *in house* potesse realizzarsi in forma indiretta, attraverso soggetti a loro volta partecipati. Nello stesso senso, seppur con la precisazione che la *holding* fosse partecipata al 100% dell'ente affidante, DE NICTOLIS R. - CAMERIERO L., *Le società pubbliche in house e miste*, Milano, 2008, 156. Per STANCANELLI G., MOSCARDI I., DE NICTOLIS R., *Gli affidamenti in house*, in *Trattato sui contratti pubblici*, SANDULLI M.A.-DE NICTOLIS R.-GAROFOLI R. (A CURA DI), I, 2008, 334, è necessaria la verifica dei poteri del consiglio di amministrazione soprattutto nel caso in cui il controllo analogo venga esercitato tramite una società *holding*, considerato il rischio che tale controllo venga indebolito dalla partecipazione indiretta.

statuizioni comunitarie, la partecipazione indiretta sia ammissibile purché la società direttamente partecipata e quella indirettamente partecipata siano entrambe a capitale interamente pubblico e il controllo indiretto non indebolisca quello analogo⁸⁶; un'altra parte, invece, ha negato recisamente la sussistenza del requisito del controllo analogo in presenza di una partecipazione indiretta, soprattutto nel caso di gestione di servizi pubblici locali⁸⁷.

La seconda sezione del Consiglio di Stato, con il parere n. 456 del 18 aprile 2007, sembra aver aderito alla prima tesi, affermando che «è configurabile un “controllo analogo” anche nel caso in cui il pacchetto azionario non sia detenuto direttamente dall'ente pubblico, ma indirettamente mediante una società per azioni capogruppo (c.d. holding) posseduta al 100% dall'ente medesimo. Tuttavia, una tale forma di partecipazione “può, a seconda delle circostanze del caso specifico, indebolire il controllo eventualmente esercitato dall'amministrazione aggiudicatrice su una società per azioni in forza della mera partecipazione al suo capitale” (cfr. la citata sentenza Carbotermo, 11 maggio 2006, causa C-340/04). In tale ottica, la partecipazione pubblica indiretta, anche se totalitaria, è in astratto compatibile, ma affievolisce comunque il controllo».

⁸⁶ Si v. T.A.R. Campania-Napoli, sez. I, 30 marzo 2005 n. 2784; T.A.R. Sicilia, I, 5 novembre 2007, n. 2511, secondo cui «la stessa giurisprudenza comunitaria ha altresì precisato che, in astratto, non è escluso un “controllo analogo” anche nel caso in cui il pacchetto azionario non sia detenuto direttamente dall'ente pubblico, ma indirettamente mediante una società per azioni capogruppo (c.d. holding) posseduta al 100% dall'ente medesimo, anche se non si è mancato di specificare che tale forma di partecipazione “può, a seconda delle circostanze del caso specifico, indebolire il controllo eventualmente esercitato dall'amministrazione aggiudicatrice su una società per azioni in forza della mera partecipazione al suo capitale” (cfr. Corte di Giustizia com. Europee, sentenza Carbotermo, 11 maggio 2006, causa C-340/04): in tali evenienze, in altri termini, la partecipazione pubblica indiretta, anche se totalitaria, è in astratto compatibile, ma affievolisce comunque il controllo». Cfr. anche Cons. St., sez. V, 22 dicembre 2005 n. 7345, ove il controllo analogo è stato ritenuto sussistente nonostante una partecipazione privata nella holding, considerata irrilevante.

⁸⁷ T.A.R. Toscana, sez. I, 15 gennaio 2001 n. 25, in Riv. Trim. appalti, 2001, 299, con nota di DUGATO M. e PIPERATA G., *La gestione dei servizi pubblici locali attraverso una società holding*.

Recentemente, sul punto si è espressa, seppur implicitamente, l'interessante sentenza del T.A.R. Lombardia - sede di Brescia - n. 1440, del 27 ottobre 2008.

I giudici bresciani hanno esaminato il caso di un comune locale (il Comune di Trescore Balneario) che, volendo procedere alla gestione associata del servizio di raccolta e smaltimento di rifiuti solidi urbani, aveva delegato ad una Comunità montana il compito di scegliere la modalità di gestione più appropriata.

Tale Comunità Montana (in qualità di ente capofila dei singoli comuni) aveva affidato il servizio, senza alcuna procedura di gara, ad una società di capitali, di cui possedeva il 77,49 % (ed in cui anche il Comune di Trescore Balneario possedeva una quota dello 0,484%).

Il Tar nel caso di specie ha escluso che il Comune di Trescore Balneario potesse dirsi esercitare un controllo analogo sulla società *in house*, esercitato per il tramite della Comunità Montana, sostanzialmente escludendo che il controllo analogo possa essere esercitato indirettamente, per il tramite (come nel caso di specie) di un ente sovracomunale⁸⁸.

⁸⁸ Il Tar Brescia, in particolare, ha affermato che «*In riferimento alla fattispecie controversa, ad avviso del Collegio nello Statuto non si rinvengono clausole che attribuiscono ai singoli Enti locali prerogative idonee a garantire uno stringente controllo finanziario e gestionale sulla Società.*

Anzitutto deve essere affrontata la questione della mediazione della Comunità Montana.

Sostengono i resistenti che quest'ultima, eletta a suffragio universale indiretto, agisce quale Ente locale capofila, delegato dai singoli Comuni all'affidamento del servizio rifiuti nel quadro di una gestione associata promossa ai sensi degli artt. 27 e 28 del T.U.E.L : in particolare la Comunità Montana (che detiene una quota di partecipazione nella Società pari al 77,5%) è l'Ente esponenziale delle collettività stanziare sui territori dei Comuni membri, i quali esercitano il controllo analogo attraverso di essa, la cui Assemblea promana dai Consigli comunali.

Una simile impostazione non è condivisibile.

18. Le Comunità Montane sono Enti locali sovracomunali, costituiti "per l'esercizio di funzioni proprie, di funzioni conferite e per l'esercizio associato delle funzioni comunali" (art. 27 comma 1). Nella specie affrontata l'attività svolta è qualificabile come gestione associata, poiché l'azione amministrativa è posta in essere per conto degli Enti territoriali deleganti, che tuttavia conservano la titolarità dei rispettivi servizi. In proposito è noto che in linea generale la delega è una figura di diritto pubblico, in virtù della quale il delegato è legittimato ad esercitare una competenza la cui titolarità permane in capo all'organo delegante, il quale conserva i poteri di ingerenza e di sorveglianza da esercitarsi mediante direttive e, nei casi più gravi, attraverso la revoca.

Così definita la fattispecie, è perfettamente legittima la scelta degli Enti locali di affidare alla Comunità Montana il compito di individuare la forma di gestione del servizio più vantaggiosa anche sotto il profilo economico. Se tuttavia la scelta cade sul modello di delegazione

Nonostante le sopra illustrate pronunce abbiano individuato i contorni essenziali della questione, rimangono tuttavia molti nodi irrisolti, tra cui, a titolo esemplificativo, risultano ancora da chiarire i limiti a cui l'*holding* pubblica soggiacerebbe, con particolare riguardo all'acquisizione di partecipazioni in società con oggetto sociale e localizzazione diverse⁸⁹.

1.3 *Le società miste e le statuizioni dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 1 del 2008.*

Strettamente connessa alla questione della necessità della partecipazione pubblica totalitaria ai fini della configurabilità dei presupposti applicativi dell'*in house providing* è quella relativa all'inquadramento delle società miste rispetto al modello di gestione *in house*.

Molte delle società a partecipazione pubblica, soprattutto quelle operanti per (e con) gli enti locali, sono partecipate infatti congiuntamente da soggetti pubblici e privati e vengono definite, pertanto, società a capitale misto pubblico-privato o, per brevità, società miste⁹⁰.

interorganica, la verifica dei requisiti illustrati ai punti 10 e segg. va condotta con riferimento a ciascuna amministrazione titolare del servizio, ossia ad ogni singolo Comune delegante: quest'ultimo non viene espropriato della competenza attribuitagli dal legislatore, e quindi la mediazione realizzata per mezzo della delega rilasciata alla Comunità Montana non esclude che lo stesso debba mantenere in proprio il controllo diretto sulla Società affidataria».

⁸⁹ Cfr., in tal senso, DE NICTOLIS R. - CAMERIERO L., *Le società pubbliche in house e miste*, Milano, 2008, 156.

⁹⁰ Si tratta di circa l'80 % delle società partecipate dagli enti locali, in tal senso, Principi di riordino del quadro giuridico delle società pubbliche, Roma, settembre 2008, in www.assonime.it, 9.

La *ratio* dell'istituto delle società a capitale misto pubblico e privato è stata rinvenuta «*nella difficoltà dell'amministrazione di reperire risorse necessarie ad assicurare la fornitura di un'opera o di un servizio alla collettività. In un quadro di questo tipo, il ricorso a capitali ed energie private diventa momento quasi ineludibile nel difficile compito di garantire un'azione amministrativa efficiente ed efficace, fortemente improntata a criteri di economicità. L'acquisizione del patrimonio cognitivo, composto di conoscenze tecniche e scientifiche, maturato dal privato nelle singole aree strategiche di affari, costituisce un arricchimento del know-how pubblico oltre che un possibile alleggerimento degli oneri economico-finanziari, che le pubbliche amministrazioni devono sopportare in sede di erogazione di servizi o di realizzazione di opere pubbliche o di pubblica utilità*» (cfr. Ad. Plen. Cons. St. n. 1 del 2008).

Il fenomeno delle società miste è stato ricondotto dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 1 del 2008, nel concetto di partenariato pubblico privato (PPP), la cui codificazione risale al "Libro verde" della Commissione CE relativo al PPP e al diritto comunitario degli appalti e delle concessioni. Nel "libro verde", presentato il 30 aprile 2004, la Commissione ha affermato che il termine PPP si riferisce in generale a «*forme di cooperazione tra le autorità*

Come è stato sin qui illustrato, la partecipazione pubblica totalitaria è un requisito indispensabile (seppur non sufficiente) ai fini della configurabilità di una società *in house* e, pertanto, la presenza di un socio privato nella compagine azionaria della società mista esclude di per sé la possibilità di assimilare le società miste a quelle *in house*.

Ciò posto, in caso di affidamento di un contratto ad una società mista non vengono in alcun rilievo i principi elaborati dalla Corte di Giustizia a partire dalla sentenza *Teckal*, e, pertanto, le regole poste a tutela della concorrenza a livello comunitario e a livello nazionale non possono trovare alcuna deroga⁹¹.

pubbliche e il mondo delle imprese che mirano a garantire il finanziamento, la costruzione, il rinnovamento, la gestione o la manutenzione di un'infrastruttura o la fornitura di un servizio». La Commissione, nel citato “libro verde”, ha ritenuto di potere individuare due tipi di partenariato pubblico-privato; e precisamente il tipo “puramente contrattuale” e quello “istituzionalizzato”.

Sia la Commissione che il Parlamento europeo concordano nel ritenere che le forme di PPP non costituiscono “l’anticamera” di un processo di privatizzazione delle funzioni pubbliche, dal momento che le sinergie tra pubblica amministrazione e soggetti privati possono generare effetti positivi per la collettività, attecchendosi a strumento alternativo alla stessa privatizzazione. Per questo motivo l’assemblea di Strasburgo ha qualificato, senza mezzi termini, il PPP, in tutte le sue manifestazioni, come un possibile strumento di organizzazione e gestione delle funzioni pubbliche, riconoscendo alle amministrazioni la più ampia facoltà di stabilire se avvalersi o meno di soggetti privati terzi, oppure di imprese interamente controllate oppure, in ultimo, di esercitare direttamente i propri compiti istituzionali.

Il PPP di tipo “puramente contrattuale” è quello “basato esclusivamente su legami contrattuali tra i vari soggetti. Esso definisce vari tipi di operazioni, nei quali uno o più compiti più o meno ampi – tra cui la progettazione, il finanziamento, la realizzazione, il rinnovamento o lo sfruttamento di un lavoro o di un servizio – vengono affidati al partner privato”.

I modelli di partenariato di tipo puramente contrattuale più conosciuti sono l’appalto e la concessione.

I partenariati pubblico privato di tipo istituzionalizzato sono, secondo la Commissione europea (si veda il citato “libro verde”), quelli che implicano una cooperazione tra il settore pubblico e il settore privato in seno a un’entità distinta; che implicano, cioè, la creazione di un’entità detenuta congiuntamente dal partner pubblico e dal partner privato, la quale ha la “missione” di assicurare la fornitura di un’opera o di un servizio a favore del pubblico.

Il modello di partenariato di tipo istituzionalizzato più conosciuto è quello della società mista.

La Commissione europea tende ad assimilare il partenariato pubblico-privato di tipo “istituzionalizzato” a quello di tipo “puramente contrattuale” e, perciò, a considerare applicabile anche al primo tipo di partenariato il “diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni”. Ciò ha delle ovvie ricadute sulle modalità di scelta del partner privato, essendo chiaro che anche in tal caso, pur in assenza di norme specifiche, devono applicarsi, come avviene per l’affidamento a terzi di servizi mediante concessioni, le norme del Trattato sulla libera prestazione dei servizi e sulla libertà di stabilimento, nonché i principi di trasparenza, non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e reciproco riconoscimento.

⁹¹ In tal senso, recentemente, si veda quanto espresso dalla Commissione europea, che ha precisato che la collaborazione tra amministrazioni aggiudicatrici e soggetti privati non può determinare una deroga alla disciplina degli appalti pubblici, diversamente da quanto avviene nel caso in cui sussistano gli estremi di una gestione *in house*. Cfr., in particolare, la

Nel caso di un affidamento a favore di una società mista, infatti, non si configurano gli estremi per poter parlare di delegazione interorganica e, dunque, la selezione del socio privato partecipante alla società affidataria deve avvenire tramite una procedura di gara ad evidenza pubblica.

Messa in chiaro l'obbligatorietà di una procedura ad evidenza pubblica per la selezione del socio privato, la dottrina e la giurisprudenza hanno incontrato maggiori difficoltà interpretative per stabilire se la società mista, il cui socio privato fosse stato scelto mediante procedura ad evidenza pubblica, potesse essere destinataria di un affidamento diretto⁹².

La giurisprudenza e la dottrina hanno fornito sul punto diverse soluzioni interpretative⁹³.

Secondo la soluzione interpretativa più rigida, sposata principalmente dal Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Sicilia, la società mista non avrebbe potuto in ogni caso beneficiare di un affidamento diretto, ancorché la scelta del suo socio privato fosse avvenuta mediante una procedura ad evidenza pubblica.

Comunicazione interpretativa della Commissione sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati, COM(2007) 6661, par. 2.1. nel quale si afferma che *«Il fatto che un soggetto privato e un'amministrazione aggiudicatrice cooperino nell'ambito di un'entità a capitale misto non può giustificare il mancato rispetto, in sede di aggiudicazione di appalti pubblici o concessioni a tale soggetto privato o all'entità a capitale misto, delle disposizioni in materia di appalti pubblici e concessioni. In effetti la Corte di giustizia ha rilevato che la partecipazione, ancorché minoritaria, di un'impresa privata al capitale di una società alla quale partecipi anche l'amministrazione aggiudicatrice esclude in ogni caso la possibilità di una relazione «interna» (in-house), sottratta in linea di principio alla normativa in materia di appalti pubblici, tra l'amministrazione aggiudicatrice e la società in questione»*.

⁹² A sottolineare la centralità di tale questione nel dibattito che si è svolto in dottrina ed in giurisprudenza sul tema è, in particolare, PATRONI GRIFFI U. – RIZZO I., *Note a margine del nuovo assetto regolamentare dei servizi pubblici locali e strumentali*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2010, 493; si veda anche RIZZO I., *Brevi considerazioni a seguito dell'abrogazione dell'art. 23 bis L. 133/2008*, in *Urbanistica e appalti*, 8, 2011, 901.

La possibilità di un affidamento diretta del contratto in favore delle società miste, il cui socio privato fosse stato selezionato mediante gara, ha indotto la dottrina a confondere spesso il fenomeno degli affidamenti diretti a società miste da quelli *in house providing*, in ragione dell'equivoco di voler ricondurre qualsiasi affidamento diretto alla categoria degli affidamenti *in house*.

⁹³ Per un'illustrazione delle diverse tesi sostenute in dottrina sul punto, cfr. RIZZO I., *La disciplina dei servizi pubblici locali dopo il referendum*, in *Urbanistica e appalti*, 8, 2011, 901 ss. Cfr. anche l'illustrazione operata delle diverse tesi dalla seconda sezione del Consiglio di Stato nel parere n. 456 del 2007, par. 8.1 e 8.2.

Secondo tale impostazione, infatti, la selezione per la scelta del socio privato sarebbe stata un passaggio necessario ma non sufficiente per escludere la necessità di una seconda e successiva gara per l'affidamento del contratto. Le due gare, infatti, avrebbero avuto finalità diverse, la prima volta esclusivamente a selezionare un soggetto privato disposto ad entrare nel capitale sociale di una società parzialmente pubblica, ed in possesso dei necessari requisiti, soprattutto di ordine finanziario; la seconda volta a selezionare il miglior contraente per l'esecuzione del contratto pubblico⁹⁴.

La tesi dei giudici siciliani tutelava, in particolare, il mercato e la concorrenza, fortemente limitati dall'obbligo per l'imprenditore di conseguire l'affidamento di un servizio, solo entrando in una società, per molti versi anomala, con l'amministrazione.

Tale tesi muoveva dall'assunto che la necessaria partecipazione pubblica totalitaria richiesta dal giudice comunitario quale condizione legittimante l'affidamento *in house* avrebbe in ogni caso escluso la legittimità di un affidamento diretto in favore di una società mista⁹⁵.

Alla tesi estrema dei giudici siciliani si è contrapposta una tesi diametralmente contraria, secondo la quale una società mista in cui il socio privato sia stato scelto con procedura di gara ad evidenza pubblica potesse in ogni caso legittimamente risultare affidataria diretta di un contratto⁹⁶.

Ciò in quanto, la circostanza che il socio privato della società mista sia stato selezionato mediante una procedura di gara ad evidenza pubblica rende l'affidamento diretto in favore della società mista perfettamente compatibile con la necessità di tutelare i principi della concorrenza e della trasparenza nel

⁹⁴ Cfr., in particolare, la sentenza Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Sicilia del 27 ottobre 2006, n. 589. In tale sentenza il giudice siciliano affronta proprio la questione «della legittimità dell'affidamento diretto di un servizio pubblico (nella specie il servizio idrico integrato) ad una società mista a prevalente capitale pubblico, con partner privato scelto in esito a procedura ad evidenza pubblica ex art. 113 comma 5 del d.lgs. n. 267/2000».

⁹⁵ Sulla scorta di tali considerazioni, il Consiglio di Giustizia Amministrativa della Regione Sicilia è arrivata a ritenere «doversi pervenire ad una interpretazione restrittiva, se non addirittura disapplicativa, dell'art. 113, comma 5, lett. b), nel senso che la costituzione di una società mista, anche con scelta del socio a seguito di gara, non esime dalla effettuazione di una seconda gara per l'affidamento del servizio».

⁹⁶ In questo senso, *ex plurimis*, Cons. St., sez. V, 3 febbraio 2005, n. 272.

mercato, che trovano pieno riconoscimento ed applicazione nella precedente fase di selezione del socio privato⁹⁷.

Una tesi intermedia rispetto a quelle appena illustrate riconosce la legittimità dell'affidamento diretto in favore di società miste, sottoponendo tuttavia la procedura di scelta del socio privato a determinate condizioni.

È questa la tesi avallata dalla seconda sezione del Consiglio di Stato con il parere n. 456 del 18 aprile 2007, con cui è stato definitivamente messo in discussione il principio di illegittimità dell'affidamento diretto operato a favore di società di capitali nella cui compagine azionaria sia presente, seppur con una partecipazione minoritaria, anche un socio privato⁹⁸.

La prima questione affrontata dal Consiglio di Stato è stata quella di definire la riconducibilità o meno, in via generale, del modello organizzativo della costituzione di una “società mista” pubblico-privata al modello dell'*in house providing*.

Sul punto la seconda sezione ha concluso che l'evoluzione giurisprudenziale consentisse di escludere la riconducibilità del modello organizzativo della “società mista” a quello dell'*in house providing*, richiamando, in particolare, la consolidata giurisprudenza elaborata dalla Corte di Giustizia in materia di controllo analogo e di necessaria partecipazione esclusivamente pubblica al capitale azionario della società *in house*⁹⁹.

⁹⁷ Tale tesi, come rilevato anche dalla seconda sezione del Consiglio di Stato, suscitava non poche perplessità per il caso di società miste “aperte”, nelle quali il socio privato, ancorché selezionato con gara, non veniva scelto per finalità definite, ma soltanto come partner privato per una società “generalista”, alla quale affidare direttamente l'erogazione di servizi non ancora identificati al momento della scelta del socio e con lo scopo di svolgere anche attività *extra moenia*, avvalendosi semmai dei vantaggi derivanti dal rapporto privilegiato stabilito con il partner pubblico.

⁹⁸ In tal senso, MANGANI R., *Affidamenti in house e modello societario tra controllo analogo e conflitto di interessi*, in www.giustamm.it, 10 luglio 2007.

⁹⁹ Il Consiglio di Stato si richiamata alle note pronunce della Corte di Giustizia, affermando, in particolare che «*ciò emerge dalla già menzionata sentenza della Corte 11 gennaio 2005, causa C-26/03 - Stadt Halle e RPL Lochau: nel dare atto che, in quella controversia, la Stadt Halle si era difesa proprio sostenendo che si sarebbe trattato “di un'operazione di ‘in house providing’*», alla quale non si applicherebbero le norme comunitarie in materia di appalti pubblici”, la Corte ha invece affermato che “*la partecipazione, anche minoritaria, di un'impresa privata al capitale di una società alla quale partecipi anche l'amministrazione aggiudicatrice in questione, esclude in ogni caso che tale amministrazione possa esercitare sulla detta società un controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi*”. L'opzione interpretativa è confermata, tra le altre, dalla citata sentenza 6 aprile 2006, causa C-410/04 - ANAV c/ Comune di Bari – laddove afferma che “*se la società concessionaria è*

Correttamente inquadrato il fenomeno delle società miste, il Consiglio di Stato afferma tuttavia che *«la non riconducibilità alla figura dell'in house non implica, di per sé, la esclusione automatica della compatibilità comunitaria della diversa figura della società mista a partecipazione pubblica maggioritaria in cui il socio privato sia scelto con una procedura di evidenza pubblica»*.

Ciò sulla scorta dell'assunto che tutte le pronunce della Corte di Giustizia che avevano fino ad allora affrontato il problema della compatibilità comunitaria degli affidamenti diretti a società miste non avevano in realtà esaminato il caso in cui tale affidamento diretto fosse avvenuto in favore di una società mista in cui il socio privato fosse stato scelto con procedura di gara ad evidenza pubblica.

Ad avviso del Consiglio di Stato, quando il socio privato che partecipa la società mista è un “socio di lavoro”, un “socio industriale” o un “socio operativo” (come contrapposti al “socio finanziario”), è possibile ritenere che *«l'attività che si ritiene “affidata” (senza gara) alla società mista sia, nella sostanza, da ritenere affidata (con gara) al partner privato scelto con una procedura di evidenza pubblica che abbia ad oggetto, al tempo stesso, anche l'attribuzione dei suoi compiti operativi e quella della qualità di socio»*¹⁰⁰.

una società aperta, anche solo in parte, al capitale privato, tale circostanza impedisce di considerarla una struttura di gestione «interna» di un servizio pubblico nell'ambito dell'ente pubblico che la detiene (v. già, in senso analogo, anche la sentenza 21 luglio 2005, causa C-231/03 - Corame)” – e in quella 18 gennaio 2007, causa C-220/05 - Jean Auroux, ove si afferma che “quanto dichiarato dalla Corte nella sentenza Stadt Halle e RPL Lochau, cit., con riferimento agli appalti pubblici di servizi si applica anche con riferimento agli appalti pubblici di lavori». Il Consiglio di Stato, infatti, legge nelle sentenze della Corte di Giustizia che essa «ha ritenuto che qualsiasi investimento di capitale privato in un'impresa obbedisca a considerazioni proprie degli interessi privati e persegua obiettivi di natura differente rispetto a quelli dell'amministrazione pubblica. Pertanto, in sostanza, oggi si può parlare di società in house soltanto se essa agisce come un vero e proprio organo dell'amministrazione “dal punto di vista sostantivo”, non contaminato da alcun interesse privato».

¹⁰⁰ Il ragionamento della seconda sezione presuppone la fungibilità tra contratto di appalto e contratto sociale e la assoggettabilità anche di quest'ultimo al diritto comunitario degli appalti e delle concessioni.

Tale posizione, come affermato anche dal Consiglio di Stato nel parere in commento, era stata già avallata dalle istituzioni comunitarie (con esclusione, in un primo momento, della Corte di Giustizia) trattando del fenomeno del “partenariato pubblico-privato” (PPP).

Si fa riferimento, in particolare, al Libro Verde pubblicato dalla Commissione europea il 30 aprile 2004 (cfr., in particolare, il par. 3, punti 53 ss.), laddove si affermava che la *«cooperazione diretta tra il partner pubblico ed il partner privato nel quadro di un ente dotato*

Ciò in quanto il ricorso alla figura della società mista non costituirebbe, in sostanza, un affidamento diretto, ma la modalità organizzativa con la quale l'amministrazione controlla l'affidamento disposto, con gara, al "socio operativo" della società.

Le condizioni legittimanti tale ricostruzione vengono individuate dal Consiglio di Stato, nella circostanza *«1) che vi sia una sostanziale equiparazione tra gara per l'affidamento del servizio pubblico e gara per la scelta del socio, in cui quest'ultimo si configuri come un "socio industriale od operativo", che concorre materialmente allo svolgimento del servizio pubblico o di fasi dello stesso; 2) che si preveda un rinnovo della procedura di selezione "alla scadenza del periodo di affidamento" (...), evitando così che il socio divenga "socio stabile" della società mista, possibilmente prevedendo che sin dagli atti di gara per la selezione del socio privato siano chiarite le modalità per l'uscita del socio stesso (con liquidazione della sua posizione), per il caso in cui all'esito della successiva gara egli risulti non più aggiudicatario».*

Rispetto alla posizione dei giudici siciliani, la tesi della seconda sezione del Consiglio di Stato ha il pregio di non imporre un'inutile duplicazione di procedure ad evidenza pubblica (concentrando le operazioni in un'unica gara) e di evitare l'inevitabile conflitto di interessi che necessariamente sorgerebbe in capo all'ente pubblico che, dapprima ha costituito un ente societario detenendone parte del capitale per lo svolgimento di un servizio, e

di personalità giuridica propria», tra l'altro, «permette al partner pubblico di conservare un livello di controllo relativamente elevato sullo svolgimento delle operazioni».

Tali tipologie di partenariato – prosegue la Commissione europea – non essendo disciplinate direttamente dal diritto comunitario degli appalti, dovrebbero comunque essere assoggettate al rispetto delle norme e dei principi in materia, non potendo *«la scelta del partner privato destinato a svolgere tali incarichi nel quadro del funzionamento di un'impresa mista (...) essere dunque basata esclusivamente sulla qualità del suo contributo in capitali o della sua esperienza, ma dovrebbe tenere conto delle caratteristiche della sua offerta – che economicamente è la più vantaggiosa – per quanto riguarda le prestazioni specifiche da fornire»* (Libro Verde, cit., punto 58; cfr. pure i successivi punti 61, 62 e 63, che appaiono in linea con le affermazioni sin qui svolte dalla Sezione).

Le medesime conclusioni sono state fatte proprie dal Palamento europeo nella "Risoluzione sui partenariati pubblico-privati e il diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni" del 26 ottobre 2006 (2006/2043 (INI)), dove si affermava, tra l'altro, che *«se il primo bando di gara per la costituzione di un'impresa mista è risultato preciso e completo, non è necessario un ulteriore bando di gara»* (punto 40).

successivamente bandisce una gara per l'affidamento del medesimo servizio¹⁰¹.

Il fine dichiarato perseguito dal Consiglio di Stato è quello di incentivare l'utilizzo dello strumento della società mista a discapito della società *in house*, partecipata al 100% dall'ente pubblico¹⁰².

Sulla questione è intervenuta, infine, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con la sentenza n. 1 del 2008.

Con la decisione assunta nell'Adunanza Plenaria di marzo 2008, il Consiglio di Stato ha avuto modo di confermare l'assoluta condivisibilità di quanto già sostenuto dalla Sezione II con il parere n. 456 del 2007, ribadendo anche la necessità a) che la gara finalizzata alla scelta del partner privato sia sostanzialmente equiparabile a quella per l'affidamento del servizio, con conseguente unicità della procedura di scelta del partner privato e dell'affidamento del servizio; b) che la procedura di selezione del socio privato, comprensiva anche del contestuale affidamento del servizio, venga rinnovata al momento della scadenza del periodo di affidamento¹⁰³.

Significativamente, l'Adunanza Plenaria, facendo proprie tutte le argomentazioni svolte dalla Sezione II del Consiglio di Stato in merito alla particolare forma di affidamento diretto alla società mista, dopo averne nuovamente escluso la riconducibilità al modulo dell'*in house providing* per ricondurlo a quello del fenomeno del partenariato pubblico privato (PPP), ha

¹⁰¹ In tal senso, cfr. anche RIZZO I., *La disciplina dei servizi pubblici locali dopo il referendum*, in *Urb. e app.*, 8, 2011, 902.

¹⁰² L'intento perseguito dal Consiglio di Stato è evidente nel passaggio in cui ha affermato che «*Appare, infatti, illogico ammettere, in alternativa all'affidamento del 100% del servizio all'esterno, la (sola) rinuncia totale al mercato con la società pubblica in house e non consentire, invece – in settori specifici, individuati dalla legge considerando la peculiarità di una data materia e quindi l'inopportunità di una totale devoluzione ai privati, ma anche l'impossibilità tecnica di lasciar gestire il servizio interamente alla "parte pubblica" – un'apertura parziale a più flessibili "forme di collaborazione" pubblico-privato, laddove tale apertura si giustifichi razionalmente con l'esigenza di un controllo più stringente sull'operatore, in quanto svolto non nella veste di committente ma in quella di socio e – soprattutto – sia delimitata da tutte quelle garanzie di definitezza dell'oggetto e della durata dell'affidamento che sole possono ricondurre, ad avviso della Sezione, il modello ad un affidamento all'esterno (sia pure per certi aspetti peculiare) e non come un affidamento in house*».

¹⁰³ Sulla scorta delle condizioni imposte per la selezione del socio privato, le società miste c.d. aperte, costituite cioè per finalità specifiche ma indifferenziate, non possono essere affidatarie dirette: in tal senso, cfr., Cons. St., V, 15 ottobre 2010, n. 7533.

però inteso segnalare al legislatore il rischio di interpretazioni non condivise dalla Corte di Giustizia, in assenza di univoche indicazioni da parte di quest'ultima e delle istituzioni comunitarie¹⁰⁴.

Di lì a poco, la Corte di Giustizia ha fornito delle risposte definitive alle perplessità sollevate dall'Adunanza Plenaria¹⁰⁵.

Con la sentenza del 15 ottobre 2009, causa C-196/08 (c.d. *Acoset*), infatti, la Corte di Giustizia ha per la prima volta avallato il modulo organizzativo elaborato dalla seconda sezione del Consiglio di Stato e chiarito che non occorre una doppia gara per l'affidamento del servizio qualora la società a capitale misto, pubblico privato, sia «*costituita specificamente al fine della fornitura di detto servizio e con oggetto sociale esclusivo, nella quale il socio privato sia selezionato mediante una procedura ad evidenza pubblica, previa verifica dei requisiti finanziari, tecnici, operativi e di gestione riferiti al servizio da svolgere e delle caratteristiche dell'offerta in considerazione delle prestazioni da fornire, a condizione che detta procedura di gara rispetti i principi di libera concorrenza, di trasparenza e di parità di trattamento imposti dal Trattato per le concessioni*». Con l'ulteriore precisazione che tale società mista «*deve mantenere lo stesso oggetto sociale durante l'intera durata*

¹⁰⁴ L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, precisamente, afferma che «*allo stato e in mancanza di indicazioni precise da parte della normativa e della giurisprudenza comunitaria, non sia elaborabile una soluzione univoca o un modello definitivo. Si corre il rischio di dar luogo a interpretazioni "praeter legem", che potrebbero non trovare l'avallo della Corte di giustizia. E comunque la fattispecie per cui è causa, a parte l'inconfigurabilità di un servizio pubblico locale, non rientra nei confini del modello così come costruito dalla sezione seconda di questo Consiglio*».

¹⁰⁵ Con l'ordinanza n. 164 del 2008, la sezione di Catania del TAR Sicilia ha chiesto, infatti, alla Corte, mediante ricorso in via pregiudiziale, di verificare proprio la compatibilità con il Diritto dell'Unione europea del meccanismo di affidamento costruito dai giudici di Palazzo Spada, così ponendo all'attenzione dell'Unione Europea un caso tutto italiano. La particolarità della questione sottoposta alla Corte di Giustizia, che la distingueva dalle aggiudicazioni sino ad allora censurate dalla giurisprudenza comunitaria, come sottolineato anche nelle conclusioni dell'Avvocato Generale, risiedeva nel fatto che il socio privato facente parte della società mista affidataria diretta del contratto fosse stato selezionato mediante una procedura di gara ad evidenza pubblica, secondo un modulo tutto italiano, non utilizzato negli altri stati membri. Con la questione rimessa alla Corte di Giustizia il giudice siciliano, precisamente, chiedeva «*se gli artt. 43 CE, 49 CE e 86 CE ostino all'affidamento diretto di un servizio pubblico che preveda l'esecuzione preventiva di determinati lavori, come quello di cui alla causa principale, a una società a capitale misto, pubblico e privato, costituita specificamente ai fini della fornitura di detto servizio e con un oggetto sociale esclusivo, in cui il socio privato è scelto mediante procedura ad evidenza pubblica previa verifica dei requisiti finanziari, tecnici, operativi e di gestione relativamente al servizio che deve essere erogato nonché delle caratteristiche della sua offerta in considerazione delle prestazioni da fornire*».

della concessione» perché «qualsiasi modifica sostanziale del contratto comporterebbe un obbligo di indire una gara».

Appare dunque possibile l'affidamento diretto di un contratto ad una società mista solamente qualora si sia svolta una gara (unica, seppur a doppio oggetto) finalizzata non soltanto alla scelta del socio privato, ma anche allo stesso affidamento dell'attività da svolgere. Si deve trattare, dunque di una gara ad oggetto ben determinato, che individui nel dettaglio lo specifico servizio da svolgere in parternariato con l'amministrazione e che limiti, nel tempo, il rapporto di parternariato, prevedendo allo scadere una nuova gara.

Con specifico riferimento alla determinazione dell'oggetto del contratto, la giurisprudenza ha avuto modo di precisare che è inammissibile una forma di società c.d. generalista, con cui si trasformi il concetto di "*determinazione del servizio*" in quello di "*determinabilità*" del medesimo¹⁰⁶.

La gara, dunque, deve essere strutturata in modo tale da selezionare un socio realmente operativo, che sia in grado di fornire un apporto in termini di organizzazione tecnologica e *know how*, mentre il controllo della costà affidataria dovrebbe essere esercitato dal soggetto pubblico.

Nell'ambito del quadro così delineato, dunque, l'affidamento diretto di un'attività in favore di una società mista rinviene la propria fonte di legittimità in principi del tutto contrapposti rispetto a quelli che legittimano l'affidamento diretto in favore delle società *in house*.

¹⁰⁶ In tal senso, Cons. St., 16 marzo 2009, n. 1555. In tale sentenza, tuttavia, il Consiglio di stato ha ritenuto comunque consentito che – entro certi limiti - siano affidate alla società mista prestazioni ulteriori rispetto a quelle previste al momento in cui si è svolta la gara per la selezione del socio privato. Si veda anche Cons. St., sez. VI, 23 settembre 2008, n. 4603, che ha ritenuto illegittimo l'affidamento diretto disposto in favore di una società mista, ove la scelta del socio, «*ancorché selezionato con gara, non avvenga per finalità definite, ma solo al fine della costituzione di una società "generalista", alla quale affidare l'esecuzione di lavori non ancora identificati al momento della scelta stessa*». Nello stesso senso, Consiglio di Stato, sez. V, 15 ottobre 2010, n. 7533, secondo cui «*le società miste cosiddette aperte, costituite cioè per finalità specifiche ma indifferenziate, non possono essere affidatarie dirette in quanto non soddisfano le condizioni a cui è ancorata la deroga*».

Sempre in merito ai caratteri che deve avere la gara da esperire per la selezione del socio privato, si vedano, più in generale, Cons. St., sez. V, 30 settembre 2010, n. 7214; Consiglio di Stato, sez. V, 18 dicembre 2009, n. 8376.

Mentre nel caso delle società *in house* l'affidamento diretto è giustificato dal fatto che non è soggetto distinto dall'ente affidante e pertanto agisce quale sua *longa manus*, nel caso delle società miste non si rinviene, nella sostanza, alcun affidamento diretto in suo favore, giacché l'affidamento del servizio è preceduto da una regolare procedura ad evidenza pubblica, seppur concomitante (o comunque coincidente) con quella con cui viene selezionato il socio privato.

1.4 *L'insufficienza della partecipazione pubblica totalitaria ai fini della configurabilità del controllo analogo.*

Alla luce del quadro delineato tanto a livello comunitario quanto nazionale, emerge che la società *in house* non è solamente una società interamente pubblica, ma è soprattutto una società nella quale l'amministrazione possiede penetranti poteri di controllo e di gestione, tali per cui, come visto, essa rappresenta una *longa manus* dell'amministrazione pubblica.

Ed invero non è sufficiente, per configurare un rapporto *in house*, il controllo societario totalitario da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, se, nonostante la partecipazione totalitaria ricorrono altri indici di autonomia sostanziale della società *in house* rispetto all'ente da cui è partecipata¹⁰⁷.

Secondo l'insegnamento della nota sentenza *Parking Brixen*, l'autorità pubblica concedente deve poter esercitare, infatti, un'«*influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni strategiche*» della società *in house*¹⁰⁸.

¹⁰⁷ Nel caso *Parking Brixen*, ad esempio, la Corte di Giustizia ha rinvenuto tali indici nella circostanza che l'affidataria: *i*) era stata trasformata da azienda autonoma in società di capitali; *ii*) aveva ampliato l'oggetto sociale; *iii*) aveva esteso l'attività ad altri comuni, sia in Italia sia all'estero; *iv*) aveva previsto l'apertura obbligatoria della società a capitali diversi da quelli dell'ente pubblico comunale; *v*) aveva conferito rilevanti poteri al consiglio di amministrazione; *vi*) non aveva previsto un controllo gestionale da parte del Comune.

¹⁰⁸ Tali principi sono stati affermati con chiarezza sin dalle prime pronunce della Corte di Giustizia e fatti propri dall'unanime giurisprudenza nazionale e dall'Autorità di Vigilanza dei Contratti Pubblici. In tal senso, più recentemente, *ex plurimis*, Cons. St., sez. V, 8 gennaio

La società *in house*, non possedendo alcuna autonomia decisionale in relazione ai più importanti atti di gestione, si configurerà come entità solo *formalmente* distinta dall'ente pubblico affidante, rappresentando, nella *sostanza*, una *longa manus* di quest'ultimo.

Laddove, dunque, lo statuto della società *in house* attribuisca al consiglio di amministrazione la facoltà «*di adottare tutti gli atti ritenuti necessari per il conseguimento dell'oggetto sociale*» è esclusa la configurabilità del controllo analogo giacché in tal caso i poteri attribuiti alla maggioranza dei soci dal diritto societario non sono sufficienti a consentire all'ente aggiudicante di esercitare quel penetrante controllo sulle decisioni fondamentali della società¹⁰⁹.

Tanto i giudici nazionali quanto i giudici comunitari hanno ritenuto necessari maggiori strumenti di controllo da parte dell'ente pubblico rispetto a quelli previsti dal diritto civile, ovvero:

- che il consiglio di amministrazione della società *in house* non abbia rilevanti poteri gestionali e che l'ente pubblico possa esercitare maggiori poteri rispetto a quelli che il diritto societario riconosce alla maggioranza sociale;
- che le decisioni più importanti debbano essere sottoposte al vaglio preventivo dell'ente affidante¹¹⁰.

La giurisprudenza, infatti, ha costantemente sancito che il controllo analogo legittimante l'affidamento diretto dell'attività in favore di una società *in house* è un controllo decisamente più stringente ed incisivo di quello societario di cui all'art. 2359 c.c., per cui non è tantomeno rigidamente proporzionale alla partecipazione societaria, come d'altronde dimostrato dalla possibilità che l'ente affidante eserciti il controllo analogo unitamente ad altri ente pubblici che partecipano la società affidataria¹¹¹.

2007, n. 5; Cons. St., sez. V., 8 marzo 2011, n. 1447; e le deliberazioni dell'AVCP n. 46 del 13 luglio 201 e 6 ottobre 2010, n. 54 e n. 67 del 6 luglio 2011.

¹⁰⁹ In tal senso, *ex plurimis*, Cons. St., sez. V, 30 agosto 2006, n. 5072. Nello stesso senso, più recentemente, Cons. St., sez. V, 24 settembre 2010, n. 7092.

¹¹⁰ In tal senso, *ex multis*, cfr. Cons. St., III, 1514 del 3 marzo 2007; Cons. St., sez. V, 8 gennaio 2007, n. 5; Cons. St. Ad. Plen., 3 marzo 2008, n. 1. Cfr. anche TAR Campania, sez. VII, 4 luglio 2007, n. 6479; TAR Friuli Venezia Giulia, 10 gennaio 2007, n. 13.

¹¹¹ In tal senso, *ex plurimis*, T.A.R. Lazio-Roma, II *ter*, 13 giugno 2007 n. 5408, in *Giurisd. amm.*, 2007, II, 1411.

Si tratta, invero, di un rapporto di subordinazione gerarchica, caratterizzato da un controllo gestionale e finanziario stringente dell'ente pubblico sull'ente societario *in house*¹¹².

Nell'ordinamento italiano, i poteri di direzione, coordinamento e influenza attribuiti alla maggioranza dei soci sono individuati dagli artt. 2359, 2449, 2450 e 2497 c.c., ma essi non determinano – necessariamente – quel rapporto di totale subordinazione dell'affidataria alle direttive dell'autorità pubblica richiesto quale condizione legittimante l'affidamento diretto del contratto alla società *in house*.

Ciò posto, lo Statuto della società *in house* deve dunque prevedere stringenti poteri di ingerenza e coordinamento da parte dell'assemblea dei soci, più incisivi rispetto a quelli tipicamente previsti dal diritto societario, risultando indispensabile che le decisioni più importanti siano sottoposte al vaglio preventivo dell'ente affidante¹¹³.

In altri termini, è necessario che lo Statuto della società *in house* contenga delle previsioni *ad hoc* che possano limitare in maniera significativa i poteri del consiglio di amministrazione.

La giurisprudenza sul punto ha avuto modo di chiarire che non esiste un elenco tassativo delle previsioni di cui lo statuto della società affidataria deve essere corredato perché possa dirsi configurato il requisito del controllo analogo: a tal fine è necessaria «*la valutazione del caso concreto*» tenuto conto «*della normativa statutaria e delle ulteriori fonti che regolano il rapporto tra affidatario e soci pubblici*»¹¹⁴.

Tra le previsioni statutarie ritenute idonee a limitare i poteri del consiglio di amministrazione, garantendo il controllo analogo dell'ente affidante, sono

¹¹² In tal senso, Cons. St., sez. VI, 25 gennaio 2005 n. 168, in *Urb. e app.*, 2005, 329, con nota di CARANTA R., *Concessioni di beni e regola della gara*; Cons. St., sez. V, 11 maggio 2007 n. 2234, in *Giurisd. amm.*, 2007, I, 696; T.A.R. Lombardia, sez. III, 17 luglio 2006 n. 1837, in *Contratti Stato e enti pubbl.*, 2006, 543, con nota di TONON S., *Sull'affidamento diretto della gestione di servizi pubblici locali a società a capitale interamente pubblico*, in *Giurisd. amm.*, 2006, II, 1255.

¹¹³ In tal senso, *ex multis*, Cons. St., sez. V, 8 marzo 2011, n. 1447; Cons. St., sez. V, 24 settembre 2010, n. 7092; Cons. St., sez. V, 11 agosto 2010, n. 5620.

¹¹⁴ Cons. St., sez. V, 8 marzo 2011, n. 1447. L'AVCP ha avuto anche modo di precisare che è dallo Statuto (e non da altre fonti, quale quella contrattuale) che devono risultare gli strumenti atti a garantire il controllo analogo: in tal senso, cfr. la deliberazione 6 luglio 2011, n. 67.

state annoverate (i) quella che imponga un'autorizzazione della maggioranza azionaria per l'approvazione da parte del consiglio di amministrazione degli atti di programmazione strategica della società e degli atti di gestioni più importanti; (ii) quella che vincoli il consiglio di amministrazione, tanto nella gestione ordinaria quanto in quella straordinaria, al rispetto delle prescrizioni impartite dall'ente pubblico e recepite in appositi atti formali e vincolanti; (iii) quelle che disciplinino in modo preciso e puntuale gli strumenti di controllo di cui è titolare l'ente pubblico¹¹⁵.

Con particolare riferimento ai poteri ispettivi e di vigilanza dell'ente pubblico affidante, sono stati ritenuti strumenti idonei a configurare gli estremi

¹¹⁵ Recentemente il Consiglio di Stato ha fornito un'ampia elencazione degli indici ritenuti significativi per configurare il controllo analogo. Tali indici sono stati individuati nelle seguenti clausole statutarie: «a) l'art. 11, comma 4, dello Statuto in aggiunta alle competenze assembleari stabilite dall'art. 2364, comma 1, del codice, prevede la necessaria autorizzazione dell'assemblea dei soci ai fini dell'approvazione, da parte del consiglio di amministrazione, degli atti di programmazione della società e dei più importanti atti di gestione; b) gli articoli 10 e 16, comma 11, dello Statuto recano prescrizioni intese a vincolare il Consiglio di amministrazione, in sede di gestione ordinaria e straordinaria, al rispetto delle prescrizioni impartite, in sede di controllo analogo, dagli enti soci e trasfuse, in ottemperanza alle previsioni di cui all'art. 2341 bis c.c., in appositi atti formali e vincolanti; c) l'art. 5 della Convenzione stipulata tra i Consorzi ex art. 30 TUEL attribuisce all'assemblea consortile di ciascun ente socio il ruolo di strumento di controllo sull'andamento dell'amministrazione della società e, in particolare, del compito di procedere all'esame preventivo dei più significativi atti della società; d) ai sensi degli artt. 6, comma 2, e 7 della medesima Convenzione, è prevista l'istituzione di un Consiglio di partecipazione composto dai rappresentanti degli enti soci deputato all'esame preventivo dei principali atti societari; e) in forza dei successivi commi 3 e 4 del citato art. 6 della Convenzione si subordina l'esecuzione di tali atti gestori al nulla osta del Consiglio di partecipazione e si consacra la competenza del medesimo Consiglio ad esprimere pareri su ogni argomento messo all'ordine del giorno dell'assemblea societario ovvero a proporre argomenti da inserire all'ordine del giorno; f) l'art. 6, commi 5 segg. della Convenzione reca puntuali disposizioni in materia di poteri di vigilanza e di controllo esercitabili dal Consiglio di partecipazione grazie ad un sistema informativo che consente agli enti locali soci di essere costantemente informati circa l'attività della società mediante la periodica trasmissione di report di natura sia tecnica, sia amministrativa sia contabile, sia gestionale; g) l'art. 10, comma 3 dello Statuto e l'art. 9, comma 5, della Convenzione disciplinano l'esercizio del potere di controllo da parte di ciascuna società singolarmente; h) l'art. 16, comma 7 dello Statuto e l'art. 10 della Convenzione riconoscono all'assemblea societaria il potere di adottare i provvedimenti consequenziali al riscontro delle violazioni commesse dagli amministratori e dai sindaci, come acclamate in sede di vigilanza e di controllo, stabilendo altresì che costituisce giusta causa per la revoca dell'amministratore la violazione degli obblighi relativi al controllo analogo di cui agli artt. 10 e 11 dello Statuto; i) il contratto di servizio (artt. 14, commi 1 e 7) stabilisce che il Consorzio ha il potere di impartire alla società le disposizioni ritenute opportune in ragione dell'accertamento di inadempienze verificate in sede di controllo e ha facoltà, previa formale contestazione, di dichiarare la decadenza dalla concessione».

del controllo analogo: (i) l'obbligo di trasmettere all'ente pubblico, con periodicità mensile, dei verbali delle riunioni del consiglio di amministrazione e del collegio sindacale, nonché l'ordine del giorno delle adunanze del medesimo consiglio di amministrazione; (ii) l'obbligo imposto agli amministratori della società di trasmettere trimestralmente all'ente pubblico affidante una relazione sull'andamento della società, con particolare riferimento alla qualità e quantità dei servizi resi ai cittadini nonché ai costi di gestione in relazione agli obiettivi fissati¹¹⁶.

La giurisprudenza comunitaria e nazionale hanno evidenziato un altro elemento indicativo della dipendenza organizzativa della società *in house* rispetto all'amministrazione aggiudicatrice, ossia la composizione e la nomina degli organi sociali e segnatamente dell'assemblea dei soci e del consiglio di amministrazione.

È stata ritenuta fortemente indicativa dell'esistenza del controllo analogo la circostanza che gli organi decisionali della società *in house* siano composti prevalentemente da rappresentanti dell'amministrazione aggiudicatrice¹¹⁷.

Sempre con riferimento al controllo analogo, infine, la società *in house* non deve aver acquisito una vocazione commerciale che rende precario il controllo esercitato sulla società *in house* dall'ente affidante: tale vocazione

¹¹⁶ T.A.R. Puglia-Bari, sez. I, 14 aprile 2006 n. 1318, in *Corriere merito*, 2006, 1331, con nota di COSTA E., *Presupposti e limiti dell'affidamento in house dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*; in *Foro amm. – Tar*, 2006, 1844, con nota di VACCA A., *Ricostruzione ontologica dell'affidamento in house dei servizi pubblici locali*.

¹¹⁷ In tal senso, tra la giurisprudenza comunitaria, cfr. Corte di Giustizia, C-324/07, Coditel Brabant SA; tra le sentenze dei giudici nazionali, cfr. T.A.R. Campania-Napoli, sez. I, 30 marzo 2005 n. 2784, in *Foro amm.-Tar*, 2005, 1165, con nota di CALSOLARO O.M., *In house providing: il T.a.r. Napoli interpreta il concetto di controllo analogo*. Qualche perplessità è stata espressa dal Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, sez. giur., 4 settembre 2007, n. 719, che ha precisato che il potere di nominare il Presidente del Consiglio di Amministrazione, i membri dell'intero consiglio e il Collegio sindacale «non implica necessariamente il completo controllo ed indirizzo delle politiche aziendali». Nello stesso senso cfr. TAR Friuli Venezia Giulia, 12 dicembre 2005, n. 986, secondo cui la circostanza che l'amministrazione aggiudicatrice possa «designare la maggioranza dei membri del Consiglio di amministrazione, non è risolutivo per stabilire l'esistenza di un penetrante controllo gestionale». Anche la Corte di Giustizia, nella sentenza *Parking Brixen* C-458/03 del 13 ottobre 2005 sottolinea come non sia dirimente per accertare la sussistenza del controllo analogo la circostanza che l'amministrazione aggiudicatrice potesse nel caso di specie nominare la maggioranza degli amministratori della società.

commerciale risulta, in particolare, tanto dall'ampliamento dell'oggetto sociale quanto dall'espansione territoriale dell'attività della società *in house*¹¹⁸.

Alla luce delle statuizioni della giurisprudenza, è possibile dunque delineare alcuni dei contenuti che lo statuto di una società *in house* dovrebbe prevedere: (i) il divieto di alienare immediatamente o a breve partecipazioni al capitale a privati; (ii) il potere dell'autorità pubblica di nomina e revoca della maggioranza dei soggetti che compongono gli organi di amministrazione, vigilanza e direzione; (iii) il potere dell'autorità pubblica di determinare l'ordine del giorno del consiglio di amministrazione, di indicare i dirigenti ed elaborare le direttive sulla politica aziendale, sul controllo di conti annuali e sulla qualità dell'amministrazione sotto il profilo dell'esattezza, della regolarità, dell'economicità, della redditività e della razionalità, anche mediante uno specifico organo che controlli lo stato di attuazione degli obiettivi, con il potere di analisi ed, eventualmente, di veto sulle decisioni più significative dal punto di vista qualitativo e finanziario¹¹⁹; (iv) il potere ispettivo e di indirizzo dell'autorità pubblica¹²⁰; (v) l'obbligo di sottoporre alla preventiva autorizzazione dell'ente pubblico ogni decisione rilevante per la gestione societaria¹²¹.

In conclusione, il controllo analogo, secondo l'insegnamento del giudice comunitario e nazionale, sussiste qualora, oltre a riscontrarsi una partecipazione totalitaria dell'ente pubblico affidante, (i) l'oggetto sociale della società affidataria sia ben delimitato; (ii) per il numero e le prerogative dei suoi membri, il consiglio di amministrazione non sia autonomo rispetto all'autorità pubblica¹²², alla quale devono essere attribuiti poteri inibitori¹²³; (iii) per i

¹¹⁸ Cfr., *ex multis*, la sentenza della Corte di Giustizia *Parking Brixen*, C-458/03 e la sentenza *Modling* o Commissione c. Austria, C-29/04. Nello stesso senso TAR Campania, sez. VII, 4 luglio 2007, n. 6479; TAR Friuli Venezia Giulia, 10 gennaio 2007, n. 13. Cfr. anche la deliberazione 24 del 2009, dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

¹¹⁹ DE FALCO V., *Affidamenti in house*, cit., 2018.

¹²⁰ Si v. ELEFANTE F., *Gli affidamenti in house nei servizi pubblici locali: il lungo cammino verso il riconoscimento della eccezionalità del modello gestionale societario a partecipazione pubblica totalitaria*, in *Foro amm.- TAR*, 2008, 265 ss.

¹²¹ SARACINO C.M., *Note in tema di controllo analogo: la lente del giurista tra indici presuntivi e parametri statuari*, in *Foro amm. – TAR*, 2008, 1123 ss.

¹²² T.A.R. Piemonte, sez. II, 13 novembre 2006 n. 4164, in *Giurisd. amm.*, 2006, II, 1905; in *Contratti Stato e enti pubbl.*, 2007, 61, con nota di VACCA A., *L'affidamento diretto (c.d. in*

poteri di nomina, revoca e di direttiva, nonché ispettivi e di vigilanza, l'autorità di pubblica abbia un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni importanti della società *in house*¹²⁴.

1.4.1 *Controllo analogo e controllo societario.*

Uno dei principali problemi che si è posto all'attenzione della dottrina e della giurisprudenza nazionale e comunitaria è quello del rapporto tra controllo analogo, da un lato, e controllo societario, dall'altro.

Sin dalle prime pronunce del giudice comunitario si è posto il problema, infatti, di capire se i poteri attribuiti dal diritto societario italiano al socio di maggioranza fossero sufficienti a garantire anche la sussistenza di quel "controllo analogo", necessario per legittimare l'affidamento diretto di un contratto in favore di una società di capitali, formalmente terza rispetto all'amministrazione aggiudicatrice¹²⁵.

Il problema nasceva dalla circostanza che per la configurazione del controllo analogo è necessaria una soggezione pressoché totale della società *in house* e dei suoi organi di gestione rispetto all'ente pubblico proprietario, mentre, nel diritto societario italiano, l'organo gestionale è e rimane indipendente da quello deliberante, salvo determinate decisioni espressamente

house) di un servizio pubblico locale a rilevanza economica: il requisito del controllo analogo; T.A.R. Sardegna, sez. I, 2 agosto 2005 n. 1729, in *Riv. giur. sarda*, 2006, 776, con nota di BALLERO F., *Brevi note in tema di affidamenti in house, anche alla luce del recente art. 13 l. n. 248/2006*; Cons. St., sez. V, 8 gennaio 2007 n. 5, in *Ammin. it.*, 2007, 1405; in *Giur. it.*, 2007, 1798, con nota di ROLANDO E., *Legittimità dell'affidamento diretto di un servizio pubblico locale: alla ricerca del "controllo analogo"*, in *Giust. civ.*, 2007, I, 1796; in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2007, 592; Cons. st., sez. VI, 25 novembre 2008 n. 5781.

¹²³ T.A.R. Lazio-Roma, sez. II *ter*, 15 giugno 2007 n. 5486, in *Giurisd. amm.*, 2007, II, 1416.

¹²⁴ V., *ex multis*, T.A.R. Lombardia - Brescia, 7 novembre 2005 n. 1123, in *Foro amm.-Tar*, 2005, 3429, con nota di VACCA A., *Il controllo "analogo" sul soggetto affidatario in house di un servizio pubblico locale: dubbi ricostruttivi di ammissibilità, con particolare riguardo alla disciplina societaria.*

¹²⁵ Si veda ALLENA M., voce *Gerarchia amministrativa, Postilla di aggiornamento*, in *Enc. giur. Treccani*, 2008, la quale ritiene che siano gli strumenti societari a garantire quella gerarchia organizzativa richiesta dal modello *in house*.

previste dalla legge, così come la società controllata e la società controllante rimangono due soggetti giuridicamente distinti¹²⁶.

Alla luce dei principi vigenti nel diritto societario italiano, pertanto, lo schema societario non è, né potrà mai esserlo, idoneo a garantire un controllo effettivo e analogo dell'ente pubblico sulla società *in house*, identico a quello che il primo esercita sui propri servizi¹²⁷.

In tal senso depone, innanzitutto, l'art. 2380 *bis*, comma 1, c.c., il quale prevede che le scelte gestionali siano assunte dall'organo amministrativo e non dal socio, anche se totalitario e pubblico¹²⁸, e che caratteristica essenziale del tipo societario siano la causa lucrativa e l'autonomia gestionale¹²⁹.

L'art. 2380 *bis*, infatti, prevede che “*la gestione dell'impresa spetta esclusivamente agli amministratori, i quali compiono le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale*” e lo statuto può prevedere solo per determinati atti degli amministratori la previa autorizzazione dell'assemblea, ma gli amministratori rimangono responsabili personalmente¹³⁰. Ciò è vero sia per la società con sistema monistico sia per quella con sistema dualistico¹³¹ - anche se, secondo alcuni, quest'ultimo sistema potrebbe essere sfruttato per attuare il controllo analogo del socio pubblico¹³².

La riforma del diritto societario, invero, ha stigmatizzato la riserva di funzioni gestorie all'organo amministrativo e ribadito il carattere

¹²⁶ SARACINO C.M., *Note in tema di controllo analogo: la lente del giurista tra indici presuntivi e parametri statuari*, in *Foro amm. – TAR*, 2008, 1123 ss.

¹²⁷ V. SARACINO C.M., *Note in tema di controllo analogo*, cit., 1140.

¹²⁸ CINTIOLI F., *I servizi pubblici locali tra perentoria privatizzazione e incerta liberalizzazione. Note sull'art. 23-bis*, in *www.giust.amm.it*, 14; OCCHILUPO R., *Le società in house*, in *Giur. Comm.*, 2008, 542.

¹²⁹ PRETO A.-BALDINATO M., *Il concetto di in house providing: recenti evoluzioni sul piano comunitario e prospettive nel diritto nazionale italiano*, in *Contratto e impresa / Europa*, 2009, fasc. 1, 345 ss.

¹³⁰ GALGANO F., *Il nuovo diritto societario*, voce, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, vol. XXIX, Padova, 2004, 201 ss.

¹³¹ GOISIS F., *L'in house nella nuova disciplina dei servizi pubblici*, in *La riforma dei servizi pubblici locali*, a cura di VILLATA R., Torino, 2011, 260 ss., il quale rileva che, ai sensi dell'art. 2409-*nonies*, la gestione dell'impresa spetta esclusivamente al consiglio di gestione, il quale compie le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale.

¹³² COLOMBARI S., *Il modello in house providing tra mito (interno) e realtà (comunitaria)*, in *Urb. App.*, 2008, 216 ss.; GOISIS F., *L'in house*, cit., *passim*, contesta questa ricostruzione, in quanto non si tratterebbe di depotenziare le funzioni del consiglio di amministrazione, ma di assegnare formali potestà gestorie al socio pubblico di controllo.

imprenditoriale e lucrativo dell'istituto societario¹³³: proprio quella “vocazione commerciale” avversata dalla giurisprudenza elaborata in materia di *in house providing*.

Tale è la *ratio* che ispira anche l'art. 2497 c.c. il quale esclude che un interesse extrasociale, anche se della controllante, e anche se controllante totalitaria, possa giustificare la deviazione dai principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale della società controllata¹³⁴.

Ci si chiede, dunque, se lo Stato azionista sia escluso da responsabilità da direzione e coordinamento, e se lo siano anche gli altri enti pubblici¹³⁵.

La giurisprudenza, al riguardo, ha considerato la soggezione all'attività di direzione e coordinamento quale un indice della sussistenza del controllo analogo¹³⁶, ritenendo che l'art. 2497 c.c., riferendosi agli “enti che esercitano l'attività di direzione e coordinamento”, abbia inteso includere nel suo ambito applicativo gli enti pubblici¹³⁷.

In dottrina, invece, una risposta negativa è stata data considerando che l'espressione “finalità di natura economica” è compatibile con l'iniziativa economica pubblica locale di cui all'art. 41, comma 3, Cost. e che l'esistenza dell'illecito dipende esclusivamente dall'eterodirezione della società, utilizzata per asservire questa società ad interessi esterni e contrari a quelli suoi propri,

¹³³ GUACCERO A., *Alcuni spunti in tema di governance delle società pubbliche che dopo la riforma del diritto societario*, in *Riv. soc.*, 4/2004, *passim* e GOISIS F., *L'in house*, cit., 261, nt. 52.

¹³⁴ Cass. Sez. un., 27 febbraio 2008, n. 5083 e Corte dei conti, sez. autonomie, Deliberazione n. 14/AUT/2010/FRG, cit., 17, nota 26.

¹³⁵ PERFETTI L.R., *Il Consiglio di Stato e il diritto societario*, in *Foro amministrativo CDS*, 2006, 3362 ss.; PRETO A.-BALDINATO M., *Il concetto in house providing*, cit., 375-376; SARACINO M., *Note in tema di controllo analogo*, cit., 1133 ss. Secondo GOISIS F., *L'in house*, cit., 263, “*prescindendo al momento dalla osservazione che è dubbio che, nell'ottica della giurisprudenza comunitaria sulla golden share, all'azionista Stato possa riconoscersi il privilegio dell'esenzione dalla responsabilità da direzione unitaria, è chiaro che, a contrario, se lo Stato è escluso da tale responsabilità, ciò vuol dire che non lo sono gli altri enti pubblici*”.

¹³⁶ TAR Puglia, sez. II, 11 febbraio 2008, n. 432, in *Foro amm. – TAR*, 2008, 1115 ss.

¹³⁷ GUACCERO A., *Alcuni spunti in tema della governance* cit., 848; GALGANO F., *I gruppi nella riforma delle società di capitali*, in *Contr. e impr.*, 2002, 1015; ENRIQUES L., *Gruppi di società e gruppi d'interesse*, in *Il nuovo diritto societario tra società aperte e società private*, in *Quaderni di giur. comm.*, n. 246, Milano, 2003, 250 ss.

non potendo farla dipendere dal tipo di interesse esterno alla società eterodiretta¹³⁸.

Per cui, secondo il diritto dei gruppi di società, l'interesse della società controllata non potrebbe mai essere soppresso, in favore di interessi extrasociali contrari, ma, semmai, solo temperati in un'ottica di vantaggi compensativi.

Si deve, perciò, concordare con chi ha sostenuto che l'*in house* della società potrebbe essere tutt'al più la conseguenza, ma non la causa della prevalenza degli scopi pubblicistici su quelli comunitari, dal momento che non può ritenersi che l'interesse pubblico incida sulla causa del contratto sociale, mutandola in "non lucrativa"¹³⁹.

L'interesse, invero, è elemento estrinseco alla causa, e attiene all'attività della società, che si situa, appunto, nel momento funzionale e non genetico della sua vita. Per tale motivo le società *in house* dovrebbero rimanere enti di diritto privato¹⁴⁰.

Oltre ad un'interpretazione letterale e strutturale, anche considerazioni di tipo macroeconomico inducono a ritenere che l'interesse pubblico non possa sopprimere quello economico della società. Ragionando diversamente, si legittimerebbero, infatti, tutte le possibili distorsioni nell'utilizzo della forma societaria per finalità non lucrative, con possibile danno per la pubblica amministrazione¹⁴¹, quando i risparmi di spesa si traducono in dividendi per l'ente pubblico e, quindi, per la collettività.

¹³⁸ IBBA C., *Società pubbliche e riforma del diritto societario*, in *Rivista delle società*, 2005, 586 ss.

¹³⁹ Si fa riferimento alla tesi di GOISIS F., *L'in house*, cit., 264-265, il quale critica la tesi di GIORGIO M., *L'in house pluripartecipato: nuovo*, cit., 1276 ss., secondo cui la funzionalizzazione dell'attività inciderebbe sulla forma societaria, come sembra abbia affermato il Cons. St., sez. V, 8 marzo 2009, n. 1365. Per il "tramonto dello scopo di lucro", si v. SANTINI G., *Tramonto dello scopo lucrativo nelle società di capitali*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, § 2, 130 ss. e GRUNER R., *Enti pubblici a struttura di S.p.A.*, Torino, 2009, 28 ss., aspramente o sagacemente criticati da GOISIS F., *L'in house*, cit., 267.

¹⁴⁰ Cass., Sez. un., 19 dicembre 2009, n. 26806.

¹⁴¹ GOISIS, *L'in house*, cit., 265-266, giustamente, rileva che la società in mano pubblica è lucrativa non solo ex art. 2247 c.c., ma anche ex art. 6, comma 19, d.l. n. 78/2010, per cui "il suo azionista, difatti, non può sprecare il denaro pubblico per mantenerla in vita nell'ambito di un'attività di distruzione della ricchezza. Ciò salvo che non sussistano specifiche e gravi ragioni di interesse pubblico, che però, allora, vanno riconosciute con decreto della presidenza del consiglio".

La prevalenza dell'interesse societario anche in caso di conflitto di interessi vale sia per le società per azioni sia per le società a responsabilità limitata, perché gli artt. 2468, comma 3, c.c., 2475 e 2479 c.c., consentono di attribuire ai soci determinate scelte gestionali, ma senza privare l'organo gestorio delle proprie attribuzioni fondamentali, giacché, altrimenti, l'ente sarebbe soggetto all'azione di responsabilità di cui all'art. 2476 c.c., creandosi così il problema della compatibilità di un risarcimento di danni non quantificato con i principi fondamentali della contabilità pubblica¹⁴².

Posto che la causa del contratto sociale non muta, né tramonta lo scopo lucrativo della società *in house*, si tratta ora di vedere come e in che limiti possa essere derogata la disciplina societaria al fine di consentire un controllo analogo da parte del socio unico pubblico.

Al riguardo, sembra ammissibile che il controllo analogo possa essere garantito mediante la stipulazione di patti parasociali¹⁴³, posto che tali patti sono validi solo ove non contrastino con norme imperative, quale la responsabilità degli amministratori per la gestione della società¹⁴⁴.

Considerato, però, che i patti parasociali hanno una efficacia meramente obbligatoria, per cui la loro violazione non è tutelabile in forma specifica, meglio garantisce la sussistenza del controllo analogo l'inserzione di clausole statutarie che attribuiscono stringenti poteri all'ente pubblico controllante, perché tutelabili, questi sì, in forma specifica, mediante l'invalidazione dell'atto compiuto in contrasto con la clausola statutaria. Ma anche tale soluzione incontra una difficoltà: i giudici comunitari interpretano rigorosamente il principio di libertà di circolazione dei capitali e vietano pertanto l'attribuzione di privilegi speciali al socio pubblico¹⁴⁵. È stata pertanto

¹⁴² Così GOISIS, *L'in house*, cit., 269, il quale cita Cons. St., sez. V, 30 agosto 2006, n. 5072, in *Urb. app.*, 2006, 1417 ss., e DEMURO I., *La compatibilità del diritto societario*, spec. 796 ss., e PERFETTI L.R., *Miti e realtà*, cit., 421 ss.

¹⁴³ Il legislatore comunitario, con l'art. 5, comma 2, lett. a) del regolamento sul trasporto pubblico, ha lasciato al giudice nazionale la risposta alla domanda: se i patti parasociali possano essere invocati per dimostrare il controllo analogo.

¹⁴⁴ GALGANO F., *I gruppi nella riforma delle società*, cit., 90.

¹⁴⁵ V. la giurisprudenza sulla *goldenshare: Volkswagen*, Corte di Giustizia., grande sezione, 23 ottobre 2007, C-112/05, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica federale di Germania*, in *Racc.*, I-8995 ss.

ritenuta in contrasto con questa libertà la disciplina codicistica sulla nomina extrassembleare degli amministratori da parte di enti pubblici¹⁴⁶. Con questo orientamento rigoroso, le Corti comunitarie vogliono evitare che, attraverso deroghe al comune diritto societario, che appaiano quali privilegi per la parte pubblica, vengano dissuasi gli investimenti da parte dei privati¹⁴⁷.

1.5 *L'in house pluripartecipato: il controllo analogo congiunto.*

Nel delineare i contorni del requisito del controllo analogo, si è posto all'attenzione della giurisprudenza il problema di quando ritenere sussistente il suddetto controllo qualora la società *in house* sia partecipata non già da un unico ente pubblico, bensì da una pluralità di enti pubblici.

Il dubbio che si è posto, in particolare, è se il controllo analogo sulla società *in house* dovesse essere necessariamente esercitato da ognuno degli enti pubblici partecipanti l'ente affidatario, individualmente inteso o se, viceversa, tale controllo potesse essere esercitato da tali enti congiuntamente.

La Corte di Giustizia, con la sentenza del 13 novembre 2008 C-324/07, *Coditel Brabant SA*, ha fornito una chiara e netta risposta a tale quesito, affermando che il controllo analogo può essere esercitato anche congiuntamente, mediante organi collegiali, in seno ai quali siano rappresentati i diversi enti pubblici-soci, escludendo, peraltro, che detti organi debbano adottare delibere all'unanimità ben potendo deliberare a maggioranza¹⁴⁸.

Come ha motivato la Corte, tale conclusione non è contraddetta dalla sentenza *Coname*, nella quale la Corte si era limitata ad affermare che una partecipazione dello 0,97% fosse talmente esigua da non consentire ad un Comune di esercitare il controllo sul concessionario del servizio pubblico ma senza affrontare la questione del controllo analogo congiunto. Ed anzi, tale

¹⁴⁶ Corte di Giustizia., sez. I, 6 dicembre 2007, cause riunite C-463/04 e C-464/04, *Federconsumatori*, in *Racc.*, I-10419 ss.

¹⁴⁷ V. conclusioni 7 settembre 2006, cit., avvocato generale Poiares Maduro, punto 19 e GOISIS, *L'in house*, cit., 277.

¹⁴⁸ Per una rassegna della giurisprudenza comunitaria sul tema, cfr. NICODEMO A., *Il controllo analogo congiunto nell'in house providing*, in www.astrid-online.it. Per un commento alla sentenza *Coditel Brabant SA* cfr. FERRARI G.F., *Affidamento di servizi pubblici locali: la Corte apre la strada al consorzio tra Comuni*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2009, 1, 354-555.

conclusione era confermata dalla sentenza *Asemfo*, nella quale essa aveva affermato che il controllo esercitato dall'autorità pubblica poteva essere soddisfatto nel caso in cui tale autorità detenesse lo 0,25% del capitale di un'impresa pubblica (punto 53 della sentenza *Coditel Brabant* che richiama la sentenza *Asemfo*, punti 56-61).

Pertanto il controllo analogo ben può essere esercitato anche quando, come nel caso sottoposto all'esame della Corte di Giustizia, un'autorità pubblica si associ ad una società cooperativa intercomunale i cui soci sono tutti autorità pubbliche, per poter trasferire a detta società la gestione di un servizio pubblico.

L'indirizzo espresso nella sentenza *Coditel Brabant* è stato confermato negli stessi termini dalla Corte di Giustizia con la sentenza 10 settembre 2009, C-573/07, *Sea*¹⁴⁹.

L'insegnamento della Corte di Giustizia è stato fatto proprio anche dai giudici nazionali¹⁵⁰.

Argomentazioni di rilievo si rinvencono, in particolare, nella sentenza del Consiglio di Stato, 9 marzo 2009, n. 1365, nella quale il giudice amministrativo ha precisato come al requisito del controllo analogo non sottenda una logica «*dominicale*», venendo in rilievo piuttosto una logica «*funzionale*». Quello che appare significativo, infatti, non è la *governante* societaria di ciascun ente partecipante alla società *in house* quanto piuttosto che le decisioni più importanti di quest'ultima siano sempre sottoposte al vaglio preventivo dell'ente affidante o, in caso di *in house* frazionato, della totalità degli enti pubblici soci.

¹⁴⁹ Per un commento a tale sentenza cfr. GIORGIO M., *L'in house pluripartecipato e il caso Sea*, in *Giornale di dir. amm.*, 2/2010, 127-134; VOLPE C., *La Corte continua la rifinitura dell'in house. Ma il diritto interno va in controtendenza*, in *Urb. app.*, 1/2010, 38-54.

¹⁵⁰ Con numerose pronunce del 2009, il Consiglio di Stato si allinea alla posizione della Corte di Giustizia. Cfr., Cons. St. sez. V, 9 marzo 2009, n. 1365; 30 aprile 2009, n. 2765; 26 agosto 2009, n. 5082; 28 settembre 2009, n. 5908; 29 dicembre 2009, n. 8970. Negli anni precedenti si erano pronunciati diversi giudici di prime cure: cfr., in particolare, TAR Lazio, sez. II ter, 16 ottobre 2007, n. 9988; TAR Friuli-Venezia Giulia, 15 luglio 2005, n. 634; TAR Abruzzo, sez. Pescara, 7 novembre 2006, n. 687; TAR Sardegna, sez. I, 21 dicembre 2007, n. 2407; TAR Lombardia, Brescia, 2 maggio 2006, n. 433; TAR Lombardia, sez. III, 16 ottobre 2003, n. 4807.

I giudici di palazzo Spada, pertanto, respingono la c.d. tesi “commercialistica” secondo cui sarebbe necessario, ai fini della configurabilità del controllo analogo, che ciascun ente pubblico sia in grado di esercitare il controllo di cui all’art. 2359 c.c.¹⁵¹.

Più di recente è intervenuto nella materia il Consiglio di Stato, con la sentenza dell’8 marzo 2011, n. 1447, stabilendo a quali condizioni è configurabile un controllo analogo da parte di tutti gli enti partecipanti al capitale societario, affermando che *«nel caso di affidamento in house, conseguente all’istituzione da parte di più enti locali di una società di capitali da essi interamente partecipata per la gestione di un servizio pubblico, il controllo, analogo a quello che ciascuno di essi esercita sui propri servizi, deve intendersi assicurato, anche se esercitato non individualmente ma congiuntamente dagli enti associati, deliberando se del caso anche a maggioranza, ma a condizione che il controllo sia effettivo. Il requisito del controllo analogo deve essere quindi verificato secondo un criterio sintetico e non atomistico, sicché è sufficiente che il controllo della mano pubblica sull’ente affidatario, purché effettivo e reale, sia esercitato dagli enti partecipanti nella loro totalità, senza che necessiti una verifica della posizione di ogni singolo ente»*¹⁵².

Tra gli strumenti da attribuirsi a ciascun ente pubblico, a prescindere dalla quota posseduta, al fine di rendere possibile l’esercizio congiunto del controllo analogo emergono: (i) il riconoscimento a ciascun ente di un ruolo propulsivo e di iniziativa; (ii) l’attribuzione a ciascun ente di un diritto di veto sulle deliberazioni assunte dal consiglio di amministrazione in modo difforme

¹⁵¹ In tal senso anche GAROFOLI R. – FERRARI G., *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2010, 190. A conforto delle proprie statuizioni, il Consiglio di Stato sottolinea come l’interpretazione avallata trovi «riscontro nelle esperienze positive di molti Stati membri e (...) anche nel diritto amministrativo italiano che annovera diverse forme associative tra enti pubblici, anche per finalità di gestione in comune di pubblici servizi (si considerino, ad esempio, i consorzi di cui all’ art. 31 del D.Lgs. n. 267/2000), in cui il controllo da parte del singolo ente sull’attività svolta, nell’interesse comune, dalla specifica forma associativa non è “individuale”, ma intermediato e, quindi, inevitabilmente attenuato dall’applicazione delle regole sul funzionamento interno dell’istanza associativa».

¹⁵² Nello stesso senso, cfr. Cons. St., V, 24 settembre 2010, n. 7092; Cons. St., V, 11 agosto 2010, n. 5620. Anche l’autorità di Vigilanza dei Contratti Pubblici è allineata sulla posizione del giudice comunitario e di quello nazionale: cfr. la deliberazione n. 24 del 1 aprile 2009.

dal contenuto delle proposte formulate dagli enti pubblici; (iii) la previsione di una riserva d'assemblea per assumere le decisioni direttamente pregiudizievoli per gli enti coinvolti; (iv) l'attribuzione agli enti pubblici di un diritto di recesso dalla società (con conseguente revoca dell'affidamento del servizio) nel caso di violazione delle competenze assembleari¹⁵³.

Ai fini della configurabilità del controllo analogo è, dunque, indispensabile una certa omogeneità degli interessi e dei bisogni dei soci pubblici.

Tale controllo, inoltre, deve avere ad oggetto l'intera attività sociale, e non limitarsi a frammenti di essa¹⁵⁴.

Si noti, infine, che, laddove la partecipazione al capitale sociale dell'ente affidatario sia notevolmente frammentata, la giurisprudenza ha negato la sussistenza di un controllo analogo da parte degli enti pubblici in mancanza di un organo comune di controllo. In tal caso, infatti, la Corte ha ritenuto che, *de facto*, non venisse esercitato alcun controllo sugli amministratori¹⁵⁵.

È dunque preferibile (o, comunque preferito dalla giurisprudenza, se non addirittura considerato indispensabile¹⁵⁶) che venga creato un apposito organo comune di controllo e coordinamento, costituito da tutti gli enti partecipanti al capitale della società affidataria, il quale provveda «*alla*

¹⁵³ T.A.R. Lazio, sez. II ter, n. 9988 del 16 ottobre 2007. Cfr. anche Cons. giust. sic., 4 settembre 2007 n. 719, in *Urb. e app.*, 2008, 211, con nota di COLOMBARI S., *Il modello in house providing tra mito (interno) e realtà (comunitaria)*.

¹⁵⁴ T.A.R. Piemonte, sez. II, 13 novembre 2006 n. 4164.

¹⁵⁵ T.A.R. Lombardia-Brescia, 2 maggio 2006 n. 443; T.A.R. Lombardia-Brescia, 16 marzo 2006 n. 301, in *Giurisd. Amm.*, 2006, II, 313; T.A.R. Lombardia-Brescia, 28 febbraio 2006 n. 238, in *Foro amm.-Tar*, 2006, 23, con nota di VACCA A., *Il concetto di controllo "analogo" in materia di affidamento in house, di un servizio pubblico locale: un tentativo di ricostruzione positiva*; T.A.R. Lombardia-Brescia, 5 dicembre 2005 n. 1250, in *Foro amm.-Tar*, 2006, 39, con nota di IAIONE C., *In house providing nella distribuzione del gas e nozione societaria di controllo analogo*; in *Urb. e app.*, 2006, 586, con nota di GOSO R., *Modelli di gestione dei servizi pubblici locali: affidamento mediante gara pubblica e in house providing*; T.A.R. Friuli-Venezia Giulia, 10 gennaio 2007 n. 13, in *Giurisd. amm.*, 2007, II, 66. Ugualmente ha ritenuto T.A.R. Campania-Napoli, sez. I, 13 settembre 2006 n. 8055, in *Foro amm.-Tar*, 2006, 3006, nel caso in cui un Comune deteneva il 52% del capitale e gli altri due Comuni soci il rimanente, perché solo il primo esercitava di fatto un controllo analogo.

¹⁵⁶ Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, 4 settembre 2007 n. 719, secondo cui «*La Corte europea ha ammesso la pluralità di soggetti pubblici controllanti, ma la ha condizionata alla omogeneità degli interessi, oltre che alla costituzione, nel caso di pluralità ampia, di un ufficio apposito per il coordinamento del controllo strutturale*».

consultazione tra gli enti locali circa la gestione dei servizi pubblici svolti dalla società e circa il suo andamento generale, con audizione, almeno una volta l'anno, del Presidente e del Direttore generale; all'approvazione, su delega degli enti locali, del bilancio di esercizio, del piano industriale e degli altri documenti programmatici che, per Statuto, la società è tenuta a trasmettere; alla modifica degli schemi tipo dei contratti di servizio, all'approvazione di nuovi eventuali schemi tipo, alle modifiche dello Statuto della società, previo invio ai singoli enti locali per gli adempimenti di competenza; al consenso all'eventuale esercizio in qualsiasi forma di attività, rientranti nel suo oggetto sociale, che integrino servizi pubblici pertinenti agli enti locali soci o alle loro forme associative, su delega degli stessi; al controllo, mediante una Commissione di tre membri da essa nominata, dello stato di attuazione degli obiettivi, anche sotto il profilo dell'efficacia, efficienza ed economicità, con successiva relazione all'Assemblea stessa»¹⁵⁷.

Solo un organo comune, infatti, è idoneo a garantire una forma penetrante di controllo, che investe non solo gli atti di gestione straordinaria, ma anche, in parte rilevante, la gestione ordinaria.

Tale controllo strutturale (ad es., consistente nel controllo sul bilancio, in quello strategico-aziendale, nel potere ispettivo etc.) deve essere condiviso da tutte le autorità pubbliche partecipanti al capitale¹⁵⁸.

Alla luce delle menzionate pronunce giurisprudenziali, nel caso di controllo congiunto, l'accertamento finalizzato a verificare la effettiva configurabilità di un controllo analogo esercitato congiuntamente da più enti pubblici che partecipano al capitale dell'ente affidante avrà ad oggetto le clausole e le prerogative statutarie che conferiscano agli enti locali partecipanti, anche con quote societarie esigue, effettive possibilità di controllo nell'ambito

¹⁵⁷ T.A.R. Friuli-Venezia Giulia, 15 luglio 2005 n. 634, in *Giust. amm.*, 2005, 1008, con nota di CALCAGNILE M. e BONURA C., *Le caratteristiche delle società in house providing per la gestione dei servizi pubblici locali*; in *Foro amm.-Tar*, 2005, 1937, con nota di LOLLI A., *Servizi pubblici e società in house: ovvero la collaborazione degli enti locali per la realizzazione di interessi omogenei*; Cfr. anche T.A.R. Friuli-Venezia Giulia, 12 dicembre 2005 n. 986.

¹⁵⁸ V. in tal senso LEGGIADRO F., *Affidamenti in house della concessione per la gestione di una rete di distribuzione: controllo analogo e controllo pubblico*, alla sentenza *Coditel Brabant SA* cit., in *Urb. e appalti*, 2009, 285.

in cui si esplica l'attività decisionale dell'organismo societario attraverso i propri organi (assembleari o di amministrazione) da intendersi tale non solo per l'iniziativa riconosciuta in sede assembleare, ma principalmente di poteri inibitivi di iniziative o decisioni che si pongano in contrasto con gli interessi dell'ente locale, nel cui territorio si esplica il servizio¹⁵⁹.

2. Il requisito dello svolgimento della parte più importante dell'attività in favore dell'ente affidante.

Sin dalle prime pronunce in materia di *in house providing*, la Corte di Giustizia ha affiancato al requisito del controllo analogo quello dello svolgimento da parte della società *in house* della parte più importante della propria attività in favore dell'ente pubblico controllante. Tale requisito rinviene la propria ragion d'essere nell'esigenza che la società *in house* non si inserisca in nessun modo nel mercato privato poiché in esso costituirebbe un «*elemento di disturbo e pericolo*» per la concorrenza¹⁶⁰.

La circostanza che l'ente pubblico eserciti un controllo stringente sull'attività della società *in house* non è idonea di per sé a garantire che non venga comunque falsato il gioco della concorrenza: a tal fine è indispensabile che l'ente *in house* svolga la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti che la controllano e ciò in quanto «*un'impresa non è necessariamente privata della libertà di azione per la sola ragione che le decisioni che la riguardano sono prese dall'ente pubblico che la detiene, se essa può esercitare ancora una parte importante della sua attività economica presso altri operatori*»¹⁶¹.

Il giudice comunitario ha, dunque, da subito affiancato al requisito del controllo analogo un secondo requisito indispensabile per configurare un affidamento *in house* come legittimo senza, tuttavia, fornire inizialmente agli interpreti delle indicazioni utili per definirne la portata.

¹⁵⁹ In tal senso, cfr. T.A.R. Lazio 16 ottobre 2007, n. 9988.

¹⁶⁰ Cfr. Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Sicilia, 4 settembre 2007, n. 719.

¹⁶¹ Cfr. Corte di Giustizia, 11 maggio 2006, C-340/04, *Corbotermo*.

Una delle prime questioni che si è posta all'attenzione degli interpreti è stata quella di verificare come si atteggiasse il requisito dello svolgimento dell'attività prevalente nel caso delle concessioni di servizi.

In tale tipo di contratto, infatti, l'ente che svolge il servizio non lo svolge a favore dell'ente affidante bensì a favore della collettività ed, in particolare, degli utenti che scelgono di usufruire del servizio stesso.

Parte della dottrina, dunque, ha inizialmente dubitato della possibilità concettuale di applicare alle concessioni il requisito della realizzazione della parte più importante dell'attività¹⁶².

A tale quesito sembra aver fornito risposta la stessa Corte di Giustizia con la sentenza dell'11 maggio 2006, C-340/04, *Carbotermo*.

Con tale sentenza il giudice comunitario ha offerto una rilevante chiave di lettura precisando che per verificare se un'impresa svolga la parte più importante della propria attività nei confronti dell'ente che la controlla è necessario «*tener conto di tutte le attività realizzate da tale impresa sulla base di un affidamento effettuato dall'amministrazione aggiudicatrice, indipendentemente da chi remunera tale attività, potendo trattarsi della stessa amministrazione aggiudicatrice o dell'utente delle prestazioni erogate, mentre non rileva il territorio in cui è svolta l'attività*»¹⁶³.

Da tale pronuncia è possibile dunque desumere che il requisito dell'attività prevalente sussiste sia nel caso di prestazioni svolte *nei confronti* dell'ente controllante, sia nel caso di prestazioni svolte *per conto* dello stesso, come avviene nel caso delle concessioni di servizi¹⁶⁴.

¹⁶² Cfr. DUGATO M., *La disciplina dei servizi pubblici locali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 126; VILLATA R., *Pubblici servizi. Discussioni e problemi*, Milano, 2006, 285-286; BERTONAZZI L. - VILLATA R., *Servizi di interesse economico generale*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, CHITI M. P.-GRECO G., 2007, IV, p. 1876.

¹⁶³ Cfr. punto 72 della sentenza.

¹⁶⁴ In tal senso si è orientata anche la gran parte della dottrina. Cfr., CASALINI D., *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house*, Napoli, 2003, p. 264 ss; VILLATA R., *Pubblici servizi. Discussioni e problemi*, Milano, 2006, 285-286. Anche la Corte costituzionale, nella sentenza 439 del 2008, ha avuto occasione di precisare che l'affidamento *in house* sia configurabile anche in relazione al settore dei servizi pubblici perché «*la circostanza, infatti, che tale settore si caratterizza per il fatto che le relative prestazioni sono rivolte, diversamente da quanto accade in presenza di un contratto di appalto, a favore dell'utenza, non costituisce un ostacolo alla riconduzione dell'attività all'autorità pubblica*».

Un'ulteriore questione affrontata dagli interpreti è stata quella di accertare quali siano le modalità di accertamento della prevalenza dell'attività nel caso di società *in house* pluripartecipate.

Qualora gli enti che esercitano il controllo sulla società *in house* siano più di uno, si è posto il problema di capire se la società debba esercitare la prevalenza della propria attività in favore di uno o più degli enti pubblici, e quali attività concorrano a provare la sussistenza del secondo requisito legittimante un affidamento diretto.

In tale situazione, ai fini della comprova del requisito in argomento è irrilevante nei confronti di quale ente venga svolta la prevalenza dell'attività, in quanto «*l'attività da prendere in considerazione nel caso di un'impresa detenuta da vari enti locali è quella realizzata da detta impresa con tutti questi enti*»¹⁶⁵.

Più complesso è chiarire quale sia il significato da attribuire all'espressione “parte più importante” dell'attività.

A tal riguardo, si è posto all'attenzione degli interpreti il problema di chiarire se la Corte di Giustizia intendesse il requisito della prevalenza quale requisito di tipo quantitativo (ritenendo determinante la sola circostanza che la società *in house* fatturi la maggior parte delle proprie prestazioni all'ente controllante) ovvero di tipo qualitativo.

¹⁶⁵ In tal senso, Corte di Giustizia, 11 maggio 2006, n. C-340/04, *Carbotermo*, che ha ricordato come già nella sentenza *Teckal* fosse stato precisato che la società *in house* deve realizzare la parte più importante della propria attività «*con l'ente o con gli enti locali che la controllano*» e che, dunque, l'istituto dell'*in house providing* «*si applichi non solo all'ipotesi in cui un solo ente pubblico detenga una siffatta persona giuridica, ma anche a quella in cui la detengano più enti. Nel caso in cui diversi enti locali detengano un'impresa, la condizione relativa alla parte più importante della propria attività può ricorrere qualora l'impresa in questione svolga la parte più importante della propria attività non necessariamente con questo o quell'ente locale ma con tali enti complessivamente considerati*».

I principi affermati dalla pronuncia *Carbotermo* sono stati ripresi dalla sentenza della Corte di Giustizia del 19 aprile 2007, *Asemfo c. Tragsa*, anche tale sentenza ha esaminato come si atteggi il requisito dello svolgimento della prevalenza dell'attività nel caso di *in house* pluripartecipato. La sentenza è pubblicata in *Dir. e pratica amm.*, 2007, n. 6, 117; in *Urb. e app.*, 2007, 1479, con nota di CARANTA R., *Dodo, Rondine o Fenice: quale futuro per l'in house?*. In tale decisione, la Corte di Giustizia ha ritenuto che la parte più importante dell'attività della società affidataria *in house* sia quella affidata dalle amministrazioni pubbliche che detengono il suo capitale sociale, in quanto essa non ha alcun possibilità di rifiutare gli incarichi e di stabilire liberalmente il costo dei suoi interventi, talché i rapporti con le amministrazioni pubbliche hanno carattere interno, dipendente e subordinato.

Ritornando ai termini con cui la Corte di Giustizia ha delineato i contorni del secondo requisito legittimante un affidamento diretto *in house*, con la sentenza *Carbotermo* essa ha ritenuto «*necessario che le prestazioni (...) siano sostanzialmente destinate in via esclusiva*» all'ente controllante, e cioè che l'attività sia «*principalmente destinata*» a quest'ultimo, in modo tale che «*ogni altra attività risulti avere solo un carattere marginale*». La Corte di Giustizia ha inoltre aggiunto che il giudice debba tener conto di «*tutte le circostanze del caso di specie, sia qualitative sia quantitative*».

Quanto alle modalità di accertamento, si tratta di un giudizio che deve essere svolto di volta in volta, in concreto, senza che possano venire in rilievo indici o percentuali predeterminate di prevalenza¹⁶⁶.

Nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, dunque, il requisito della prevalenza è stato delineato come un requisito non solo e non tanto di carattere quantitativo quanto piuttosto qualitativo.

A fornire delle indicazioni più precise in merito ai connotati del requisito della prevalenza è intervenuta di recente la Corte costituzionale, con la sentenza del 23 dicembre 2008, n. 439¹⁶⁷.

La Consulta è stata chiamata a pronunciarsi in merito alla questione di costituzionalità di una legge della Provincia autonoma di Bolzano (l'art. 3, comma 3, della legge provinciale 16 novembre 2007, n. 12) che prevedeva che

¹⁶⁶ In tal senso GAROFOLI R.- FERRARI G., *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2010, 193. L'autore, in particolare, esclude possa trovare applicazione in via analogica il principio sancito dall'art. 8 del d.lgs. 17 agosto 1995, n. 158 in materia di appalti nei settori esclusi, riconoscendo la rispondenza del modello legislativo qualora l'80% della cifra d'affari media realizzata nell'ultimo triennio derivi dalla fornitura di servizi da essa affidati da parte degli enti locali. Nella sentenza *Carbotermo*, C-340/04, la Corte di Giustizia ha inoltre escluso l'applicabilità in via analogica della percentuale dell'80 % prevista dall'art. 13 della direttiva 93/38 in materia di appalti di servizi.

Cfr. in merito Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, sez. giur., 4 settembre 2007, n. 719, che ha precisato che «*la Corte di Giustizia si è astenuta dall'indicare parametri numerici, quali principalmente la quota di fatturato "pubblico" rispetto a quello privato, e con saggezza*».

¹⁶⁷ Per un commento a tale sentenza, si veda PIPERATA G., *La Corte Costituzionale, il legislatore regionale ed il modello "a mosaico" delle società in house*, in *Le regioni*, 2009; Id., *Le società a partecipazione pubblica nella gestione dei servizi degli enti locali*, in *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, a cura di CAMMELLI M. E DUGATO M., Torino, 2008, 318 ss; CINTIOLI F., *Norma interposta, società in house e "identità" dell'ordinamento nazionale. Riflessioni alla prima lettura di Corte cost. n. 439 del 2008*, in www.giustamm.it; D'ATENA A., *Sussidiarietà orizzontale e affidamento in house*, in *Giur. cost.*, 2008, fasc. 6, 4995-5012.

i servizi pubblici locali di rilevanza economica potessero essere affidati direttamente, senza ricorso ad una procedura di gara, ad una società a capitale interamente pubblico, qualora tale società, oltre ad essere sottoposta al controllo analogo dell'ente locale, «realizzi la parte più rilevante della propria attività con uno o più degli enti locali che la controllano», dovendosi svolgere tale giudizio di prevalenza «in base al fatturato e alle risorse economiche impiegate».

Il giudice costituzionale ha ritenuto che la legge della provincia di Bolzano fosse in contrasto con il diritto comunitario, perché limitava l'indagine volta ad accertare la sussistenza del requisito della prevalenza ad elementi di natura quantitativa, senza considerare, come richiesto dalla Corte di Giustizia, anche gli elementi di natura qualitativa.

La Corte costituzionale è arrivata a tale conclusione ripercorrendo le pronunce della Corte di Giustizia in merito al requisito della prevalenza, nell'illustrazione delle quali ha evidenziato innanzitutto come l'effettuazione da parte della società *in house* di prestazioni che non siano del tutto marginali a favore di soggetti diversi dai soggetti controllanti renderebbe la società «attiva sul mercato, con conseguente alterazione delle regole concorrenziali e violazione dei principi regolatori delle gare pubbliche e della legittima competizione». Una consistente «attività esterna» determinerebbe, secondo la prospettazione della Corte, una deviazione dal rigoroso modello di *in house providing* delineato dai giudici europei, alternando il dato strutturale che porta ad identificare la società *in house* quale «articolazione interna» dell'ente affidante.

La Consulta, più nel dettaglio, distingue il piano quantitativo dal piano qualitativo.

Sul piano quantitativo, viene direttamente in rilievo l'elemento del fatturato, come riconosciuto anche dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Corbotermo*¹⁶⁸.

¹⁶⁸ Nella sentenza *Carbotermo*, la Corte afferma, in merito al requisito della prevalenza, che «occorre considerare che il fatturato determinante è rappresentato da quello che l'impresa in questione realizza in virtù di decisioni di affidamento adottate dall'ente locale controllante».

Sul piano qualitativo, la Corte ritiene che il requisito della prevalenza incida sulla natura stessa dell'attività resa dalla società *in house*, nel senso che dovrà essere in ogni caso ritenuta prevalente (o comunque non marginale) l'attività resa dalla società *in house* «*in una prospettiva di futura espansione della stessa nel mercato o in zone del territorio diverse da quelle di competenza del soggetto pubblico conferente*».

Sulla scorta delle esposte considerazioni, la Corte costituzionale ha dunque ritenuto che la Provincia di Bolzano avesse indicato criteri di verifica del requisito della rilevanza dell'attività meno rigorosi rispetto a quelli enucleati dalla giurisprudenza comunitaria.

In conclusione, dunque, secondo la ricostruzione dei giudici tanto comunitari quanto nazionali, il requisito della prevalenza impone che i servizi, le opere e i beni resi a favore di soggetti diversi dall'ente controllante siano non solo di entità esigua dal punto di vista economico e, dunque, quantitativo, ma, contemporaneamente, irrilevanti nell'ambito della strategia aziendale della società *in house* nel mercato¹⁶⁹.

¹⁶⁹ In tal senso, *ex multis*, Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, sez. giur., 4 settembre 2007, n. 719, secondo cui «*la natura dei servizi, opere o beni resi al mercato privato, oltre alla sua esiguità, deve anche dimostrare la quasi inesistente valenza nella strategia aziendale e nella collocazione dell'affidatario diretto nel mercato pubblico e privato. (...) si deve ritenere che il criterio della prevalenza ("la parte più importante...") sia soddisfatto quando l'affidatario diretto non fornisca i suoi servizi a soggetti diversi dall'ente controllante, anche se pubblici, ovvero li fornisca in misura quantitativamente irrisoria e qualitativamente irrilevante sulle strategie aziendali, ed in ogni caso non fuori della competenza territoriale dell'ente controllante*». In tale sentenza il giudice siciliano si dilunga in un ampio approfondimento in merito alla portata del requisito dell'attività prevalente, osservando, tra le altre cose come «*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. Si parte infatti dalla espressione "parte più importante" della sentenza Teckal, redatta in lingua italiana, e Stadt Halle, redatta in lingua tedesca, alla complessa motivazione della sentenza Parken Brixen appena citata, alla espressione "sostanzialmente destinata in via esclusiva all'ente locale in questione", sentenza Carbotermo, C340/04 del 11 maggio 2006, punto 62, sopra citata, anch'essa redatta in lingua italiana*». Nella sentenza, si osserva, inoltre, come l'aggettivo «*"essenziale"* rinvii ad un concetto qualitativo, oltre che quantitativo, facendo riferimento all'*"essenza"*, ovvero all'*"ubi consistam dell'affidatario diretto*. In altri termini, la Corte accetta un'attività esterna puramente marginale, insignificante, non essenziale, assai prossima ad un'inesistenza, che è il modo speculare di vedere l'esclusività».

Ulteriori indicazioni sul requisito dell'attività prevalente sono state recentemente fornite dalle deliberazioni dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici n. 2 del 13 gennaio 2010 e n. 24 del 2 aprile 2009, con cui è stato precisato che «*[I]l soggetto gestore non deve svolgere attività per soggetti diversi dall'ente controllante, se non in misura quantitativamente irrisoria e qualitativamente irrilevante sulle strategie aziendali*;

Ai fini della verifica della sussistenza del requisito dell'attività prevalente, infine, acquista un certo rilievo anche l'ambito territoriale in cui la società *in house* svolge la propria attività. A tal riguardo, infatti, parte della giurisprudenza nazionale, in parziale difformità dalle statuizioni del giudice comunitario¹⁷⁰, ha ritenuto rilevante accertare che la società affidataria svolga la propria attività prevalentemente, se non addirittura esclusivamente, nell'ambito territoriale di pertinenza degli enti pubblici che la partecipano. Secondo tale rigorosa interpretazione, infatti, il requisito della prevalenza sarebbe soddisfatto solo quando l'affidatario diretto non fornisca i propri servizi a soggetti diversi dall'ente controllante, anche se pubblici, ovvero li fornisca in misura quantitativamente irrisoria e qualitativamente irrilevante ma, in ogni caso, «*non fuori della competenza territoriale dell'ente controllante*»¹⁷¹.

- lo stesso non deve avere una vocazione commerciale, che risulterebbe implicita in caso di ampliamento dell'oggetto sociale, apertura della società ad altri capitali, espansione territoriale».

¹⁷⁰ Nella sentenza *Carbotermo*, la Corte di Giustizia ha espressamente affermato che nel valutare se un'impresa svolga la parte più importante della sua attività con l'ente pubblico che la detiene «*non rileva il territorio in cui è svolta l'attività*».

¹⁷¹ In tal senso, Consiglio di Giustizia Amministrativa della Regione Siciliana, 4 settembre 2007, n. 719, secondo cui «*l'espansione territoriale, anche a vantaggio di altri enti pubblici analoghi, viola la prevalenza*» in quanto «*l'extraterritorialità della attività incide, a priori, proprio sul concetto di prevalenza, particolarmente nel senso qualitativo*». Cfr., più di recente, Consiglio di Stato, sez. V, 8 marzo 2011, n. 1447. Per un commento a tale sentenza, con nota di LEGGIADRO F., *Gli affidamenti in house alle società pubbliche pluripartecipate*, si veda in *Urb. App.*, 8., 2011, 957-968. Nello stesso senso, cfr. anche la deliberazione dell'Autorità di Vigilanza dei Contratti Pubblici, n. 24 del 2009.

Capitolo III

L'*in house providing* nella legislazione italiana in materia di servizi pubblici locali: la genesi dell'istituto fino all'adozione dell'art. 23 *bis* del decreto-legge n. 112 del 2008

SOMMARIO: **1.** La genesi dell'*in house providing* nella legislazione interna in materia di servizi pubblici locali: cenni introduttivi; **2.** La prima disciplina organica della materia dei servizi pubblici locali; **2.1** L'introduzione delle società per azioni, senza il vincolo della partecipazione pubblica maggioritaria; **2.2** Alcuni chiarimenti in materia di società miste: l'art. 17, comma 58, della legge n. 127 del 1997; **3.** La seconda fase della disciplina dei servizi pubblici locali: l'obbligo di esternalizzazione della gestione dei servizi pubblici locali; **4.** La terza fase: la prima codificazione dell'istituto dell'*in house providing*; **5.** La quarta fase: la disciplina introdotta dall'art. 23 *bis* del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112 e la marginalizzazione dello schema dell'*in house providing*.

1. *La genesi dell'in house providing nella legislazione interna in materia di servizi pubblici locali: cenni introduttivi.*

L'istituto dell'*in house providing* ha trovato in Italia una compiuta codificazione solamente nella materia dei servizi pubblici locali e si è ritenuto pertanto opportuno limitare la presente indagine a tale settore, al fine di individuare i contorni che tale schema organizzativo ha assunto in Italia¹⁷².

¹⁷² Esorbita dall'ambito della presente trattazione quello di offrire una definizione di servizio pubblico e di servizio pubblico locale (che del primo costituisce una declinazione), definizioni che la dottrina e la giurisprudenza hanno tentato negli anni di offrire. Ci si limita in questa sede a rilevare come dottrina e giurisprudenza sembrano concordare sul fatto che la nozione di concessione di pubblico servizio rimandi sempre e comunque a servizi volti a favorire lo sviluppo economico e sociale delle comunità locali di riferimento (in tal senso, GILIBERTI B., PERFETTI R.L., RIZZO I., *La disciplina dei servizi pubblici locali alla luce del D.L. 135/2009*, in *Urb. App.*, 2010, 3, 257 ss.). Si rimanda, per il resto, alla copiosa letteratura sul tema ed, in particolare, a POTOTSCHNIG U., *i pubblici servizi*, Padova, 1964; MERUSI, F., *Servizio pubblico*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XVII, Torino, 1970, 215; RANGONE N., *I servizi pubblici*, Bologna, 1990; GIGLIONI, *Osservazioni sull'evoluzione della nozione di "Servizio pubblico, in Foro*

Nel settore degli appalti pubblici, infatti, la Commissione de Lise aveva proposto l'inserimento di un art. 15 al d.lgs. n. 163 del 2006 (c.d. Codice degli appalti pubblici), ma tale previsione è stata successivamente stralciata e non è mai stata inserita nel testo del Codice definitivamente entrato in vigore¹⁷³.

In assenza di un'espressa previsione normativa che consenta il ricorso all'*in house providing*, molti dubitano della praticabilità di tale istituto in materia di appalti pubblici, ed in particolare di lavori¹⁷⁴.

Oltre ai rilievi, che saranno illustrati nel capitolo successivo, relativi al carattere eccezionale dell'affidamento diretto (che non costituirebbe un principio generale del diritto) e alla necessaria prevalenza del principio di legalità (che imporrebbe che sia il legislatore a trasferire poteri e compiti amministrativi agli enti pubblici), due ulteriori considerazioni deporrebbero a

Amm., 1998, 2280; FRESA C., *Servizio pubblico*, in GUARINO G. (a cura di), *Dizionario di diritto amministrativo*, vol. II, Milano, 1983, 1343; CATTANEO S., *Servizi pubblici* (voce), in *Enc. dir.*, vol. XLII, Milano, 1990, 362; PERFETTI L., *Contributo ad una teoria*, Padova 2001; SCOTTI E., *Il pubblico servizio. Tra tradizione nazionale e prospettive europee*, Padova, 2003; CAIA G., *La disciplina dei servizi pubblici*, in MAZZAROLLI L., PERICU G., ROMANO A., ROVERSI MONACO F. A., SCOCA F.G. (a cura di), *Diritto Amministrativo*, vol. II, Bologna, 2005, 149; DELSIGNORE M., *L'ambito di applicazione: la nozione di servizio pubblico locale a rilevanza economica*, in *La riforma dei servizi pubblici locali*, VILLATA R. (a cura di), Torino, 2011, 1 ss.; POLICE A., *Sulla nozione di servizio pubblico locale*, in *Servizi Pubblici locali*, MANGIAMELI S. (a cura di), Torino, 2008, 65.

¹⁷³ Cfr. STANCANELLI G., MOSCARDI I., DE NICTOLIS R., *Gli affidamenti in house*, in *Trattato sui contratti pubblici*, SANDULLI M.A.-DE NICTOLIS R.-GAROFOLI R. (a cura di), I, 2008, p. 348.

L'art. 15, stralciato prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 163 del 2006, prevedeva che «*Il presente codice non si applica all'affidamento di servizi, lavori, forniture a società per azioni il cui capitale sia interamente posseduto da una o più amministrazioni aggiudicatrici, a condizione che queste ultime esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la propria attività esclusivamente con dette amministrazioni*».

¹⁷⁴ Cfr. GIOVAGNOLI R., *Gli affidamenti in house tra lacune del codice e recenti interventi legislativi*, in www.giustamm.it, 2007, che ha evidenziato come il problema della praticabilità dell'istituto del *in house providing* si ponga «*soprattutto in materia di appalti pubblici, in considerazione del fatto che, nel nostro ordinamento, una norma di carattere generale era stata proposta nel primo schema del codice dei contratti pubblici, ma non è stata poi inserita nel testo finale del d.lgs. n. 163 del 2006. Questo "silenzio", potrebbe essere letto come un segnale della volontà del legislatore di non generalizzare il modello dell'in house a qualsiasi forma di affidamento di servizi, di lavori, o di forniture*». Si veda anche

favore della tesi dell'illegittimità degli affidamenti *in house* in materia di appalti pubblici¹⁷⁵.

In primo luogo, l'art. 125 del d.lgs. 163/2006, il quale limita l'ammissibilità dell'esecuzione dei lavori in amministrazione diretta a quelli di importo massimo complessivo pari a 50.000 euro. Tale previsione troverebbe applicazione anche in materia di *in house providing* sulla base della considerazione che ciò che non sarebbe consentito in amministrazione diretta non dovrebbe essere consentito attraverso il succedaneo strumento delle società *in house*¹⁷⁶.

In secondo luogo, l'art. 53 del d.lgs. 163/2006, prevedendo il contratto (di appalto o di concessione) come forma esclusiva per l'esecuzione dei lavori pubblici, precluderebbe il ricorso in tale ambito a modelli non contrattuali, quale appunto l'*in house providing*¹⁷⁷.

¹⁷⁵ In tal senso cfr. GIOVAGNOLI R., *Gli affidamenti in house tra lacune del codice e recenti interventi legislativi*, cit.; RIZZO I., *Brevi considerazioni a seguito dell'abrogazione dell'art. 23 bis L., 133/2008*, in *Urb. e app.*, 8, 2011, 904.

¹⁷⁶ L'art. 125 del d.lgs. 163 del 2006 prevede, più precisamente, che «1. Le acquisizioni in economia di beni, servizi, lavori, possono essere effettuate: a) mediante amministrazione diretta; b) mediante procedura di cottimo fiduciario. 2. Per ogni acquisizione in economia le stazioni appaltanti operano attraverso un responsabile del procedimento ai sensi dell'articolo 10. 3. Nell'amministrazione diretta le acquisizioni sono effettuate con materiali e mezzi propri o appositamente acquistati o noleggiati e con personale proprio delle stazioni appaltanti, o eventualmente assunto per l'occasione, sotto la direzione del responsabile del procedimento. 4. Il cottimo fiduciario è una procedura negoziata in cui le acquisizioni avvengono mediante affidamento a terzi. 5. I lavori in economia sono ammessi per importi non superiori a 200.000. I lavori assunti in amministrazione diretta non possono comportare una spesa complessiva superiore a 50.000 euro (...)».

Tale previsione non sembra tuttavia sufficiente ad escludere la possibilità di affidamenti *in house* nel settore degli appalti. È stato rilevato, infatti, che la *ratio* del menzionato art. 125 è quella di introdurre una presunzione legislativa di inidoneità della struttura produttiva ed imprenditoriale propria delle pubbliche amministrazioni a svolgere - con mezzi propri - attività economiche di rilevante valore (superiori a complessivi 50.000 euro). Tale presunzione di inidoneità non opererebbe quando l'amministrazione si avvalga non già dei propri mezzi e del proprio personale bensì di una struttura societaria appositamente costituita, quale la società *in house*. In tal senso, cfr. sempre GIOVAGNOLI R., *Gli affidamenti in house tra lacune del codice e recenti interventi legislativi*, cit.; RIZZO I., *Brevi considerazioni a seguito dell'abrogazione dell'art. 23 bis L., 133/2008*, cit.

¹⁷⁷ Il primo comma dell'art 53 del d.lgs. 163/2006 prevede che «Fatti salvi i contratti di sponsorizzazione e i lavori eseguiti in economia, i lavori pubblici possono essere realizzati esclusivamente mediante contratti di appalto o di concessione, come definiti all'articolo 3».

L'*in house providing* in materia di lavori pubblici è stato recentemente escluso anche dall'Autorità di vigilanza dei contratti pubblici con la deliberazione n. 51 del 18 maggio 2011. Anche la giurisprudenza esclude la praticabilità dello schema dell'*in house providing* in materia di lavori pubblici: cfr., *ex multis*, Cons. St., sez. V, 3 aprile 2007, n. 1514.

In disparte il problema della praticabilità dello schema dell'*in house providing* al settore degli appalti pubblici, si illustrerà a seguire come il legislatore italiano abbia disciplinato lo schema dell'*in house providing* in materia di servizi pubblici locali, scandendo l'evoluzione legislativa in alcune tappe principali: (i) la prima, iniziata con l'entrata in vigore della legge 8 giugno 1990, n. 142; (ii) la seconda, avviata con l'approvazione delle legge 28 dicembre 2001, n. 448 (il cui articolo 35 ha profondamente modificato il panorama normativo allora vigente); (iii) la terza, caratterizzata dall'approvazione del decreto-legge 30 settembre 2003, n. 269, convertito con modificazioni dalla legge 24 novembre 2003, n. 326; (iv) la quarta, infine, avviata con l'approvazione dell'art. 23 *bis* del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, a cui ha fatto seguito l'approvazione dell'art. 15 del decreto-legge 25 settembre 2009, n. 135 e, da ultimo, l'art. 4 del decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 settembre 2011, n. 148¹⁷⁸.

2. La prima disciplina organica della materia dei servizi pubblici locali.

Con la legge n. 142 del 1990 è stata introdotta la prima disciplina organica e strutturale dei servizi pubblici locali in Italia e, con essa, un'elencazione tassativa delle forme con le quali gli enti locali potevano gestire i servizi pubblici di loro competenza, per tali intendendosi quelli che *«abbiano per oggetto la produzione di beni ed attività rivolti a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali»*.

Con l'art. 22 della suddetta legge, in particolare, sono state individuate le seguenti forme di gestione:

¹⁷⁸ La scansione temporale per tappe della disciplina dei servizi pubblici locali è offerta da GAROFOLI R. – FERRARI G., *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2010, 200. Nel presente capitolo ci si soffermerà sulla disciplina susseguitasi negli anni in materia di affidamento e gestione dei servizi pubblici locali fino all'approvazione dell'art. 23 *bis* del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112 e dell'art. 15 del decreto-legge 25 settembre 2009, n. 135. Nel IV capitolo verrà invece illustrata la riforma da ultimo introdotta con l'art. 4 del decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 settembre 2011, n. 148.

«a) in economia, quando per le modeste dimensioni o per le caratteristiche del servizio non sia opportuno costituire una istituzione o una azienda;

b) in concessione a terzi, quando sussistano ragioni tecniche, economiche e di opportunità sociale;

c) a mezzo di azienda speciale, anche per la gestione di più servizi di rilevanza economica ed imprenditoriale;

d) a mezzo di istituzione, per l'esercizio di servizi sociali senza rilevanza imprenditoriale;

e) a mezzo di società per azioni a prevalente capitale pubblico locale, qualora si renda opportuna, in relazione alla natura del servizio da erogare, la partecipazione di altri soggetti pubblici o privati».

Sia l'istituzione, strumento idoneo per i servizi di natura sociale, che la società per azioni a prevalente capitale pubblico hanno rappresentato delle novità assolute rispetto al ventaglio delle possibili soluzioni gestorie ammesse dalla disciplina previgente¹⁷⁹.

La società mista pubblico-privato, tuttavia, aveva già fatto la sua comparsa nel panorama giuridico italiano, dove, già prima della riforma del 1990, gli enti pubblici si avvalevano frequentemente di strumenti societari con il coinvolgimento di soci privati¹⁸⁰.

È opportuno rilevare come la società mista delineata dalla legge n. 142 del 1990, inquadrata da parte della dottrina quale forma di gestione *in house providing (ante litteram)* del servizio¹⁸¹, svolgesse il servizio in assenza del presupposto concessorio, diversamente da quanto si verificava in caso di affidamento della gestione del servizio mediante concessione in favore di un

¹⁷⁹ La disciplina previgente era offerta dal R.D. n. 2578 del 1925, (in Gazz. Uff., 4 marzo, n. 52), recante il «*testo unico della legge sull'assunzione diretta dei pubblici servizi da parte dei comuni e delle province*». Per una ricostruzione storica della disciplina dei servizi pubblici locali antecedente alla l. 142 del 1990, cfr., *ex plurimis*, SPADONI B., *I servizi pubblici locali, Dalla municipalizzazione alla liberalizzazione*, in www.dirittodeiservizipubblicilocali.it.

¹⁸⁰ In tal senso cfr. GUZZO G., *Società miste e affidamenti in house*, Milano, 2009, 130.

¹⁸¹ In tal senso, cfr. STANCANELLI G., MOSCARDI I., DE NICTOLIS R., *Gli affidamenti in house*, in *Trattato sui contratti pubblici*, SANDULLI M.A.-DE NICTOLIS R.-GAROFOLI R. (a cura di), I, 2008, 310.

soggetto privato, il quale rimaneva il mero gestore di un'attività la cui titolarità permaneva in capo all'amministrazione.

La società per azioni a prevalente capitale pubblico era affidataria del servizio, infatti, in forza della sua costituzione e senza la necessità di alcun ulteriore passaggio volto a concedergli anche la gestione del servizio: essa svolgeva il servizio, dunque, sulla base della sola delibera di costituzione¹⁸².

A tale società mista era riconosciuta natura meramente strumentale rispetto all'ente locale, in analogia all'inquadramento dato all'ex azienda municipalizzata.

Un altro aspetto che è opportuno sottolineare, inoltre, è che nel quadro delineato dalla riforma del 1990 l'affidamento del servizio in concessione a terzi non rappresentava la regola, bensì un'eccezione, in quanto l'ente locale poteva scegliere di esternalizzare a soggetti totalmente privati il servizio solamente nell'eventualità che ricorressero «ragioni tecniche, economiche e di opportunità sociale». Diversamente, il servizio pubblico doveva rimanere sotto la gestione dell'ente locale.

A parte tale limite, la scelta dell'ente pubblico della forma di gestione del servizio era affidata a valutazioni ampiamente discrezionali, tenuto naturalmente conto dell'interesse pubblico sotteso all'erogazione del servizio¹⁸³.

¹⁸² Cfr., in tal senso, la nota pronuncia delle Sezioni unite della Cassazione 6 maggio 1995, n. 4991. Cfr., nello stesso senso, la giurisprudenza richiamata da STANCANELLI G., MOSCARDI I., DE NICTOLIS R., *Gli affidamenti in house*, cit., tra cui, in particolare, Cass. civ., sez. un., 29 ottobre 1999, n. 754, in *Urb. e app.*, 2004, 4, 383, secondo la quale, premesso che «I principi costituzionali dell'imparzialità e del buon andamento impongono, anche per le società a partecipazione pubblica maggioritaria, l'osservanza delle procedure di evidenza pubblica nella scelta del socio privato» comunque «Lo stesso art. 22.3., in quanto indica come possibile modello di gestione di un servizio pubblico locale la società di capitali partecipata dal comune, per ciò stesso configura come legittimo oggetto di una società, di cui l'ente locale promuova la costituzione insieme a privati, lo svolgimento dell'attività consistente nel porre il servizio a disposizione della comunità locale: dunque, a determinare l'effetto giuridico per cui la società risulti investita della titolarità della gestione, basta il provvedimento amministrativo che consiste nel deliberare di promuoverne la costituzione».

¹⁸³ Con particolare riferimento alla gestione a mezzo di società per azioni partecipata dall'ente pubblico, essa era generalmente determinata da una duplice volontà dell'ente locale: da un lato, quella di coinvolgere nell'erogazione del servizio soggetti privati, portatori di capitali, di tecnologie e di competenze imprenditoriali specifiche; dall'altro lato, quella di partecipare alla gestione del servizio, attraverso i vari strumenti messi a disposizione dei soci dal diritto societario. In tal senso, cfr. GAROFOLI R. – FERRARI G., *Manuale di diritto amministrativo*, cit, 200.

La legge n. 142 del 1990 non faceva tuttavia alcun riferimento alla possibilità che l'ente locale potesse gestire il servizio mediante una società per azioni partecipata al 100% dall'ente stesso e, dunque, lo schema dell'*in house providing* non era ancora preso in considerazione dal legislatore italiano.

2.1 *L'introduzione delle società per azioni, senza il vincolo della partecipazione pubblica maggioritaria.*

A pochi anni di distanza dall'approvazione della riforma del '90, il legislatore italiano, con l'adozione dell'art. 12 della legge n. 498 del 1992, ha confermato il proprio interesse nei confronti della gestione a mezzo di strumenti societari dei servizi pubblici locali, introducendo la possibilità che le province ed i comuni «*per l'esercizio di servizi pubblici locali e per la realizzazione delle opere necessarie al corretto svolgimento del servizio nonché per la realizzazione di infrastrutture ed altre opere di interesse pubblico*» si avvalessero di «*apposite società per azioni (...) senza il vincolo della proprietà maggioritaria di cui al co. 3, lett. e), dell'art. 22 della l. 8 giugno 1990.n. 142*»¹⁸⁴.

La norma ha introdotto, dunque, la formula della società per azioni a prevalente capitale privato (non ammessa dalla disciplina introdotta nel 1990, che contemplava solamente quella a prevalente capitale pubblico), al fine di

¹⁸⁴ Cfr. il testo dell'art. 12 della legge 23 dicembre 1992, n. 498, poi abrogato dal Testo unico degli enti locali, il cui primo comma prevedeva che «*Le province e i comuni possono, per l'esercizio di servizi pubblici e per la realizzazione delle opere necessarie al corretto svolgimento del servizio nonché per la realizzazione di infrastrutture ed altre opere di interesse pubblico, che non rientrino, ai sensi della vigente legislazione statale e regionale, nelle competenze istituzionali di altri enti, costituire apposite società per azioni, anche mediante gli accordi in programma di cui al comma 9, senza il vincolo della proprietà maggioritaria di cui al comma 3, lettera e), dell'art. 22 della legge 8 giugno 1990, n. 142, e anche in deroga a quanto previsto dall'art. 9, primo comma, lettera d), della legge 2 aprile 1968, n. 475, come sostituita dall'art. 10 della legge 8 novembre 1991, n. 362. Gli enti interessati provvedono alla scelta dei soci privati e all'eventuale collocazione dei titoli azionari sul mercato con procedure di evidenza pubblica. L'atto costitutivo delle società deve prevedere l'obbligo dell'ente pubblico di nominare uno o più amministratori e sindaci. Nel caso di servizi pubblici locali una quota delle azioni può essere destinata all'azionario diffuso e resta comunque sul mercato*». La previsione relativa alle società a capitale pubblico locale minoritario è stata attuata con il d.P.R. 16 settembre 1996, n. 533 rubricato «*Regolamento recante norme sulla costituzione di società miste in materia di servizi pubblici degli enti territoriali*».

consentire l'utilizzo dello strumento societario anche da parte di quegli enti locali che non erano in grado di sostenere finanziariamente una partecipazione maggioritaria¹⁸⁵.

Diversamente dalla precedente legge n. 142 del 1990, la legge del 1992 ha sancito espressamente l'obbligo che il socio privato fosse selezionato mediante procedura di gara ad evidenza pubblica.

Tale principio tuttavia si era fatto strada in via giurisprudenziale già con riferimento alle modalità di scelta del socio privato di minoranza contemplato dalla legge n. 142 del 1990, sulla scorta dei principi di imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione, ma è solo nel 1992 che ha trovato riscontro in un'espressa previsione normativa¹⁸⁶.

2.2 Alcuni chiarimenti in materia di società miste: l'art. 17, comma 58, della legge n. 127 del 1997.

L'art. 22 della legge n. 142 del 1990 è stato significativamente modificato ad opera dell'art. 17, comma 58, della legge n. 127 del 1997.

Tale intervento legislativo ha inciso, in particolare, sulla disciplina delle società miste prevista dal menzionato art. 22, introducendo delle modifiche alla sua lettera e)¹⁸⁷.

La riforma ha, in primo luogo, esteso la possibilità di utilizzo dello strumento societario anche con riferimento alle società a responsabilità limitata, a differenza della legge del 1990 aveva contemplato solo le società per azioni quale possibile strumento cui fosse consentito ricorrere per la gestione dei servizi pubblici locali.

¹⁸⁵ In tal senso, cfr., CARINGELLA F., *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 2004, 706.

¹⁸⁶ In giurisprudenza, tra le tante, si è già ricordato Cass. civ., sez. un., 29 ottobre 1999, n. 754 la quale ha affermato che «*I principi costituzionali dell'imparzialità e del buon andamento impongono, anche per le società a partecipazione pubblica maggioritaria, l'osservanza delle procedure di evidenza pubblica nella scelta del socio privato*». Nello stesso senso, cfr., Cons. St., V, 19 febbraio 1998 n. 192; Id. IV, 3 settembre 2001, n. 4568; Id., 23 marzo 2004, n. 1543.

¹⁸⁷ La lettera e) è stata riformulata nel senso di prevedere tra le modalità di gestione dei servizi pubblici locali, «*le società per azioni o a responsabilità limitata a prevalente capitale pubblico locale costituite o partecipate dall'ente titolare del pubblico servizio, qualora sia opportuna in relazione alla natura o all'ambito territoriale del servizio la partecipazione di più soggetti pubblici o privati*».

In secondo luogo, la nuova formulazione dell'art. 22 ha sancito che gli enti locali potessero non solo costituire società *ex novo*, al preciso scopo di gestire il servizio pubblico ma anche dedicare a tale finalità società già costituite, purché l'ente locale ne acquisisse la partecipazione maggioritaria.

La precedente formulazione dell'art. 22 aveva lasciato, inoltre, qualche dubbio in merito a quale ente dovesse detenere il capitale della società mista incaricata di svolgere il servizio pubblico in quanto la norma si era limitata a rendere obbligatoria la partecipazione pubblica totalitaria senza un'ulteriore specificazione. A tal riguardo, è intervenuta la legge del 1997, precisando che il capitale sociale della società mista dovesse essere partecipato «*dall'ente titolare del pubblico servizio*».

La riforma del 1997 ha introdotto, infine, il criterio della territorialità del servizio, quale ulteriore criterio cui parametrare la scelta di ricorrere al modello della società mista e, dunque, la scelta di ricorrere al coinvolgimento di più soggetti pubblici o privati.

3. La seconda fase della disciplina dei servizi pubblici locali: l'obbligo di esternalizzazione della gestione dei servizi pubblici locali.

Il d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, meglio conosciuto come Testo Unico degli Enti Locali, ha recepito, con l'intento di fornire un quadro ricognitivo della materia, quanto previsto dalla legge n. 142 del 1990 ed ha sostanzialmente riprodotto l'elencazione di cui all'art. 22, integrandola con quanto *medio tempore* introdotto ad opera dell'art. 12 della legge n. 498 del 1992¹⁸⁸.

Il noto art. 113 del Testo Unico degli enti locali ha aggiunto, infatti, alle forme di gestione previste dall'originario art. 22 quella «*a mezzo di società per*

¹⁸⁸ L'intera legge n. 142 del 1990 è stata abrogata ad opera dell'art. 247 del Testo Unico degli Enti Locali e gli artt. 112 e ss. del Testo Unico hanno introdotto la nuova disciplina organica in materia di servizi pubblici locali.

azioni senza il vincolo della proprietà pubblica maggioritaria a norma dell'art. 116»¹⁸⁹.

Trascorso nemmeno un anno dalla sua approvazione, l'art. 113 è stato tuttavia integralmente sostituito ad opera dell'art. 35 della legge n. 448 del 2001, meglio nota come finanziaria del 2002¹⁹⁰.

¹⁸⁹ Tale introduzione è avvenuta mediante l'inserimento di una nuova lettera f) all'elencazione precedentemente contemplata dall'art. 22 della legge n. 142 del 1990. La formulazione dell'art. 113 del Testo Unico degli Enti Locali, così come originariamente introdotta, prevedeva che:

«1. I servizi pubblici locali sono gestiti nelle seguenti forme:

- a) in economia, quando per le modeste dimensioni o per le caratteristiche del servizio non sia opportuno costituire una istituzione o una azienda;
- b) in concessione a terzi, quando sussistano ragioni tecniche, economiche e di opportunità sociale;
- c) a mezzo di azienda speciale, anche per la gestione di più servizi di rilevanza economica ed imprenditoriale;
- d) a mezzo di istituzione, per l'esercizio di servizi sociali senza rilevanza imprenditoriale;
- e) a mezzo di società per azioni o a responsabilità limitata a prevalente capitale pubblico locale costituite o partecipate dall'ente titolare del pubblico servizio, qualora sia opportuna in relazione alla natura o all'ambito territoriale del servizio la partecipazione di più soggetti pubblici o privati;
- f) a mezzo di società per azioni senza il vincolo della proprietà pubblica maggioritaria a norma dell'art. 116».

¹⁹⁰ L'art. 35 sostituiva il precedente art. 113 con la seguente previsione: «Art. 113. (Gestione delle reti ed erogazione dei servizi pubblici locali di rilevanza industriale). - 1. Le disposizioni del presente articolo si applicano ai servizi pubblici locali di rilevanza industriale. Restano ferme le disposizioni previste per i singoli settori e quelle nazionali di attuazione delle normative comunitarie.

2. Gli enti locali non possono cedere la proprietà degli impianti, delle reti e delle altre dotazioni destinati all'esercizio dei servizi pubblici di cui al comma 1, salvo quanto stabilito dal comma 13.

3. Le discipline di settore stabiliscono i casi nei quali l'attività di gestione delle reti e degli impianti destinati alla produzione dei servizi pubblici locali di cui al comma 1 può essere separata da quella di erogazione degli stessi. È, in ogni caso, garantito l'accesso alle reti a tutti i soggetti legittimati all'erogazione dei relativi servizi.

4. Qualora sia separata dall'attività di erogazione dei servizi, per la gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali gli enti locali, anche in forma associata, si avvalgono:

- a) di soggetti allo scopo costituiti, nella forma di società di capitali con la partecipazione maggioritaria degli enti locali, anche associati, cui può essere affidata direttamente tale attività;
- b) di imprese idonee, da individuare mediante procedure ad evidenza pubblica, ai sensi del comma 7.

5. L'erogazione del servizio, da svolgere in regime di concorrenza, avviene secondo le discipline di settore, con conferimento della titolarità del servizio a società di capitali individuate attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica.

6. Non sono ammesse a partecipare alle gare di cui al comma 5 le società che, in Italia o all'estero, gestiscono a qualunque titolo servizi pubblici locali in virtù di un affidamento diretto, di una procedura non ad evidenza pubblica, o a seguito dei relativi rinnovi; tale divieto si estende alle società controllate o collegate, alle loro controllanti, nonché alle società controllate o collegate con queste ultime. Sono parimenti esclusi i soggetti di cui al comma 4.

7. La gara di cui al comma 5 è indetta nel rispetto degli standard qualitativi, quantitativi, ambientali, di equa distribuzione sul territorio e di sicurezza definiti dalla competente Autorità

Tale ulteriore riforma in materia di gestione dei servizi pubblici locali, come noto, interviene nel contesto di una procedura di infrazione avviata dalla Comunità europea contro l'Italia, la quale ha cercato con l'adozione dell'art. 35 di allineare la disciplina italiana in materia di servizi pubblici locali ai dettami delle istituzioni comunitarie¹⁹¹.

di settore o, in mancanza di essa, dagli enti locali. La gara è aggiudicata sulla base del migliore livello di qualità e sicurezza e delle condizioni economiche e di prestazione del servizio, dei piani di investimento per lo sviluppo e il potenziamento delle reti e degli impianti, per il loro rinnovo e manutenzione, nonché dei contenuti di innovazione tecnologica e gestionale. Tali elementi fanno parte integrante del contratto di servizio.

8. Qualora sia economicamente più vantaggioso, è consentito l'affidamento contestuale con gara di una pluralità di servizi pubblici locali diversi da quelli di trasporto collettivo. In questo caso, la durata dell'affidamento, unica per tutti i servizi, non può essere superiore alla media calcolata sulla base della durata degli affidamenti indicata dalle discipline di settore.

9. Alla scadenza del periodo di affidamento, e in esito alla successiva gara di affidamento, le reti, gli impianti e le altre dotazioni patrimoniali di proprietà degli enti locali o delle società di cui al comma 13 sono assegnati al nuovo gestore. Sono, inoltre, assegnati al nuovo gestore le reti o loro porzioni, gli impianti e le altre dotazioni realizzate, in attuazione dei piani di investimento di cui al comma 7, dal gestore uscente. A quest'ultimo è dovuto da parte del nuovo gestore un indennizzo pari al valore dei beni non ancora ammortizzati, il cui ammontare è indicato nel bando di gara.

10. È vietata ogni forma di differenziazione nel trattamento dei gestori di pubblico servizio in ordine al regime tributario, nonché alla concessione da chiunque dovuta di contribuzioni o agevolazioni per la gestione del servizio.

11. I rapporti degli enti locali con le società di erogazione del servizio e con le società di gestione delle reti e degli impianti sono regolati da contratti di servizio, allegati ai capitolati di gara, che dovranno prevedere i livelli dei servizi da garantire e adeguati strumenti di verifica del rispetto dei livelli previsti.

12. L'ente locale può cedere in tutto o in parte la propria partecipazione nelle società erogatrici di servizi. Tale cessione non comporta effetti sulla durata delle concessioni e degli affidamenti in essere.

13. Gli enti locali, anche in forma associata, possono conferire la proprietà delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali a società di capitali di cui detengono la maggioranza, che è incredibile. Tali società pongono le reti, gli impianti e le altre dotazioni patrimoniali a disposizione dei gestori incaricati della gestione del servizio o, ove prevista la gestione separata della rete, dei gestori di quest'ultima, a fronte di un canone stabilito dalla competente Autorità di settore, ove prevista, o dagli enti locali. Alla società suddetta gli enti locali possono anche assegnare, ai sensi della lettera a) del comma 4, la gestione delle reti, nonché il compito di espletare le gare di cui al comma 5.

14. Fermo restando quanto disposto dal comma 3, se le reti, gli impianti e le altre dotazioni patrimoniali per la gestione dei servizi di cui al comma 1 sono di proprietà di soggetti diversi dagli enti locali, questi possono essere autorizzati a gestire i servizi o loro segmenti, a condizione che siano rispettati gli standard di cui al comma 7 e siano praticate tariffe non superiori alla media regionale, salvo che le discipline di carattere settoriale o le relative Autorità dispongano diversamente. Tra le parti è in ogni caso stipulato, ai sensi del comma 11, un contratto di servizio in cui sono definite, tra l'altro, le misure di coordinamento con gli eventuali altri gestori.

15. Le disposizioni del presente articolo non si applicano alle regioni a statuto speciale e alle province autonome di Trento e di Bolzano, se incompatibili con le attribuzioni previste dallo statuto e dalle relative norme di attuazione».

¹⁹¹ La Commissione, con lettera di costituzione in mora del 8 novembre 2000 (SG(2000)D/108243), ha considerato che la Repubblica italiana, adottando la disposizione di

Con l'art. 35 il legislatore ha innanzitutto introdotto la distinzione tra servizi pubblici locali «di rilevanza industriale» e servizi pubblici locali privi di tale rilevanza, limitando l'applicabilità dell'art. 113 ai primi e prevedendo una nuova disciplina per i secondi, contenuta in un nuovo art. 113 *bis*¹⁹².

La nuova disciplina, tuttavia, pur avendo introdotto tale distinzione non prevedeva una definizione delle due tipologie di attività e non individuava i criteri per distinguere un servizio con rilevanza industriale da uno privo di tale rilevanza.

Sulla scorta delle incertezze suscitate dal testo normativo, dunque, vennero elaborate in dottrina numerose tesi interpretative, sulle quali non ci si soffermerà nel presente lavoro¹⁹³.

Semplificando la copiosa produzione giurisprudenziale e dottrinale sul punto, con l'espressione "attività di rilevanza industriale" il legislatore aveva voluto riferirsi a quei settori di attività caratterizzati da una certa produttività:

cui all'articolo 22 della legge n. 142 dell'8 giugno 1990 (sostanzialmente riprodotta nella versione originaria dell'art. 113 del Testo Unico degli Enti Locali), avesse violato gli obblighi che le incombevano in virtù della direttiva 92/50/CEE, della direttiva 93/38/CEE, ed altresì degli articoli 49 e seguenti del Trattato CE e dei principi di non discriminazione e trasparenza. A tale lettera di messa in mora, il Governo italiano ha risposto, nelle more del procedimento di adozione della riforma organica della materia, con l'adozione della circolare 19 ottobre 2001, n. 12727, pubblicata in G.U. n. 264 del 13 novembre 2001. Per una trattazione della vicenda connessa alla procedura di infrazione avviata nei confronti dell'Italia cfr. Secco I., La compatibilità con il diritto comunitario del modello di affidamenti diretto dei servizi pubblici locali, in www.jus.unitn.it.

¹⁹² L'art. 113 *bis* introdotto dall'art. 35 prevedeva che «Art. 113-bis. (Gestione dei servizi pubblici locali privi di rilevanza industriale) -1. Ferme restando le disposizioni previste per i singoli settori, i servizi pubblici locali privi di rilevanza industriale sono gestiti mediante affidamento diretto a:

a) istituzioni;

b) aziende speciali, anche consortili;

c) società di capitali costituite o partecipate dagli enti locali, regolate dal codice civile.

2. È consentita la gestione in economia quando, per le modeste dimensioni o per le caratteristiche del servizio, non sia opportuno procedere ad affidamento ai soggetti di cui al comma 1.

3. Gli enti locali possono procedere all'affidamento diretto dei servizi culturali e del tempo libero anche ad associazioni e fondazioni da loro costituite o partecipate.

4. Quando sussistano ragioni tecniche, economiche o di utilità sociale, i servizi di cui ai commi 1, 2 e 3 possono essere affidati a terzi, in base a procedure ad evidenza pubblica, secondo le modalità stabilite dalle normative di settore.

5. I rapporti tra gli enti locali ed i soggetti erogatori dei servizi di cui al presente articolo sono regolati da contratti di servizio».

¹⁹³ Per un approfondimento del tema si rinvia agli autori citati nella precedente nota 172 e, in particolare, a POLICE A., *Sulla nozione di servizio pubblico locale*, in *Servizi Pubblici locali*, MANGIAMELI S. (a cura di), Torino, 2008, 65.

era da considerarsi attività industriale quella esercitata nell'ambito di un mercato concorrenziale e competitivo mentre era priva di tale rilevanza quella esercitata in un ambito non idoneo, per le sue caratteristiche, ad attrarre operatori interessati a realizzare un risultato economico.

Per quanto riguarda i servizi privi di rilevanza economica, la disciplina prevista dall'art. 113 *bis* introduceva la regola dell'affidamento diretto, senza esperimento di alcuna gara pubblica. La gestione del servizio, infatti, poteva essere affidata direttamente a: (i) istituzioni, (ii) aziende speciali (iii) e, infine, a società di capitali costituite o partecipate dagli enti locali, regolate dal codice civile. La gestione in economia era prevista solo come ipotesi residuale, ammessa per i casi in cui le modeste dimensioni e le caratteristiche del servizio rendessero poco conveniente affidare il servizio all'esterno¹⁹⁴.

Per quanto riguarda i servizi di rilevanza industriale, invece, l'art. 35 introduceva l'obbligo di affidamento a società di capitali del servizio mediante procedura concorsuale¹⁹⁵, eliminando completamente la possibilità della

¹⁹⁴ L'intero art. 113 *bis* del d.lgs. n. 267 del 2000, nel testo introdotto dall'art. 35 della legge n. 488 del 2001, è stato dichiarato illegittimo dalla Corte costituzionale con la nota sentenza 27 luglio 2004, n. 272, in quanto la norma, disciplinando i servizi pubblici locali *privi* di rilevanza economica, finiva col disciplinare una materia rientrante nella potestà legislativa esclusiva regionale e non in quella statale. Più nel dettaglio, la Corte costituzionale ha stabilito che la disciplina dei servizi pubblici locali "privi di rilevanza economica" fornita dall'art. 113 *bis* «non può essere certo riferito ad esigenze di tutela della libertà di concorrenza e quindi, sotto questo profilo, si configura come illegittima compressione dell'autonomia regionale e locale». L'intervento del legislatore statale nella materia dei servizi pubblici locali viene ritenuto ammissibile, infatti, solo se volto a tutelare la concorrenza, intento che risulta assente nella disciplina dei servizi pubblici locali privi di rilevanza economica dove manca, per definizione, un mercato di tipo concorrenziale e dunque non si pone la necessità che lo Stato assicuri la presenza di condizioni concorrenziali.

Con tale sentenza la Corte costituzionale ha ricondotto la materia di servizi pubblici locali nell'ambito della competenza esclusiva statale in materia di concorrenza, escludendo la sua attinenza all'ambito delle funzioni fondamentali degli enti locali e della determinazione dei livelli minimi inerenti le prestazioni essenziali a tutela dei diritti civili e sociali.

Per un commento a tale sentenza, cfr. con commento di SCIULLO G., *Stato, regioni e servizi pubblici locali nella pronuncia n. 272/2004, della Consulta*, in www.lexitalia.it, n. 7-8, 2004; CASALOTTI F., *La Corte costituzionale e i criteri di riparto delle competenze con riferimento ai servizi pubblici locali dopo la riforma del Titolo V Parte II della Cost.*, in *Le Regioni*, 1, 2005; TESSARO T., *Miti e no: l'Idra di Lerna e i servizi pubblici locali privi di rilevanza economica*, in www.lexitalia.it.

¹⁹⁵ Come accennato, infatti, l'art. 35 viene introdotto sulla spinta di una procedura di infrazione avviata dall'Unione europea contro l'Italia e, pertanto, la regola dell'esternalizzazione in materia di servizi pubblici locali è stata introdotta con l'intento di adeguare la normativa italiana al diritto comunitario. In tal senso, CARINGELLA F., *Corso di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2004, 768.

gestione del servizio in economia o per mezzo di azienda speciale o quella dell'affidamento diretto del servizio in favore di società miste a partecipazione pubblica locale.

L'art. 35 escludeva, inoltre, dalla partecipazione alla procedura selettiva le società che gestissero a qualunque titolo servizi pubblici locali in virtù di un affidamento diretto, di una procedura non ad evidenza pubblica, o a seguito dei relativi rinnovi¹⁹⁶.

L'art. 113, così come riformulato dall'art. 35, è sembrato introdurre, pertanto, un vero e proprio obbligo di esternalizzazione del servizio pubblico in capo agli enti locali¹⁹⁷.

La nuova formulazione dell'art. 113, inoltre, prevedeva il principio di separazione tra la gestione dei servizi pubblici locali e la proprietà delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni destinate all'esercizio dei servizi, al fine di garantire un libero accesso dei soggetti legittimati alla gestione dei servizi alle relative dotazioni.

Nell'ambito delle norme relative alla gestione degli impianti e delle reti necessarie per l'erogazione dei servizi, risulta di particolare importanza la circostanza che nell'art. 35 residuava la possibilità (accanto a quella di esternalizzare tale gestione, mediante selezione di un soggetto terzo con procedura ad evidenza pubblica) che la gestione di tali dotazioni potesse essere affidata direttamente, senza esperimento di alcuna procedura concorsuale, ad una società di capitali con la partecipazione maggioritaria degli enti locali, anche associati tra loro.

¹⁹⁶ L'art. 113, così come sostituito dall'art. 35 della finanziaria del 2002, estendeva tale divieto di partecipazione alle procedure selettive per l'affidamento del servizio anche alle società «*società controllate o collegate, alle loro controllanti, nonché alle società controllate o collegate con queste ultime*».

¹⁹⁷ In tal senso Corte costituzionale sentenza n. 325 del 2010, con la quale la Corte ha affermato che la censurata disciplina introdotta con l'art 23 bis del decreto-legge 112/2008 rappresenta non altro che «*uno sviluppo del diverso principio generale costituito dal divieto della gestione diretta del SPL da parte dell'ente locale; divieto introdotto dai non censurati art. 35 della legge 28 dicembre 2001, n. 448 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato – legge finanziaria 2002) e art. 14 del decreto-legge 30 settembre 2003, n. 269 (Disposizioni urgenti per favorire lo sviluppo e per la correzione dell'andamento dei conti pubblici), convertito, con modificazioni, dalla legge 24 novembre 2003, n. 326*».

In quest'ultima disposizione, infatti, residuava un'ipotesi di affidamento diretto, seppur limitata ai casi di affidamento della gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali degli enti locali (senza alcuna applicabilità all'ambito della gestione dei servizi pubblici), a società mista¹⁹⁸.

4. La terza fase: la prima codificazione dell'istituto dell'*in house providing*.

La prima codificazione dell'istituto dell'*in house providing* viene introdotta con l'art. 14 del decreto-legge 30 settembre 2003, n. 269, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 novembre 2003, n. 326¹⁹⁹.

¹⁹⁸ Tale previsione suscitava qualche perplessità, consentendo l'affidamento diretto della gestione delle reti in favore di una società mista, in cui dunque l'ente locale non possedeva l'intero capitale sociale. Tale previsione venne, infatti, a breve modificata nel senso di prevedere l'obbligo della partecipazione pubblica totalitaria della società affidataria.

¹⁹⁹ L'art. 14, così come modificato in sede di conversione del decreto-legge prevedeva che «*1. All'articolo 113 del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, come modificato dal comma 1 dell'articolo 35 della legge 28 dicembre 2001, n. 448, sono apportate le seguenti modifiche:*

a) nella rubrica le parole "di rilevanza industriale", sono sostituite dalle seguenti: "di rilevanza economica";

b) il comma 1 è sostituito dal seguente: "1. Le disposizioni del presente articolo che disciplinano le modalità di gestione ed affidamento dei servizi pubblici locali concernono la tutela della concorrenza e sono inderogabili ed integrative delle discipline di settore. Restano ferme le altre disposizioni di settore e quelle di attuazione di specifiche normative comunitarie. Restano esclusi dal campo di applicazione del presente articolo i settori disciplinati dai decreti legislativi 16 marzo 1999, n. 79 e 23 maggio 2000, n. 164 ";

c) al comma 4, lettera a), le parole: "con la partecipazione maggioritaria degli enti locali, anche associati," sono sostituite dalle seguenti: "con la partecipazione totalitaria di capitale pubblico" e, in fine, sono aggiunte, le seguenti parole: ",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";

d) il comma 5 è sostituito dal seguente: "5. L'erogazione del servizio avviene secondo le discipline di settore e nel rispetto della normativa dell'Unione europea, con conferimento della titolarità del servizio:

a) a società di capitali individuate attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica;

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;

c) a società a capitale interamente pubblico a condizione che l'ente o 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.";

e) al comma 7, è aggiunto, in fine, il seguente periodo: "Le previsioni di cui al presente comma devono considerarsi integrative delle discipline di settore.";

Dopo aver introdotto il concetto di attività «di rilevanza economica» in luogo di quello di attività di «rilevanza industriale» per definire l'ambito di applicabilità dell'art. 113²⁰⁰, il menzionato art. 14 sostituisce alla precedente

f) al comma 12, primo periodo, sono aggiunte, in fine, le seguenti parole "mediante procedure ad evidenza pubblica da rinnovarsi alla scadenza del periodo di affidamento";

g) al comma 13, il primo periodo è sostituito dal seguente: "Gli enti locali, anche in forma associata, nei casi in cui non sia vietato dalle normative di settore, possono conferire la proprietà delle reti, degli impianti, e delle altre dotazioni patrimoniali a società a capitale interamente pubblico, che è incedibile. ";

h) dopo il comma 15 è aggiunto il seguente

"15-bis. Nel caso in cui le disposizioni previste per i singoli settori non stabiliscano un congruo periodo di transizione, ai fini dell'attuazione delle disposizioni previste nel presente articolo, le concessioni rilasciate con procedure diverse dall'evidenza pubblica cessano comunque entro e non oltre la data del 31 dicembre 2006, senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante.

Sono escluse dalla cessazione le concessioni affidate a società a capitale misto pubblico privato nelle quali il socio privato sia stato scelto mediante procedure ad evidenza pubblica che abbiano dato garanzia di rispetto delle norme interne e comunitarie in materia di concorrenza, nonché quelle affidate a società a capitale interamente pubblico 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,"

h-bis) dopo il comma 15-bis è aggiunto il seguente:

"15-ter. Il termine del 31 dicembre 2006, di cui al comma 15-bis, può essere differito ad una data successiva, previo accordo, raggiunto caso per caso, con la Commissione europea, alle condizioni sotto indicate:

a) nel caso in cui, almeno dodici mesi prima dello scadere del suddetto termine si dia luogo, mediante una o più fusioni, alla costituzione di una nuova società capace di servire un bacino di utenza complessivamente non inferiore a due volte quello originariamente servito dalla società maggiore; in questa ipotesi il differimento non può comunque essere superiore ad un anno;

b) nel caso in cui, entro il termine di cui alla lettera a), un'impresa affidataria, anche a seguito di una o più fusioni, si trovi ad operare in un ambito corrispondente almeno all'intero territorio provinciale ovvero a quello ottimale, laddove previsto dalle norme vigenti; in questa ipotesi il differimento non può comunque essere superiore a due anni".

2. All'articolo 113-bis del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, di cui al decreto legislativo n.267 del 2000, introdotto dal comma 15 dell'articolo 35 della legge 28 dicembre 2001, n.448, sono apportate le seguenti modifiche:

a) nella rubrica le parole: "privi di rilevanza industriale" sono sostituite dalle seguenti "rilevanza economica";

b) al comma 1, alinea, le parole: "privi di rilevanza industriale" sono sostituite dalle seguenti "privi di rilevanza economica";

c) al comma 1 la lettera c) è sostituita dalla seguente:

"c) società a capitale interamente pubblico 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";

d) il comma 4 è abrogato.

3. All'articolo 35 della legge 28 dicembre 2001, n.448, sono abrogati i commi 2, 3, 4, 5 e 16; al comma 7 del medesimo articolo 35 le parole: "nei termini stabiliti dal regolamento di cui al comma 16 del presente articolo" sono sostituite dalle seguenti: "al termine dell'affidamento".

²⁰⁰ Non si illustreranno nel presente lavoro i numerosi tentativi, tanto della giurisprudenza quanto della dottrina, di definire cosa debba intendersi con l'espressione servizi economici di

formulazione del quinto comma dell'art. 113 (che prevedeva l'obbligo di affidamento del servizio a società di capitali previo esperimento di una procedura ad evidenza pubblica) una nuova disciplina delle modalità di affidamento dei servizi pubblici locali, imperniata su una rosa di possibili scelte in favore delle quali l'ente locale poteva optare.

Più in particolare, gli enti locali potevano provvedere alla gestione del servizio: (i) conferendolo ad una società di capitali individuata all'esito di una procedura ad evidenza pubblica; (ii) affidando direttamente il servizio a società a capitale misto pubblico-privato nelle quali il socio a capitale misto privato sia scelto attraverso l'espletamento di una procedura competitiva ad evidenza pubblica; (iii) affidando direttamente il servizio a società a capitale interamente pubblico «a condizione che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri

rilevanza economica: sul tema si rimanda all'illustrazione offerta da DELSIGNORE M., *L'ambito di applicazione: la nozione di servizio pubblico locale a rilevanza economica*, in *La riforma dei servizi pubblici locali*, VILLATA R. (a cura di), Torino, 2011, 1 ss; POLICE A., *Sulla nozione di servizio pubblico locale*, in *Servizi Pubblici locali*, MANGIAMELI S. (a cura di), Torino, 2008, 65. Ci si limita in questa sede ad osservare come non esista un'elencazione tassativa dei servizi di rilevanza economica. Il criterio della rilevanza economica è, infatti, un criterio mutevole, che varia in relazione all'evoluzione degli assetti, degli equilibri e delle tecnologie del settore di riferimento, e, al contempo, in funzione delle caratteristiche territoriali e geografiche del del luogo in cui il servizio deve essere svolto. Ai fini della qualificazione di un servizio pubblico come di rilevanza economica occorre dunque una verifica in concreto volta ad accertare che sussista un certo margine di redditività nel settore preso in considerazione, a nulla rilevando peraltro la valutazione fornita dall'amministrazione.

Per alcuni precedenti giurisprudenziali in merito all'individuazione del carattere economico del servizio, si veda: Cons. St., sez. V, 30 agosto 2006, n. 5072; Cons. St., sez. V, 27 agosto 2009, n. 5097; Tar Puglia, sez. I, 12 aprile 2006, n. 1318.

Con il riferimento alla rilevanza economica in luogo di quello alla rilevanza industriale dell'attività, il legislatore ha voluto ampliare l'ambito di applicabilità delle previsioni contenute nell'art. 113. Con il riferimento alla attività economiche il legislatore estendeva la nuova disciplina, infatti, non solo alle attività aventi carattere industriale ma a tutte quelle attività suscettibili di garantire un'utilità e, dunque, un reddito. In tal senso GUZZO G., *Società miste e affidamenti in house*, Milano, 2009, 142. Per un commento sugli effetti del passaggio dai servizi a rilevanza industriale ai servizi a rilevanza economica, cfr. CAIA G., *Autonomia territoriale e concorrenza nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali*, su www.giustizia-amministrativa.it. Non si illustreranno nel presente lavoro i numerosi tentativi, tanto della giurisprudenza quanto della dottrina, di definire cosa debba intendersi con l'espressione "a rilevanza economica": sul tema si rimanda all'illustrazione offerta da DELSIGNORE M., *L'ambito di applicazione: la nozione di servizio pubblico locale a rilevanza economica*, in *La riforma dei servizi pubblici locali*, VILLATA R. (a cura di), Torino, 2011, 1 ss; POLICE A., *Sulla nozione di servizio pubblico locale*, in *Servizi Pubblici locali*, MANGIAMELI S. (a cura di), Torino, 2008, 65.

servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano».

Con l'art. 14 in commento venivano, dunque, reintrodotti differenti modelli di gestione dei servizi pubblici locali, tra i quali veniva riproposto anche quello della società mista (venuto meno con la riforma operata con l'art. 35 della legge n. 448 del 2001), ma con la precisazione che il socio privato dovesse essere scelto mediante una gara improntata al rispetto della disciplina, anche comunitaria, stabilita in materia di concorrenza.

La novità più importante ai fini della presente trattazione è stata, tuttavia, l'introduzione, per la prima volta, della possibilità che l'ente locale – al ricorrere di determinate condizioni - affidasse direttamente, senza esperimento di alcuna procedura ad evidenza pubblica, un servizio pubblico ad una società di capitali.

Le condizioni a cui era subordinato tale affidamento sono state codificate dal nuovo articolo 113 con terminologia analoga a quella *medio tempore* utilizzata dalla Corte di Giustizia nell'elaborazione dell'*in house providng*, a partire dalla sentenza Teckal, dunque, con un testuale riferimento al concetto di «controllo analogo» e a quello di «parte più importante dell'attività».

Con la riforma del 2003 il legislatore italiano è tornato, pertanto, sui propri passi, attribuendo nuovamente agli enti locali la possibilità di autoprodotte determinati servizi, questa volta non già mediante aziende speciali o in economia bensì mediante lo schema dell'affidamento diretto ad una propria società *in house*, anziché dover optare sempre e comunque in favore dell'esternalizzazione del servizio²⁰¹.

La previsione dell'art. 113, così come riformulata ad opera del decreto-legge n. 269 del 2003, lasciava, è opportuno sottolinearlo, un'ampia discrezionalità agli enti locali nella scelta tra le diverse forme di gestione dei

²⁰¹ In tal senso cfr. STANCANELLI G., MOSCARDI I., DE NICTOLIS R., *Gli affidamenti in house*, in *Trattato sui contratti pubblici*, cit., 318. Gli AA. richiamano a tal riguardo VARONE S., *Servizi pubblici locali e concorrenza*, Torino, 2004, 170.

servizi pubblici, potendo l'ente locale orientare la propria scelta in favore dell'uno o dell'altro strumento di gestione senza alcun limite²⁰².

Con riferimento alla gestione delle reti e delle infrastrutture necessarie per lo svolgimento del servizio pubblico, invece, la nuova formulazione limitava la possibilità di affidamento diretto alle società partecipate in maniera totalitaria (e, dunque, non solo maggioritaria, come veniva previsto dalla precedente versione) dall'ente pubblico.

5. La quarta fase: la disciplina introdotta dall'artt. 23 bis del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112 e la marginalizzazione dello schema dell'*in house providing*.

L'art. 23 bis del decreto-legge n. 112 del 2008 (recante "Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria"), introdotto dalla legge di conversione 6 agosto 2008, n. 133, ha riformato integralmente la materia dei servizi pubblici locali di rilevanza economica e la disciplina delle modalità del loro affidamento, relegando ad ipotesi del tutto eccezionale il ricorso all'*in house providing*²⁰³.

La riforma introdotta dall'art. 23 bis non ha tuttavia integralmente superato l'art. 113 del Testo unico degli enti locali, il quale, per espressa previsione normativa, è rimasto in vigore nelle parti non incompatibili con la

²⁰² La disciplina dell'art. 113, nella parte in cui lasciava un potere assoluto in capo all'ente pubblico di scegliere tra la gestione *in house* del servizio (art. 113, comma 5, lett. c) e il suo affidamento a terzi mediante gara (art. 113, comma 5, lett. a), suscitò qualche dubbio di compatibilità con la disciplina comunitaria. Secondo parte della giurisprudenza e della dottrina, infatti, l'*in house providing* era stato inquadrato a livello comunitario come ipotesi del tutto eccezionale e derogatoria dei principi generali della concorrenza. Sulla scorta di tali considerazioni, come visto al precedente cap. I, il Tar Puglia, 8 settembre 2004, n. 885 ha chiesto, con rinvio pregiudiziale, alla Corte di Giustizia di pronunciarsi in merito alla conformità della disciplina introdotta dal decreto-legge n. 269 del 2003 con i principi di cui agli artt. 46, 49 e 86 del Trattato.

²⁰³ Ha suscitato non poche critiche la circostanza che tale radicale riforma in materia di servizi pubblici locali sia stata introdotta con lo strumento legislativo della decretazione d'urgenza: in tal senso, LUCARELLI A., *Profili di incostituzionalità dell'art. 23 bis e percorsi per la ripubblicizzazione dell'acqua*, su www.acquabenecomune.org, 3 dicembre 2008. Ciò nonostante, l'art. 23 bis è stato riformato ad opera di un ulteriore decreto legge (il decreto legge 135 del 2009).

nuova disciplina, parti la cui individuazione è stata demandata ad un regolamento²⁰⁴.

Per la verità, l'art. 23 *bis* non ha superato nemmeno la farraginosità e la frammentarietà imperanti nel settore dei servizi pubblici locali, caratterizzato dalla presenza di numerose e distinte discipline di settore.

Se, da un lato, il legislatore sembrava avere l'intenzione di introdurre una riforma di portata generale (come dimostrato dalla presenza di un'espressa clausola di prevalenza della disciplina di cui all'art. 23 *bis* sulle discipline di settore, cfr. il comma 1), dall'altro, sono state fatte salve numerose discipline di settore, di rilevanza tale da mettere in dubbio la stessa portata generale della riforma²⁰⁵. Rispetto all'originaria formulazione dell'art. 23 *bis*, che prevedeva l'applicabilità dello stesso a tutti i servizi pubblici locali, sono state via via esclusi dall'ambito di applicazione della nuova riforma, dapprima, il settore della distribuzione del gas naturale²⁰⁶, e successivamente, anche quello dell'energia elettrica, della gestione delle farmacie comunali e quello del trasporto ferroviario regionale²⁰⁷.

Venendo alla *ratio* della riforma di cui all'art. 23 *bis*, il legislatore ha inteso garantire la più ampia concorrenza *nel* mercato, favorendo «*la più ampia diffusione dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi di tutti gli operatori economici interessati alla gestione di servizi di interesse generale in ambito locale*» nonché assicurando «*il diritto di tutti gli utenti alla universalità ed accessibilità dei servizi pubblici locali ed al livello essenziale delle prestazioni*».

A tal fine, l'art. 23 *bis*, nel riformare la disciplina dei servizi pubblici locali ha introdotto, per la prima volta, una gerarchia tra i sistemi di gestione

²⁰⁴ L'elencazione espressa delle disposizioni abrogate dall'art. 23 *bis* è contenuta nel d.P.R. 7 settembre 2010, n. 168.

²⁰⁵ Per tale opinione, *ex multis*, cfr. DEL SIGNORE M., *L'ambito di applicazione: la nozione di servizio pubblico locale a rilevanza economica*, in *La riforma dei servizi pubblici locali*, VILLATA R. (a cura di), Torino, 2011, 17.

²⁰⁶ Escluso dall'ambito di applicazione dell'art. 23 *bis* ad opera dell'art. 30, comma 26, della legge 23 luglio 2009, n. 99.

²⁰⁷ Esclusi dall'ambito di applicazione dell'art. 23 *bis* ad opera dell'art. 15 del decreto-legge n. 135 del 2009.

dei servizi pubblici, distinguendoli tra sistemi “ordinari” di conferimento della gestione e sistemi “in deroga”²⁰⁸.

Sin dalla prima formulazione, l’art. 23 *bis* ha individuato quale modalità ordinaria di gestione del servizio quella mediante affidamento dello stesso a favore di imprenditori o di società, in qualunque forma costituite²⁰⁹, da selezionare mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi del Trattato che istituisce la Comunità europea e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento e proporzionalità.

Con ciò, dunque, la nuova riforma ha cristallizzato il principio generale della procedura ad evidenza pubblica per l’affidamento della gestione del servizio²¹⁰.

A tale modalità ordinaria, la prima formulazione dell’art. 23 *bis* ha, affiancato inizialmente non meglio precisate modalità di gestione “in deroga”

²⁰⁸ Tale gerarchia, come sopra visto, era completamente assente nell’art. 113 del d.lgs. n. 267 del 2000, dove le modalità di gestione dei servizi pubblici locali venivano semplicemente elencate una appresso all’altra, senza che da tale elencazione fosse possibile evincere alcun ordine gerarchico tra le stesse.

²⁰⁹ Tale precisazione, non contenuta nel d.d.l. licenziato dal Consiglio dei Ministri il 18 giugno 2008 (su cui cfr. GUZZO G., *Società miste e affidamenti in house*, Milano, 2009), venne inserita sulla scorta dei moniti espressi dalla Corte di Giustizia con la sentenza c.d. Frigerio, C-357/2006. In tale occasione, infatti, la Corte di Giustizia ebbe modo di constatare la contrarietà con la direttiva 92/50 di una disposizione, quale era quella di cui all’art. 113, comma 5, lett. a), d.lgs. n. 267 del 2000, che circoscriveva la possibilità di partecipare a gare finalizzate all’affidamento di servizi pubblici a alle sole società di capitali escludendo, quindi, quelle con forma giuridica diversa, quali quelle di persone. La Corte di Giustizia affermò, in particolare, che «l’art. 26, nn. 1 e 2, della direttiva 92/50 osta a disposizioni nazionali come quelle in esame nella causa principale, che impediscono a candidati od offerenti autorizzati, in base alla normativa dello Stato membro interessato, ad erogare il servizio di cui trattasi, ivi compresi quelli costituiti in raggruppamenti di prestatori di servizi, di presentare offerte nell’ambito di una procedura di aggiudicazione di appalti pubblici di servizi il cui valore superi la soglia di applicazione della direttiva 92/50, soltanto per il fatto che tali candidati od offerenti non hanno la forma giuridica corrispondente ad una determinata categoria di persone giuridiche, ossia quella delle società di capitali».

²¹⁰ È stato da subito osservato che in tema di gare per l’affidamento delle concessioni di pubblico servizio, l’art. 23 *bis* non faceva alcun riferimento al d.lgs. 163/2006, limitandosi a richiamare i principi generali del diritto dell’unione europea vigenti nella materia. Secondo parte della dottrina tale circostanza avrebbe avvalorato la tesi dell’inapplicabilità del c.d. Codice degli appalti al settore delle concessioni (salvo quanto previsto dall’art. 30 del Codice stesso). In senso critico, cfr. GILIBERTI B., PERFETTI R.L., RIZZO I., *La disciplina dei servizi pubblici locali alla luce del D.L. 135/2009*, in *Urb. App.*, 2010, 3, 260.

alle modalità di affidamento ordinario, ammissibili a condizione che ricorressero «*peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento*» che non permettessero «*un efficace e utile ricorso al mercato*».

Il legislatore non ha, in un primo momento, fornito dunque alcuna indicazione in merito alle modalità di gestione in concreto riconducibili alla categoria delle modalità di affidamento “in deroga”, limitandosi a precisare che si trattava comunque di affidamenti rispettosi «*dei principi della disciplina comunitaria*».

Ad ogni modo, nel caso degli affidamenti “in deroga”, l’ente locale avrebbe dovuto dare adeguata pubblicità alla sua scelta, motivandola in base ad un’analisi del mercato e contestualmente trasmettere una relazione contenente gli esiti della predetta verifica all’Autorità garante della concorrenza e del mercato e alle autorità di regolazione del settore, ove costituite, per l’espressione di un parere sui profili di competenza da rendere entro sessanta giorni dalla ricezione della predetta relazione²¹¹.

La prima formulazione dell’art. 23 *bis* si presentava, dunque, alquanto generica e non faceva alcun riferimento né all’affidamento *in house* (prima previsto dal comma 5, lett. c, art. 113, d.lgs. 267 del 2000) né all’affidamento a società mista con capitale pubblico-privato, con scelta del socio privato tramite gara (prima previsto dall’art. 113, comma 5, lett. b, d.lgs. n. 267 del 2000)²¹².

Rimaneva pertanto dubbio se tali forme di gestione, ed in particolare l’*in house providing*, potessero continuare a trovare applicazione nel nostro ordinamento anche dopo l’entrata in vigore dell’art. 23 *bis* e, con particolare riferimento all’affidamento a società miste pubblico-privato, se tale schema

²¹¹ Con l’art. 15 del decreto-legge n. 135 del 2009 sono stati successivamente eliminati gli interventi da parte delle autorità di regolazioni competenti, lasciando solo il riferimento al parere preventivo dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato; con la legge di conversione n. 166 del 2009 è stato inoltre rimesso ad un Regolamento, anziché alla stessa Autorità garante della concorrenza (come previsto inizialmente) il compito di individuare le soglie economiche di rilevanza oltre le quali il parere dell’Autorità fosse effettivamente richiesto.

²¹² In tal senso, cfr. GAROFOLI R. - FERRARI G., *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2010, 216. Nello stesso senso GILBERTI B., RAFFAELLO L., RIZZO I., *La disciplina dei servizi pubblici locali alla luce del D.L. 135/2009*, in *Urb. App.*, 2010, 3, 258.

gestorio andasse ricondotto tra le modalità di affidamento “ordinarie” o tra quelle c.d. “in deroga”.

Con riferimento all’*in house providing* la dottrina si divise tra coloro che ritennero non più ammissibile tale forma di affidamento e coloro che, al contrario, la ritenevano ancora praticabile.

A favore della prima soluzione sembravano deporre sia la *ratio* ispiratrice della riforma (volta al perseguimento dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi) sia la disposta necessità della gara quale regola ordinaria per l’affidamento del servizio²¹³.

La gran parte degli interpreti propendevano, tuttavia, per la seconda soluzione sulla scorta di diversi ordini di considerazione²¹⁴.

In primo luogo, la modalità di gestione *in house* non avrebbe necessitato di un espresso riconoscimento nella legislazione interna per trovare applicazione: tale modalità di gestione avrebbe rappresentato diretta espressione del principio di autorganizzazione degli enti locali, espressamente riconosciuto dalla Corte di Giustizia.

²¹³ Cfr., in tal senso, FANTINI S., *Commento all’art. 1 del Codice degli appalti*, in *Codice degli appalti pubblici e nuova direttiva ricorsi*, Roma, 2009. Nello stesso senso DE NICTOLIS, R., *La riforma dei servizi pubblici locali*, in *Urb. App.*, 2008, 10, 1113, secondo cui «se questa fosse la lettura dell’art. 23 bis, si dovrebbe allora affermare che la norma dà vita ad una finta liberalizzazione e non innova granchè; infatti, già dall’art. 113 T.U. enti locali e dall’art. 30, codice appalti, si desumeva la necessità del rispetto dei principi comunitari e nazionali in materia di contratti pubblici, per l’affidamento esterno dei servizi pubblici locali. Sicchè, se si vuole dare all’art. 23-bis effettiva portata liberalizzatrice, in coerenza con le finalità pro concorrenziali enunciate nella stessa disposizione, si deve ritenere che la norma abbia inteso incidere sui modelli gestionali dei servizi pubblici locali, affermando il principio che quando si tratta di servizi di rilevanza economica, essi vanno esternalizzati mediante gara, e non possono essere gestiti in house».

²¹⁴ In tal senso, ex multis, DELLO SBARBA F., *La compatibilità degli affidamenti in house con l’art. 23 bis D.L. 112/2008: il g.a. anticipa l’art. 15, D.L. 135/2009*, in *Urb. App.*, 2010, 2, 238. A suffragare tale interpretazione intervenne anche l’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato: cfr. la Segnalazione al Parlamento ed al Governo del 24 luglio 2008, n. AS457 e la delibera del 16 ottobre 2008. Cfr. anche la segnalazione dell’Autorità di vigilanza dei contratti pubblici del 26 novembre 2008, in cui essa ha affermato che l’art. 23 bis, laddove al comma 3 dispone che, in deroga alle procedure competitive, l’ente locale possa fare ricorso a modalità di affidamento comunque previste dalla disciplina comunitaria, sembra permettere l’utilizzo dell’*in house providing*, sebbene i casi specifici ed eccezionali. Tale soluzione è stata avallata, seppur implicitamente, prima che intervenisse il decreto legge 135 del 2009 ha chiarire i dubbi interpretativi, anche dal TAR Toscana, sez. I, 8 settembre 2009, n. 1430. Per un commento alla sentenza, cfr. Dello Sbarba F., *La compatibilità degli affidamenti in house con l’art. 23 bis D.L. 112/2008: il g.a. anticipa l’art. 15, D.L. 135/2009*, in *Urb. App.*, 2010, 2, 227 ss.

In secondo luogo, l'art. 23 *bis*, con il riferimento alla disciplina comunitaria in materia di affidamenti “in deroga”, avrebbe espressamente fatto propri, con un rinvio flessibile ed aperto, i principi in materia di affidamento *in house* introdotti dalla Corte di Giustizia a partire dalla sentenza *Teckal*.

In tale prospettiva, l'art. 113 del d.lgs. n. 267 del 2000 (abrogato dall'art. 23 *bis* nella parte con esso incompatibile) e l'art. 23 *bis* non si sarebbero posti in un rapporto di alternatività bensì di complementarità: l'art. 113 avrebbe continuato a prevedere l'elencazione (contenente il riferimento anche alle società *in house* e a quelle miste pubblico-privato) delle possibili soluzioni con cui gli enti locali potevano scegliere di gestire i servizi pubblici locali mentre l'art. 23 *bis* avrebbe offerto i criteri cui attenersi per la scelta tra le diverse modalità di gestione²¹⁵.

Quanto invece alle società a capitale misto pubblico-privato, il cui inquadramento a livello comunitario non aveva ancora trovato un assetto ben definito, l'art. 23 *bis* nella sua prima formulazione non contemplava tale modulo organizzativo e non chiariva se lo stesso fosse da ricondurre tra le modalità di conferimento della gestione “in deroga” o tra quelle “ordinarie”.

A chiarire i dubbi interpretativi posti dall'art. 23 *bis* è intervenuto in breve tempo l'art. 15 del decreto-legge n. 135 del 2009, convertito con legge 20 novembre 2009, n. 166.

Con tale intervento legislativo sono stati, tra le altre modifiche²¹⁶, inquadrati e definiti più chiaramente sia lo schema organizzativo dell'*in house providign* sia quello delle società miste.

²¹⁵ L'art. 23 *bis*, come visto, non ha disposto, infatti, l'abrogazione dell'intero art. 113, ma si è limitato a prevedere che dovessero intendersi abrogate tutte le disposizioni dell'art. 113 incompatibili con la nuova normativa.

²¹⁶ Tale intervento, per la quantità di modifiche introdotte all'art. 23 *bis*, è stato definito una “riforma nella riforma”. In tal senso, CINTIOLI F., *I servizi pubblici locali tra perentoria privatizzazione e incerta liberalizzazione, Note sull'art. 23 bis*, cit., 21. L'art. 15, oltre ai chiarimenti direttamente riguardanti l'inquadramento e la definizione degli affidamenti *in house* e delle società miste, ha: ampliato il novero dei soggetti cui l'art. 23 *bis* non si applicava; mutato il regime transitorio originariamente previsto; modificato in parte il regime del divieto di partecipazione alle gare. Con riferimento all'ambito di applicazione dell'art. 23 *bis*, ne era inizialmente escluso, come visto, il servizio di distribuzione del gas mentre l'art. 15 ha esteso l'esclusione al servizio di trasporto ferroviario regionale, a quello di distribuzione di energia elettrica e a quello delle farmacie comunali.

Con riferimento all'affidamento *in house*, esso è stato espressamente previsto (per la prima volta con un richiamo testuale al termine anglosassone “*in house*”) quale modalità di affidamento dei servizi pubblici locali ed è stato inquadrato tra le modalità di affidamento “in deroga”.

La possibilità di ricorso a tale modalità di gestione del servizio è stata, inoltre, ulteriormente limitata con l'introduzione della precisazione che vi si potesse fare ricorso non solo (come già previsto) esclusivamente in presenza di situazioni che non consentisse di far utilmente ricorso al mercato ma che si presentassero, inoltre, del tutto «*eccezionali*», con ciò accentuando il carattere derogatorio dell'istituto.

Sempre con riferimento allo schema dell'*in house providing*, il generico riferimento ai «*principi della disciplina comunitaria*» contenuto nella versione originaria dell'art. 23 *bis*, è stato sostituito con un richiamo puntuale alle due note condizioni legittimanti l'*in house providing* elaborate dalla Corte di Giustizia (cfr. il nuovo comma 3, secondo cui «*l'affidamento può avvenire a favore di società a capitale interamente pubblico, partecipata dall'ente locale, che abbia i requisiti richiesti dall'ordinamento comunitario per la gestione cosiddetta in house e, comunque, nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria in materia di controllo analogo sulla società e di prevalenza dell'attività svolta dalla stessa con l'ente o gli enti pubblici che la controllano*»).

Coerentemente con l'intento di accentuarne il carattere eccezionale, inoltre, il legislatore ha ribadito che l'ente affidante dovesse dare adeguata pubblicità alla scelta di ricorrere all'*in house providing*²¹⁷, motivandola in base ad un'analisi di mercato, con la specificazione che la trasmissione degli esiti della predetta verifica all'Autorità garante della concorrenza e del mercato fosse finalizzata all'espressione di un parere «*preventivo*» della stessa, così chiarendo i dubbi che aveva sollevato la precedente formulazione dell'art. 23 *bis*, la quale non specificava se si trattasse di un parere preventivo o

²¹⁷ Pubblicità ed obbligo motivazione già richiesti, come si illustrerà nel prosieguo, a livello giurisprudenziale.

successivo. Veniva introdotta, inoltre, una previsione di chiusura, secondo la quale il parere dell'Autorità, se non reso, doveva intendersi favorevole²¹⁸.

In merito agli adempimenti procedurali posti a carico dell'ente locale per poter optare in favore dell'*in house providing*, la riforma del 2009 presenta alcune lacune.

La nuova disciplina, innanzitutto, non ha chiarito quali forme di pubblicità sia in concreto necessario che l'ente locale ponga in essere²¹⁹.

In secondo luogo, ha offerto scarse indicazioni circa le modalità secondo le quali l'ente locale debba condurre l'analisi di mercato. Dal dettato normativo, infatti, si evince solamente che l'analisi dovrà passare per due momenti distinti: l'uno volto ad esaminare la situazione del mercato di riferimento; l'altro, volto a valutare comparativamente l'affidamento *in house* rispetto a quello a soggetti terzi²²⁰.

Infine, ed è questo il punto più critico, l'art. 15 del decreto-legge n. 135 del 2009 non ha chiarito quale sia la qualificazione giuridica del parere dell'Autorità, lasciando dunque il dubbio se si tratti di un parere vincolante o meno. A tal riguardo, tuttavia, si sottolinea che la dottrina maggioritaria ha indicato tale parere come un parere certamente obbligatorio, ma non vincolante²²¹.

Sempre con riferimento alle società *in house* e, più in generale, a tutte le società affidatarie dirette di un servizio (o società da esse controllate, con

²¹⁸ La precedente formulazione dell'art. 23 *bis* non specificava che il parere dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato dovesse essere preventivo e, pertanto, era sorto il dubbio se gli enti locali dovessero ottenere il parere dell'autorità prima di procedere all'adozione della delibera di assegnazione del servizio alla società *in house*. Sul ruolo dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato in tale procedimento e sulla portata del parere preventivo, cfr. TROISE MANGONI W., *Affidamento in house e parere dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, in VILLATA R. (a cura di), *La riforma dei servizi pubblici locali*, Torino, 2011.

²¹⁹ Il rilievo era già stato mosso dall'Autorità dei contratti pubblici alla versione originaria dell'art. 23 *bis*: cfr. la segnalazione al Parlamento del 26 novembre 2008.

²²⁰ In merito all'analisi di mercato che deve essere elaborata dall'ente locale si veda TROISE MANGONI W., *Affidamento in house e parere dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, in VILLATA R. (a cura di), *La riforma dei servizi pubblici locali*, Torino, 2011, p. 294

²²¹ In tal senso, *ex plurimis*, TROISE MANGONI W., *Affidamento in house e parere dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, cit., 308. L'A. offre anche un'interessante comparazione tra il modello di parere contemplato dall'art. 23 e le più generali previsioni offerte dall'art. 16 della legge 241 del 1990. L'A. inoltre illustra quali sia l'ambito dei poteri di indagine e di valutazione attribuiti all'Autorità.

esclusione di quelle quotate in mercati azionari²²²), la versione originaria dell'art. 23 *bis* aveva espressamente vietato che esse potessero gestire servizi ulteriori ovvero in ambiti territoriali diversi o a favore di enti locali distinti dall'ente affidatario (e, dunque, partecipare alle relative gare) e, conseguentemente, previsto una c.d. esenzione prime gare. Veniva espressamente previsto, infatti, che i soggetti affidatari diretti di servizi pubblici locali potessero concorrere solamente alla prima gara successiva alla cessazione del servizio²²³. L'art. 15 in commento aggiunge a tale ultima previsione la puntualizzazione che la società possa concorrere «*su tutto il territorio nazionale*». Tale precisazione ha dato modo agli interpreti di concludere che gli affidatari diretti abbiano la facoltà di partecipare non già solo alle gare rispetto alle quali rivestano la qualifica di gestori uscenti, bensì a tutte le prime gare relative ai servizi dai medesimi espletati²²⁴.

Con riferimento alle società a capitale misto pubblico-privato, con la riforma del 2009, il legislatore ha ricondotto espressamente il modello del partenariato pubblico-privato tra i modelli di gestione ordinaria dei servizi pubblici locali (con pari dignità rispetto al modello dell'affidamento a società a capitale completamente privato), per avvalersi del quale, dunque, l'ente locale non era obbligato a particolari obblighi motivazionali.

La formulazione dell'art. 23 *bis* introdotta ad opera dall'art. 15 del decreto-legge n. 135 del 2009, ha fornito, inoltre, un importante chiarimento, precisando che la gara per la selezione del socio privato dovesse aver ad oggetto non solo la qualità di socio ma anche l'affidamento allo stesso di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio, superando così i dubbi di quanti, come già illustrato al precedente capitolo 2, ritenevano

²²² In merito all'esenzione che tocca le società quotate, parte della dottrina ha evidenziato come l'art. 15 del decreto-legge n. 135/2009 non abbia offerto gli auspicati chiarimenti in ordine alla possibilità che dell'esenzione beneficino anche le società del gruppo. In tal senso, cfr. GILIBERTI B., PERFETTI R.L., RIZZO I., *La disciplina dei servizi pubblici locali alla luce del D.L. 135/2009*, in *Urb. App.*, 2010, 3, 266.

²²³ In merito ai dubbi di compatibilità comunitaria della presente previsione, cfr. PERFETTI L.R., *Società affidatarie di servizi pubblici locali, partecipazione a gare e tutela della concorrenza*, in *Foro mm. CdS*, 2005, 11, 3343.

²²⁴ In tal senso, GILIBERTI B., PERFETTI R.L., RIZZO I., *La disciplina dei servizi pubblici locali alla luce del D.L. 135/2009*, in *Urb. App.*, 2010, 3, 266.

necessario l'espletamento di un'ulteriore gara per l'affidamento di quest'ultimo. È stata dunque ufficialmente avallata anche dal legislatore la tesi giurisprudenziale che legittimava, come visto, l'affidamento diretto del servizio alla società mista, senza necessità della doppia gara.

Se da un lato viene incentivata la partecipazione dell'ente pubblico nella gestione del servizio (prevedendo lo schema del partenariato pubblico-privato tra le modalità ordinarie di gestione del servizio), dall'altro, l'art. 23 *bis*, così come modificato con la riforma del 2009, introduceva anche l'obbligo (completamente estraneo alla disciplina comunitaria) che il socio privato fosse titolare di una partecipazione minima del 40 % all'interno della società mista.

Tale percentuale minima si spiega con l'intento di rafforzare il ruolo del socio privato delle società miste, al fine di assicurare che abbiano un ruolo effettivamente operativo e significativo.

In merito alla percentuale di partecipazione del socio privato alla società mista, l'art. 15 del decreto-legge n. 135 del 2009 si è limitato ad introdurre una percentuale minima mentre nulla ha specificato in merito all'esistenza di un limite massimo di partecipazione del socio privato²²⁵.

La disciplina dei servizi pubblici locali introdotta con l'art. 23 *bis* e riformata dapprima ad opera dell'art. 30 della legge 99 del 1990 e, successivamente, ad opera del decreto-legge n. 135 del 2009, è stata portata a conclusione solamente con l'approvazione del d.P.R. 7 settembre 2010, n. 168, recante il Regolamento di attuazione della materia²²⁶.

²²⁵ In dottrina c'è chi ha sostenuto che, alla luce della disciplina delle società miste prevista a livello comunitario, dovrebbe escludersi che il socio privato acquisti, oltre ad un ruolo operativo, anche un ruolo di controllo. Ciò in quanto, nell'ottica comunitaria l'istituto della società mista sarebbe concepito in termini di strumento di controllo interno alla società mista da parte del socio pubblico: l'apporto del privato dovrebbe consistere in un apporto operativo di organizzazione tecnologica e *know how*, mentre il controllo dovrebbe essere esercitato dal soggetto pubblico. In tal senso, GILIBERTI B., PERFETTI R.L., RIZZO I., *La disciplina dei servizi pubblici locali alla luce del D.L. 135/2009*, in *Urb. App.*, 2010, 3, 261. Gli autori chiariscono, inoltre, che non ci sono disposizioni particolari che escludano che al socio privato siano attribuiti più compiti operativi. Ciò sarebbe confermato dalla previsione contenuta nell'art. 23 *bis*, comma 6, che ammette che più servizi vengano affidati contemporaneamente, a patto che ciò risulti economicamente vantaggioso.

²²⁶ Il d.P.R. n. 168 del 2010 ha, con una tecnica legislativa non esente da qualche critica, espressamente elencato le disposizioni abrogate perché incompatibili con l'art. 23 *bis* e con le disposizioni del Regolamento stesso, prevedendo che «*a decorrere dall'entrata in vigore del presente regolamento sono o restano abrogate le seguenti disposizioni:*

Il regolamento è stato introdotto con l'intento di implementare i principi comunitari in materia di attività economiche attinenti alla tutela della concorrenza e delle libertà fondamentali delle imprese, e di favorire in prima istanza l'iniziativa privata nell'erogazione dei servizi pubblici e, solo in caso di inefficacia di questa, di disciplinare il ruolo degli enti locali che già procedono ordinariamente allo svolgimento dei servizi loro spettanti tramite affidamento a terzi.

L'ambito di applicazione del regolamento tiene conto delle esclusioni (gas naturale, energia elettrica, trasporto ferroviario regionale, farmacie comunali) disposte dall'art. 23 *bis*, così come modificato dall'art. 15 del decreto-legge 135 del 2009, cui vengono espressamente aggiunti i servizi strumentali all'attività o al funzionamento degli enti affidanti di cui all'art. 13, comma 1, del D.L. n. 223/2006²²⁷.

Di particolare rilievo è la formulazione dell'articolo 2 del Regolamento, che ha attribuito agli enti locali il compito di verificare, periodicamente e comunque prima di procedere al conferimento della gestione dei servizi pubblici locali, la fattibilità di una gestione concorrenziale dei servizi stessi, limitando l'attribuzione di diritti di esclusiva ai soli casi in cui la libera iniziativa economica privata non risulti idonea a garantire un servizio rispondente ai bisogni della comunità.

All'esito della verifica, l'ente deve adottare una delibera quadro che illustri l'istruttoria compiuta ed evidenzi, per i settori sottratti alla liberalizzazione, i fallimenti del sistema concorrenziale e, viceversa, i benefici

a) articolo 113, commi 5, 5-bis, 6, 7, 8, 9, escluso il primo periodo, 14, 15-bis, 15-ter e 15-quater, del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, e successive modificazioni;

b) articolo 150, comma 1, del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, e successive modificazioni, ad eccezione della parte in cui individua la competenza dell'Autorità' d'ambito per l'affidamento e l'aggiudicazione;

c) articolo 202, comma 1, del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, e successive modificazioni, ad eccezione della parte in cui individua la competenza dell'Autorità' d'ambito per l'affidamento e l'aggiudicazione».

²²⁷ Con specifico riferimento alle società strumentali cfr. gli interessanti spunti offerti da TAR Lazio, sez. II *quater*, 27 ottobre 2010, n. 33046. La circostanza che l'art. 23 bis trovasse applicazione solo con riferimento ai servizi pubblici di rilevanza economica aveva comunque già escluso che potesse trovare applicazione per i servizi strumentali: in tal senso cfr. anche PANI M. E BALLERO S., *Il nuovo regime degli affidamenti in house e la gara a doppio oggetto*, in *www.lexitalia.it*, 2011, 6.

per la stabilizzazione, lo sviluppo e l'equità' all'interno della comunità locale derivanti dal mantenimento di un regime di esclusiva del servizio.

Il Regolamento ha introdotto, inoltre, una dettagliata disciplina in merito ai contenuti dei bandi di gara e delle lettere di invito con cui vengono esperite le procedure competitive per la selezione dei gestori dei servizi pubblici, specificando, tra questi, quelli di cui deve darsi conto nelle gare indette per la selezione del socio privato delle società miste. Con particolare riferimento a questi ultimi, il Regolamento prevede venga assicurato che il socio privato svolga gli specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio per l'intera durata del servizio stesso e che, ove ciò non si verifichi, si proceda a un nuovo affidamento nel rispetto delle procedure ad evidenza pubblica.

Con particolare riferimento alla disciplina di dettaglio in materia di *in house providing*, il Regolamento ha introdotto una soglia di 200.000 Euro al di sotto della quale l'ente locale che intenda procedere ad una gestione *in house* non è tenuto alla richiesta del parere preventivo all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. Sempre con riferimento alla richiesta di parere alla suddetta Autorità, l'art. 4 del Regolamento ha previsto un regime speciale per il settore idrico, consentendo in tale ambito che l'ente affidante rappresenti specifiche condizioni di efficienza che rendano la gestione *in house* non distorsiva della concorrenza, ossia comparativamente non svantaggiosa per i cittadini rispetto a una modalità alternativa di gestione.

Il Regolamento ha assoggettato, inoltre, come demandatogli dall'art. 23 *bis*, le società *in house* al patto di stabilità interno e al rispetto di procedura ad evidenza pubblica per l'acquisto di beni e servizi e per l'assunzione di personale²²⁸.

Dall'illustrazione della riforma in materia di servizi pubblici locali introdotta dall'art. 23 *bis* e ss. mm. ii., emerge la volontà del legislatore italiano

²²⁸ Il Regolamento, nella parte in cui assoggettava le società *in house* al patto di stabilità interno è stato dichiarato incostituzionale dalla Consulta con la sentenza n. 325 del 2010, punto 12.6; cfr. *infra* cap. IV.

di relegare il ricorso al modulo dell'*in house providing* a soluzione del tutto eccezionale²²⁹.

Vengono, innanzitutto, introdotti significativi limiti di natura sostanziale per ricorrere alla gestione in *in house*. L'ente locale dovrà giustificare la scelta di gestire *in house* il servizio, infatti, dimostrando che lo stesso non è appetibile per il mercato o, comunque, è in situazione di possibile fallimento per il mercato: il servizio, cioè, pur in astratto inquadrabile tra quelli di rilevanza economica, non lo è nel caso specifico poiché non esiste un sufficiente numero di soggetti verosimilmente in competizione per quel servizio²³⁰.

Si tratta di quella che è stata definita una vera e propria *probatio diabolica*²³¹, considerando che l'atto deliberativo dell'ente locale dovrà fondarsi sulla comprovata sussistenza di circostanze eccezionali che non rendono possibile il ricorso al mercato.

A tali limiti di natura sostanziale si affiancano ulteriori limiti che potremmo definire di natura procedimentale, anche essi del tutto estranei alla disciplina comunitaria dell'*in house providing*. L'ente locale, infatti, deve procedere ad avviare un articolato procedimento prima di affidare il servizio alla società *in house*: da un lato deve elaborare una vera e propria analisi del mercato di riferimento; dall'altro, deve acquisire obbligatoriamente il parere preventivo dell'Autorità Garante della Concorrenza e del mercato.

Risulta evidente, dunque, il processo di marginalizzazione dell'istituto dell'*in house providing* intrapreso dal legislatore italiano²³², il quale ha evidentemente cercato di porre un freno all'abuso che di tale istituto si è fatto

²²⁹ *n tal senso*, GILIBERTI B., PERFETTI R.L., RIZZO I., *La disciplina dei servizi pubblici locali alla luce del D.L. 135/2009*, in *Urb. App.*, 2010, 3, 262.

²³⁰ In tal senso, DELSIGNORE M., *L'ambito di applicazione: la nozione di servizio pubblico locale a rilevanza economica*, in *La riforma dei servizi pubblici locali*, VILLATA R. (a cura di), Torino, 2011, 76.

²³¹ GILIBERTI B., PERFETTI R.L., RIZZO I., *La disciplina dei servizi pubblici locali*, cit., 262.

²³² L'espressione è di GILIBERTI B., PERFETTI R.L., RIZZO I., *La disciplina dei servizi pubblici locali cit.*, 262. Gli AA. mettono in evidenza, inoltre, come la posizione assunta dal legislatore statale sia stata vissuta dagli enti locali come «un'indebita invasione» nell'esercizio delle proprie competenze. Il legislatore statale, infatti, ha fortemente limitato l'autonomia gestionale degli enti locali, comprimendo la loro potestà di organizzarsi autonomamente al fine di organizzare i propri compiti e le proprie funzioni istituzionali. Alcune Regioni, infatti, hanno proposto ricorso alla Corte costituzionale ai sensi dell'art. 127 Cost. La Corte tuttavia, come verrà illustrato nel successivo capitolo IV, ha salvato quasi integralmente la disciplina di cui all'art. 23 *bis*, con la sentenza n. 325 del 2010.

in Italia, dove è stato spesso causa di ingenti spese per gli enti locali, con ripercussioni anche sui livelli di efficienza ed efficacia dei servizi svolti.

Capitolo IV

***L'in house providing* tra diritto dell'Unione europea e diritto italiano: la recente introduzione dell'art. 4 del decreto-legge n. 138 del 2011**

SOMMARIO: **1.** La prospettiva comunitaria: il principio di autorganizzazione delle autorità pubbliche; **2.** La prospettiva nazionale: l'eccezionalità degli affidamenti *in house*; **3.** La posizione della Corte costituzionale in materia di *in house providing*; **4.** *L'in house providing*: la situazione immediatamente successiva al referendum abrogativo del 12 e 13 giugno 2011; **4.1 (segue)** La normativa di risulta: l'applicabilità della disciplina comunitaria; **5.** La nuova disciplina introdotta dall'art. 4 del decreto-legge n. 138 del 2011; **6.** *L'in house providing* nell'art. 4 del decreto-legge n. 138 del 2011: l'esito referendario tra ordinamento europeo e ordinamento interno. Profili di illegittimità costituzionale.

1. *La prospettiva comunitaria: il principio di autorganizzazione delle autorità pubbliche.*

Nel quadro europeo, come desumibile già dalle prime pronunce della Corte di Giustizia, a partire dalla sentenza *Teckal*, la contemporanea sussistenza delle condizioni integranti la gestione *in house* esclude di per sé che si possa configurare un rapporto di terzietà tra ente pubblico e società *in house* e, dunque, che sia necessario introdurre limitazioni a tale tipo di gestione a tutela della concorrenza.

Le direttive in materia di appalti così come le previsioni dei Trattati europei richiamate dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di concessioni²³³ tutelano, infatti, la concorrenza ed il confronto competitivo tra

²³³ Si fa in particolare riferimento alle disposizioni del TCE richiamate sin dalle prime pronunce della Corte di Giustizia in materia di concessioni di servizi pubblici. Come visto, infatti, la Corte di Giustizia ha da subito escluso l'applicabilità delle direttive comunitarie in materia di appalti ai contratti di concessione, salvo tuttavia ritenere applicabili anche in tale ambito le norme fondamentali del Trattato CE, quali l'art. 43 CE, l'art. 49 CE e l'art. 12 CE (oggi trasfuse negli artt. 49, 56 e 18 del TFUE). Nella sentenza *Parking Brixen*, la Corte ha statuito infatti, come già ricordato nel precedente Capitolo I, che «Nonostante che i contratti di

gli operatori del mercato, ma presuppongono che venga in rilievo l'affidamento di un contratto a titolo oneroso e, dunque, «un incontro di volontà tra due persone distinte»²³⁴.

Solo in presenza di un contratto tra un ente pubblico e una persona giuridicamente distinta da quest'ultimo, infatti, trovano applicazione le direttive comunitarie in materia di contratti di appalto e le disposizioni del Trattato a tutela della concorrenza, poiché esse prescrivono l'obbligo di un trattamento paritario fra tutti gli operatori, attualmente e potenzialmente interessati alla prestazione di una determinata attività economica, solamente qualora l'ente pubblico decida di esternalizzare tale attività e di rivolgersi, dunque, a soggetti "terzi"²³⁵.

Nessuna esternalizzazione può ritenersi sussistere nel caso in cui l'ente pubblico decida, viceversa, di gestire in proprio un'attività economica.

concessione di pubblici servizi allo stadio attuale del diritto comunitario siano esclusi dalla sfera di applicazione della direttiva 92/50, gli enti aggiudicatori che li stipulano sono comunque tenuti a rispettare le norme fondamentali del Trattato, in generale, e il principio di non discriminazione in base alla nazionalità, in particolare (v., in questo senso, sentenze 7 dicembre 2000, causa C-324/98, Telaustria e Telefonadress, Racc. pag. I-10745, punto 60, e 21 luglio 2005, causa C-231/03, Coname, Racc. pag. I-7287, punto 16).

47 Il divieto di discriminazione in base alla nazionalità è sancito dall'art. 12 CE. Le norme del Trattato più specificamente applicabili alle concessioni di pubblici servizi comprendono in particolare l'art. 43 CE, il cui primo comma dispone che le restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro sono vietate, e l'art. 49 CE, che dispone, al primo comma, che le restrizioni alla libera prestazione dei servizi all'interno della Comunità sono vietate nei confronti dei cittadini degli Stati membri stabiliti in un paese della Comunità che non sia quello del destinatario della prestazione» (punti 46-47).

²³⁴ Cfr. punto 49 della sentenza *Teckal*.

²³⁵ In tal senso, cfr., da ultimo, GOISIS F., *L'in house nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali*, in VILLATA R. (a cura di), *La riforma dei servizi pubblici locali*, Torino, 2011; Nello stesso senso, GIORELLO M., *L'affidamento dei servizi pubblici locali tra diritto comunitario e diritto interno*, in *Riv. It. Pubbl. comunit.*, 2004, 3-4, 929 ss.

Tale concetto è chiaramente esplicitato nel Regolamento n. 1370/2007, in materia di trasporto pubblico locale, dove, al considerato n. 20, viene espressamente previsto che è solo «quando l'autorità pubblica decide di affidare a un terzo un servizio d'interesse generale» che «la scelta dell'operatore di servizio pubblico deve avvenire nell'osservanza della normativa comunitaria in tema di appalti pubblici e di concessioni». Nel considerato n. 18 si legge, inoltre, che «Fatte salve le pertinenti disposizioni della legislazione nazionale, ogni autorità locale o, in assenza di questa, ogni autorità nazionale può decidere se fornire essa stessa i servizi pubblici di trasporto di passeggeri nel suo territorio o se affidarli a un operatore interno senza ricorrere a procedure di gara». Per un'analisi di tale regolamento cfr. BERTONAZZI L., *La disciplina dei trasporti locali nel regolamento comunitario n. 1370/2007*, in VILLATA R. (a cura di), *La riforma dei servizi pubblici locali*, Torino, 2011.

In tale caso, infatti, l'amministrazione sceglie di non rivolgersi al mercato e, dunque, non vengono in rilievo le disposizioni poste dal diritto comunitario a sua tutela.

Nel tentativo di definire l'ambito di applicazione delle disposizioni in materia di concorrenza, il giudice comunitario, tradizionalmente più attento agli effetti utili e sostanziali piuttosto che alle qualifiche formali dei fenomeni giuridici²³⁶, ha elaborato l'istituto dell'*in house providing* ed ha escluso la terzietà, come visto, tra due persone giuridiche - distinte dal punto di vista giuridico-formale - nel caso in cui l'una (l'ente pubblico) «*eserciti sulla persona di cui trattasi un controllo analogo a quello da esso esercitato sui propri servizi e questa persona realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti locali che la controllano*»²³⁷.

L'elaborazione comunitaria dell'*in house providing* non mira, dunque, ad introdurre un limite o un'eccezione alle regole della concorrenza imposte dal diritto comunitario, quanto piuttosto ad escludere a monte l'applicabilità delle direttive comunitarie in materia di appalti ad ipotesi nelle quali non viene in rilievo alcun contratto a titolo oneroso stipulato con soggetti terzi, il cui affidamento debba avvenire nel rispetto delle regole dell'evidenza pubblica, poste esclusivamente a tutela della concorrenza e del mercato²³⁸.

Escluso il rapporto di terzietà tra l'ente pubblico e la società *in house*, la loro relazione è invece riconducibile, secondo la prospettazione del giudice comunitario, a quella sussistente tra un ente pubblico ed i «*propri servizi*», ovvero a quella sussistente tra l'ente pubblico ed i propri «*organi*»²³⁹.

²³⁶ In tal senso, cfr. FERRARO V., *Partenariati pubblico-privati ed in house providing*, cit., 1523.

²³⁷ Cfr., *ex plurimis*, punto 50 della sentenza *Teckal*.

²³⁸ Cfr., in tal senso, CASALINI D., *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house*, Napoli, 2003, 286, il quale evidenzia come l'*in house providing* rappresenti «*un tentativo di armonizzare i principi a tutela della concorrenza (...) con il potere di autorganizzazione riconosciuto alle amministrazioni pubbliche*».

²³⁹ Il rapporto che, nello specifico, sussisterebbe tra ente pubblico e società *in house* sarebbe configurabile quale rapporto di tipo «*gerarchico*», come evidenziato dall'Avvocato generale *Cosmas* nella causa C 107/98, *Teckal*.

Di relazione di tipo gerarchico parla anche Cons. St., V, 26 agosto 2009, n. 5082 affermando che «*il requisito del "controllo analogo" postula un rapporto che lega gli organi societari della società affidataria con l'ente pubblico affidante, in modo che quest'ultimo sia in grado, con strumenti pubblicistici o con mezzi societari di derivazione privatistica, di indirizzare*

L'affidamento disposto dall'ente pubblico in favore di un soggetto da esso controllato e che svolge la propria attività prevalentemente in suo favore sarebbe configurabile, dunque, quale delega di funzioni di tipo interorganico e non quale contratto di appalto o di concessione²⁴⁰.

Nella configurazione offerta dalla Corte di Giustizia, l'*in house providing* rappresenta, quindi, una forma di "autoproduzione" del bene o del servizio da parte della pubblica amministrazione, la quale sceglie di procedere *in house* allo svolgimento di una determinata attività economica anziché procedere *in outsourcing*, mediante una procedura ad evidenza pubblica di esternalizzazione della stessa.

A tal riguardo, autorevole dottrina ha evidenziato come a livello comunitario non emerga un obbligo di *outsourcing* a carico della pubblica amministrazione e come i principi a tutela della concorrenza intorno ai quali sono imperniate le politiche dell'Unione europea non impongano alle amministrazioni aggiudicatrici di esternalizzare sempre e comunque l'approvvigionamento di beni, servizi e forniture²⁴¹.

"tutta" l'attività sociale attraverso gli strumenti previsti dall'ordinamento. Deve quindi trattarsi di una relazione equivalente, ai fini degli effetti pratici -pur se non identica in ragione della diversità del modulo organizzatorio- ad una relazione di subordinazione gerarchica, che si verifica quando sussiste un controllo gestionale e finanziario stringente dell'ente pubblico sul soggetto societario».

²⁴⁰ In tal senso FERRARO V., *Partenariati pubblico-privati ed in house providing*, cit., 1523; GIOVAGNOLI R., *Gli affidamenti in house tra lacune del codice e recenti interventi legislativi*, in www.giustamm.it, 21.11.2007; Di «forma di delegazione interorganica» parla anche l'Avvocato generale La Pergola nelle conclusioni depositate nella causa C-360/96, *Gemeente Arnhem e Gemeente Rheden contro BFI Holding BV*. La Pergola rassegnava in tale causa le seguenti conclusioni «In conclusione, nella specie non sussiste, a mio avviso, la «terzietà» e cioè la sostanziale distinzione dell'organismo ARA rispetto ai due comuni. Siamo di fronte ad una forma di delegazione interorganica che non fuoriesce dalla sfera amministrativa dei comuni, i quali nel conferire ad ARA le attività in questione non hanno inteso in alcun modo privatizzare le funzioni precedentemente da essi svolte in quel settore. In definitiva, a mio parere, il rapporto che intercorre tra i comuni ed ARA non può essere considerato un appalto ai sensi della direttiva» (cfr. punto 38).

Di "delegazione" di funzioni parla anche l'Avvocato generale Lèger nella causa C 94/99, ARGE.

²⁴¹ In tal senso, tra i molti, CAIA G., *Autonomia territoriale e concorrenza nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2003-2004. Secondo l'A. il modello di *in house providing* delineato a livello comunitario implica «che la società di gestione sia – in sostanza – niente altro che un plesso organizzativo dell'ente locale, privo di una sua autonomia imprenditoriale e di capacità decisionali distinte da quelle dell'ente locale. In sostanza, si assiste alla riproduzione del vecchio modello dell'azienda speciale municipalizzata di cui al r.d. 15 ottobre 1925, n. 2578. (...) Questo modello può essere

La possibilità di autoproduzione del servizio da parte dell'ente pubblico discenderebbe direttamente dal generale principio di autorganizzazione delle autorità pubbliche, rappresentandone un necessario corollario²⁴².

Il diritto comunitario, infatti ha lasciato comunque impregiudicata l'autonomia degli Stati membri e, in particolare, delle autonomie locali di scegliere l'organizzazione più idonea con cui svolgere le proprie funzioni, ivi

qualificato come consistente nella "autoproduzione" del servizio pubblico attraverso una forma organizzativa che è propria dell'ente locale».

Nello stesso senso, cfr. CARINGELLA F., *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 2004, 738; STANCANELLI G., MOSCARDI I., DE NICTOLIS R., *Gli affidamenti in house*, cit., p. 346-347; SCOTTI E., *Le società miste tra in house providing e partenariato pubblico-privato: osservazioni a margine di una recente pronuncia della Corte di Giustizia*, in *Foro amm. CDS* 2005, 3, 666; CASALINI D., *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house*, Napoli, 2003, p. 103 ss.; GALLO C.E., *Disciplina e gestione dei servizi pubblici locali*, in *Dir. amm.*, 2005, p. 347; BERTONAZZI L. - VILLATA R., *Servizi di interesse economico generale*, cit., 1887; D'Atena A., *Sussidiarietà orizzontale e affidamento in house*, (Nota a Corte cost. n. 439/2008), in *Giur. Cost.*, 2008, fasc. 6, 4995-5012.

Qualche perplessità è espressa da FERLA S., *Diritto nazionale dei servizi pubblici e diritto comunitario della concorrenza. Argomenti di riflessione su un caso non ancora definito: il caso delle società a capitale misto pubblico/private*, in www.dirittodeiservizipubblici.it, secondo cui «le istituzioni comunitarie parrebbero accreditare l'esistenza di un generalizzato potere di auto-organizzazione delle pubbliche amministrazioni in ordine allo svolgimento dei compiti e dei servizi di propria competenza.

Senonchè, anche un sommario esame del diritto comunitario e della giurisprudenza della Corte di Giustizia, sembra sufficiente per ridimensionare considerevolmente una siffatta affermazione di principio». Sugli incerti limiti tra potestà organizzativa e pubblica e mercato cfr. anche SCOTTI E., *Organizzazione pubblica e mercato: società miste*, in *house providing e partenariato pubblico privato*, in *Dir. amm.*, 2005;

²⁴² In tal senso CLARICH M., IAIONE C., *Pubblico, privato e misto nella gestione dei servizi pubblici locali: la scelta fra autoproduzione ed esternalizzazione*, in *Terzo rapporto sullo stato delle autonomie locali*, Formez - Area editoriale e documentazione, 2005, 231 ss. Si veda anche il paragrafo 17 del "Libro verde relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni" del 30 aprile 2004, richiamato in tal senso anche da BERTONAZZI L. - VILLATA R., *Servizi di interesse economico generale*, cit., 1887, nota 206. In tale Libro Verde si sottolinea che il diritto comunitario, «non si esprime riguardo all'opzione degli Stati membri se garantire un servizio pubblico attraverso i propri stessi servizi o se affidarlo invece ad un terzo», trattandosi di una scelta «organizzativa» («esternalizzare o meno la gestione dei servizi pubblici») che «compete esclusivamente alle autorità pubbliche».

Il principio di autonomia istituzionale è stato espressamente sancito, con specifico riferimento alle autonomie locali, dalla Carta europea dell'autonomia locale del 15 ottobre 1985, ratificata dalla maggior parte degli Stati membri del Consiglio d'Europa (STCE, n. 122), che all'art. 6, n. 1, stabilisce che le collettività locali debbono «poter definire esse stesse le strutture amministrative interne di cui intendono dotarsi, per adeguarle alle loro esigenze specifiche in modo tale da consentire un'amministrazione efficace».

incluso attraverso la costituzione di persone giuridiche di diritto privato da essi controllate²⁴³.

A tal riguardo, anche il giudice amministrativo ha avuto modo di puntualizzare che «*le pubbliche amministrazioni nell'esercizio delle loro attività non possono incontrare limiti nella disciplina comunitaria*»²⁴⁴.

Tale posizione ha trovato da subito conferma nelle conclusioni rassegnate dagli Avvocati generali della Corte di Giustizia. Emblematiche, in tal senso, sono le conclusioni presentate dall'avvocato generale J. Kokott, presentate il primo marzo 2005 nella causa *Parking Brixen*, nelle quali si legge che «*la pubblica amministrazione rimane senz'altro libera di svolgere completamente i suoi compiti con mezzi propri, ossia di assolvervi direttamente, senza ricorrere affatto alle prestazioni di imprese - pubbliche o private - giuridicamente autonome. In tal caso essa non è soggetta neppure ai vincoli fissati dalla normativa sugli appalti e dall'art. 86 Ce*». Ciò in quanto «*lo scopo della normativa sugli appalti è di garantire una scelta trasparente ed imparziale dei contraenti ogniqualvolta la pubblica amministrazione decida di svolgere i propri compiti con la collaborazione di terzi. Non rientra invece nella ratio*

²⁴³ A tal riguardo, anche il giudice amministrativo italiano ha avuto modo di evidenziare che «*le pubbliche amministrazioni nell'esercizio delle loro attività non possono incontrare limiti nella disciplina comunitaria*».

Tale approccio del diritto comunitario avrebbe scongiurato, secondo parte della dottrina, la reintroduzione, de *jure condendo*, nella legislazione italiana sui servizi pubblici locali di forme di gestione che negli anni sono state superate, quali la gestione in economia o le aziende speciali. Cfr., in tale senso BERTONAZZI L. - VILLATA R., *Servizi di interesse economico generale*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, cit., 1887-1888. Tale ultime forme di gestione, secondo l'A., avrebbero rappresentato «*un risultato finale ancor meno desiderabile, in termini di apertura al mercato e di contendibilità (secondo il modello della concorrenza per il mercato) della gestione dei servizi pubblici locali*».

²⁴⁴ Cfr. Cons. St., V, 23 aprile 1998, n. 477, secondo il quale «*La tutela comunitaria del mercato non interferisce sino a disconoscere ai singoli apparati istituzionali ogni margine di autonomia organizzativa nell'approntare la produzione e l'offerta dei servizi e delle prestazioni di rispettiva competenza. Pertanto non si spinge sino a giustificare un sindacato sulle scelte legislative o amministrative che consentano ai pubblici poteri, nel produrre ed offrire servizi o beni, di optare per schemi di coordinamento e formule organizzatorie, teoricamente alternative rispetto all'acquisizione delle prestazioni destinate alla collettività per il tramite del mercato. La sentenza è richiamata da GIOVAGNOLI R., *Gli affidamenti in house tra lacune del codice e recenti interventi legislativi*, in www.giustamm.it, 21.11.2007.*

In sostanza si tratta dell'estensione alla pubblica amministrazione della libertà di autoproduzione. (...) Il ricorso alla produzione privata, disciplinato da regole di salvaguardia della concorrenza, e l'esercizio del potere di organizzazione, sottratto ai vincoli concorsuali o concorrenziali validi per il ricorso al mercato, costituiscono due schemi distinti che vanno preservati da ogni equivoca commistione».

della disciplina sugli appalti la realizzazione di una privatizzazione «di straforo» anche di quei servizi pubblici che la pubblica amministrazione voglia continuare a fornire con mezzi propri»²⁴⁵.

La Corte di Giustizia ha, sin dalle prime pronunce in materia di *in house providing*, avallato le conclusioni degli avvocati generali e statuito che *«un'autorità pubblica, che sia un'amministrazione aggiudicatrice, ha la possibilità di adempiere ai compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti, amministrativi, tecnici e di altro tipo, senza essere obbligata a far ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi. In tal caso, non si può parlare di contratto a titolo oneroso concluso con un'entità giuridicamente distinta dall'amministrazione aggiudicatrice. Non sussistono dunque i presupposti per applicare le norme comunitarie in materia di appalti pubblici»²⁴⁶.*

Con la recente sentenza 9 giugno 2009, C-480/06, la Corte ha da ultimo ribadito la centralità del principio di autorganizzazione nell'organizzazione dei servizi pubblici locali e confermato che *«un'autorità pubblica può adempiere ai compiti di interesse*

²⁴⁵ Cfr., da ultimo, anche le conclusioni dell'Avvocato Generale Trstenjakk (nella causa C 324/07), che ha puntualizzato come *«Il diritto all'autonomia amministrativa dei comuni, oltre a trovare espressione nella legislazione in vigore negli Stati membri, è sancito, come fa giustamente osservare il governo tedesco, anche nella Carta europea delle autonomie locali, siglata da tutti gli Stati membri dell'Unione europea nel quadro del Consiglio d'Europa e ratificata dai più. L'art. 263 CE sancisce l'istituzione del Comitato delle regioni, composto da rappresentanti delle collettività regionali e locali. Si tratta di una disposizione che, prevedendo la possibilità di tenere conto istituzionalmente degli orientamenti regionali e comunali, implica altresì un certo riconoscimento dell'autodeterminazione. Infine, il Trattato di Lisbona sottolinea il ruolo dell'autonomia amministrativa regionale e locale nella formazione della relativa identità nazionale, la quale deve essere tutelata»* (cfr. punto 85).

In senso parzialmente difforme, cfr. le conclusioni dell'Avvocato generale Geelhoed nelle conclusioni presentate in C. giust. Ce 19 aprile 2007 in causa C-295/05, che prospetta il pericolo che l'affidamento diretto di lavori, servizi e forniture *in house* comporti una distorsione della concorrenza e del mercato comune, rilevando come *«l'affidamento di lavori o la fornitura di beni, anche esulanti dalle loro competenze o dal loro settore come definiti nel loro regime legislativo, regolamentare o statutario, per il semplice fatto che sono a disposizione di queste amministrazioni, può privare di sostanza l'efficacia delle direttive sugli appalti pubblici o, laddove queste non sono applicabili, possono insorgere seri ostacoli per la circolazione intracomunitaria dei beni, dello stabilimento e dei servizi. I rapporti di concorrenza tra questi servizi esecutivi, o società poste sotto il controllo statale, e le imprese private sugli stessi mercati possono pertanto essere gravemente compromessi. Ciò ammette una sola eccezione, qualora gravi motivi di interesse pubblico forniscano una giustificazione per affidare direttamente appalti ad un'organizzazione interna [...], quali calamità naturali e circostanze straordinarie analoghe, che possono imporre l'impiego immediato di tutte le risorse a disposizione dell'amministrazione»*.

²⁴⁶ Cfr. Corte di Giustizia, 11 gennaio 2005, Causa C-26/03, Stadt Halle e RPL Lochau, punto 48.

pubblico ad essa incumbenti mediante propri strumenti senza essere obbligata a far ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi e che può farlo altresì in collaborazione con altre autorità pubbliche»²⁴⁷.

La Corte di Giustizia, dunque, unitamente all'elaborazione dell'istituto dell'*in house providing*, sembra aver sancito il principio generale dell'indifferenza del diritto comunitario rispetto all'alternativa tra esternalizzazione, mediante ricorso al mercato, ed autorganizzazione, mediante il ricorso ad una società *in house*²⁴⁸.

Gli unici limiti che incontrerebbe la discrezionalità delle autorità pubbliche nell'effettuare la scelta tra gestione *in house* ed esternalizzazione sarebbe rappresentato dalle norme di diritto interno degli Stati membri e dai

²⁴⁷ La Corte ha statuito nuovamente tale principio nell'ambito di un ricorso per inadempimento, ai sensi dell'art. 226 CE, proposto dalla Commissione contro la Repubblica di Germania per contestare l'asserita violazione della direttiva 92/50/CEE posta in essere dalla Germania. In particolare, come risulta dalla parte in fatto della sentenza, «*Alcuni Landkreise (circoscrizioni amministrative delle Germania) avevano concluso direttamente un appalto relativo allo smaltimento dei rifiuti con i servizi per la nettezza urbana della città di Amburgo, senza che tale appalto di servizi fosse stato oggetto di una gara d'appalto nell'ambito di una procedura formale a livello comunitario*». La Corte di Giustizia si è pronunciata in favore della legittimità di tale affidamento, inquadrandolo tra le modalità con cui una pubblica autorità può adempiere ai propri compiti di pubblico interesse. Nello stesso senso, cfr. Corte di Giustizia, 13 novembre 2008, causa C-324/07, Coditel Brabant, punto 48, richiamata dalla stessa sentenza pronunciata nella causa C-480/06, nella quale la Corte afferma che «*Si riconosce, infatti, che un'autorità pubblica ha la possibilità di adempiere ai compiti di interesse pubblico ad essa incumbenti mediante propri strumenti, amministrativi, tecnici e di altro tipo, senza essere obbligata a far ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi*».

²⁴⁸ A tale conclusione conduce, inoltre, il paragrafo 17 del «Libro verde relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni» del 30 aprile 2004, richiamato in tal senso anche da BERTONAZZI L. - VILLATA R., *Servizi di interesse economico generale*, cit., 1887, nota 206. In tale Libro Verde, sottolinea l'A., il diritto comunitario, «*non si esprime riguardo all'opzione degli Stati membri se garantire un servizio pubblico attraverso i propri stessi servizi o se affidarlo invece ad un terzo*», trattandosi di una scelta «*organizzativa*» («*esternalizzare o meno la gestione dei servizi pubblici*») che «*compete esclusivamente alle autorità pubbliche*». Il Libro Verde precisa, dunque, che esso «*punta ad avviare un dibattito sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni al fenomeno dei PPP [partenariati pubblico-privati]. Tale dibattito si concentra dunque sulle norme che devono essere applicate quando si decide di affidare una missione o un incarico ad un terzo. Esso si colloca a valle della scelta economica e organizzativa effettuata da un ente locale o nazionale, e non può essere interpretato come un dibattito mirante a esprimere un apprezzamento generale riguardo alla scelta se esternalizzare o meno la gestione dei servizi pubblici*».

La medesima previsione è contenuta nel precedente «Libro Verde sui servizi di interesse generale» del 21 maggio 2003, secondo cui «*spetta alle autorità pubbliche decidere se fornire questi servizi direttamente tramite la propria amministrazione oppure se affidarli a terzi (soggetti pubblici o privati)*».

principi che devono tradizionalmente guidare le scelte delle pubbliche amministrazioni, quali quelli di economicità, efficienza ed efficacia²⁴⁹.

Le richiamate indicazioni, tuttavia, sono state fornite sino ad oggi dalla Corte di Giustizia e dagli organi comunitari prevalentemente *incidenter tantum*, senza un'espressa presa di posizione sul punto.

La questione circa la sussistenza di possibili limiti alla scelta dell'amministrazione (nel caso di affidamento di un appalto o di una concessione) di ricorrere all'affidamento *in house* è stata espressamente sottoposta alla Corte di Giustizia, come visto, dal TAR Puglia, con l'ordinanza di rimessione sulla quale la Corte ha pronunciato la nota sentenza ANAV²⁵⁰.

Come si è già ricordato, tuttavia, in tale circostanza la Corte ha completamente ommesso di pronunciarsi in merito alla sussistenza di limiti al potere della pubblica amministrazione di ricorrere all'*in house providing*, limitandosi ad affermare che «*la questione pregiudiziale va risolta dichiarando che gli artt. 43 CE, 49 CE e 86 CE, nonché i principi di parità di trattamento, di non discriminazione sulla base della nazionalità e di trasparenza non ostano ad una disciplina nazionale che consente ad un ente pubblico di affidare un servizio pubblico direttamente ad una società della quale esso detiene l'intero capitale, a condizione che l'ente pubblico eserciti su tale 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 che la detiene*»²⁵¹.

La posizione omissiva assunta dalla Corte ha lasciato in parte irrisolto, dunque, il delicato problema dei rapporti tra potestà organizzativa pubblica e mercato e non ha definitivamente chiarito se sussistano dei limiti - connessi all'esigenza di liberalizzare o di consentire l'espansione del mercato - alla

²⁴⁹ In tal senso, STANCANELLI G., MOSCARDI I., DE NICTOLIS R., *Gli affidamenti in house*, cit., p. 347.

²⁵⁰ Il TAR Puglia, come già ricordato *sub* cap. 1, ha chiesto alla Corte di Giustizia di pronunciarsi in merito alla legittimità dell'art. 113, comma 5, del Testo Unico degli enti locali, nella parte in cui esso non pone alcun limite alla libertà di scelta della pubblica amministrazione tra le diverse forme di gestione e di affidamento del servizio pubblico locale ed, in particolare, tra l'*in house providing* e l'esternalizzazione.

²⁵¹ Cfr. punto 33 della sentenza ANAV.

facoltà dell'amministrazione di scegliere di provvedere *in house* allo svolgimento di determinate attività economiche²⁵².

È tuttavia opportuno osservare, in conclusione, come, nonostante l'ambiguità del silenzio serbato sino ad ora dalla Corte di Giustizia sulla questione, a livello comunitario il principio di autoproduzione e di autorganizzazione delle pubbliche autorità, anche attraverso la costituzione di società *in house*, non appaiono ad oggi ancora messi in discussione bensì confermati da molteplici pronunce adottate *incidenter tantum*²⁵³.

2. La prospettiva nazionale: l'eccezionalità degli affidamenti *in house*.

Quale sia la posizione dell'ordinamento italiano nei confronti dell'*in house providing* emerge con chiarezza dall'esame della disciplina recentemente introdotta in materia di servizi pubblici locali.

Il legislatore nazionale, a partire dall'approvazione dell'art. 23 *bis* fino ad arrivare, come vedremo, alla recente introduzione dell'art. 4 del decreto-legge n. 138 del 2011, ha introdotto numerose limitazioni alla gestione *in house* dei servizi pubblici locali, prevedendo delle condizioni ulteriori al suo ricorso, completamente estranee alla disciplina comunitaria dell'istituto.

Con l'art. 15 del decreto-legge 25 settembre 2009, n. 135, in termini del tutto simili a quanto già previsto dall'originaria formulazione dell'art. 23 *bis*, il legislatore statale aveva confermato la propria intenzione di inquadrare il modulo dell'*in house providing* quale opzione in favore della quale le pubbliche amministrazioni possono optare solo in ipotesi del tutto eccezionale.

²⁵² Come verrà meglio esposto nel paragrafo successivo, oltre al principio di autorganizzazione delle autorità pubbliche, vengono in rilievo altri (ed, in qualche misura, contrastanti) principi che potrebbero deporre a favore della necessità di limiti al ricorso agli affidamenti *in house*. Si fa riferimento, in particolare, al principio di concorrenzialità nei mercati e al principio di legalità. Con particolare riferimento a tale ultimo principio, parte della dottrina, come si dirà, ritiene che la scelta della pubblica amministrazione di ricorrere alla gestione *in house* debba essere espressamente conferita dal legislatore e non sia, dunque, espressione di alcun principio generale di autorganizzazione delle pubbliche amministrazioni. Limiti al potere di scelta della pubblica amministrazione sono stati rinvenuti, si vedrà meglio, anche nell'art. 86 TCE.

²⁵³ In tal senso, SCOTTI E., *Organizzazione pubblica e mercato: società miste, in house providing e partenariato pubblico privato*, in *Dir. amm.*, 2005.

Il legislatore italiano, infatti, con l'adozione dell'art. 23 *bis* aveva inquadrato l'istituto dell'affidamento diretto a società *in house* tra le modalità di affidamento «*in deroga*» alle modalità di affidamento ordinario, limitando il suo ricorso a «*situazioni eccezionali che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace e utile ricorso al mercato*».

L'art. 23 *bis*, oltre alle richiamate limitazioni di natura sostanziale, aveva introdotto, altresì, come già visto, importanti limitazioni di carattere procedimentale, imponendo che, nei casi di affidamento *in house*, «*l'ente affidante deve dare adeguata pubblicità alla scelta, motivandola in base ad un'analisi del mercato e contestualmente trasmettere una relazione contenente gli esiti della predetta verifica all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato per l'espressione di un parere preventivo, da rendere entro sessanta giorni dalla ricezione della predetta relazione. Decorso il termine, il parere, se non reso, si intende espresso in senso favorevole*».

La disciplina restrittiva introdotta nel settore dei servizi pubblici locali ha rappresentato l'approdo di un processo iniziato da anni nel panorama giuridico italiano, volto a limitare il ricorso all'istituto della gestione *in house* ad ipotesi del tutto eccezionale e marginale.

Negli ultimi anni, infatti, mentre la Corte di Giustizia ha continuato ad inquadrare, come sopra illustrato, l'affidamento *in house* tra i moduli di autorganizzazione dell'amministrazione, la giurisprudenza, il legislatore e le istituzioni nazionali hanno relegato l'*in house providing* ad ipotesi derogatoria ed eccezionale, i cui requisiti devono essere interpretati con rigore in quanto rappresentanti una deroga alle regole generali del diritto comunitario imperniate sul modello della competizione aperta²⁵⁴.

²⁵⁴ La volontà del diritto interno di limitare il ricorso alle società *in house*, oltre ogni pretesa comunitaria, è evidenziata anche da DUGATO M., *La disciplina dei servizi pubblici locali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 126.

Con particolare riferimento al livello istituzionale, si v. la circolare del Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio del 6 dicembre 2004 *Affidamento in house del servizio idrico integrato*, in *G.U.* n. 291 del 13 dicembre 2004 con la quale si è tentato di circoscrivere l'affidamento *in house* ai margini del sistema, configurandolo come eccezione cui «*ricorrere soltanto in casi eccezionali e residuali, venendosi contrariamente ad eludere i principi derivanti dai Trattati, in particolare le norme sulla libera circolazione dei beni e dei servizi*,

Il fondamento delle limitazioni al ricorso all'*in house providing* sono state rinvenute innanzitutto nelle pronunce con cui la Corte di Giustizia ha sottolineato il carattere eccezionale dell'*in house providing*, al fine di precisare che le condizioni necessarie per la sua configurazione «*devono essere interpretate restrittivamente, e l'onere di dimostrare l'effettiva sussistenza delle circostanze eccezionali che giustificano la deroga a quelle regole grava su colui che intenda avvalersene*»²⁵⁵.

Prendendo le mosse da tali statuizioni, la giurisprudenza italiana è arrivata ad inquadrare l'*in house providing* quale eccezione alle regole della concorrenza stabilite dal diritto comunitario e non già quale ipotesi esente dalla loro applicabilità, contrariamente a quanto sembra risultare dalla lettura della giurisprudenza comunitaria.

Così interpretato, l'*in house providing* non rappresenterebbe l'espressione di principi generali del diritto comunitario e nazionale, quali quello di autorganizzazione e di autoproduzione della pubblica amministrazione, ma una deroga eccezionale alle regole della concorrenza.

Portando alle estreme conseguenze tale assunto, il giudice nazionale ha concluso, pertanto, che solamente una previsione legislativa interna potrebbe derogare al diritto comunitario della concorrenza e al regime applicabile in

nonché i principi fondamentali di non discriminazione, parità di trattamento, trasparenza e mutuo riconoscimento, che disciplinano il mercato dei servizi». Ciò in quanto il modello *in house*, malgrado la configurazione societaria, non rappresenta «*una reale esternalizzazione della gestione rispetto alla originaria competenza degli enti locali, bensì costituisce un modello organizzativo per migliorare l'efficienza e l'economicità dell'attività di gestione che gli stessi enti locali sono chiamati a svolgere*». Esso troverebbe dunque la sua giustificazione esclusivamente in «*una motivata e comprovata ragione di interesse pubblico che obiettivamente escluda la possibilità di ricorrere alla gara*».

Nello stesso senso, si veda anche, Autorità Garante per la concorrenza ed il mercato, parere AS 311 del 6 settembre 2005, in Bollettino Ufficiale dell'Autorità Garante per la concorrenza e per il mercato, n. 35/2005 e la segnalazione 28 dicembre 2006, n. AS375 in *Foro it.*, 2007, III, 226 ss., con commento di Ursi R., Anatomia ossimoro: "in house providing" e concorrenza nei servizi pubblici locali.

²⁵⁵ Cfr. Corte di Giustizia, 6 aprile 2006, in causa C-410/04, ANAV c. *Comune di Bari e AMTAB Servizio S.p.A.*, punto 26. Nello stesso senso la Corte di Giustizia si era precedentemente espressa nella sentenza 11 gennaio 2005, causa C-26/03, Stadt Halle e RPL Lochau, punto 46, e nella sentenza del 13 ottobre 2005, in causa C-458/03, punto 62 – 63. Nonostante i termini in cui si è espressa la Corte di Giustizia, parte della dottrina ritiene che il giudice comunitario non abbia voluto relegare l'*in house* ad ipotesi eccezionale e derogatoria bensì solamente esortare gli interpreti ad un'interpretazione rigorosa e prudente dei suoi requisiti. In tal senso GOISIS F., *L'in house nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali*, cit., 2011, 252.

forza dei Trattati e delle direttive in materia di appalti pubblici, con ciò precisando, in particolare, che *«si deve tenere presente che la Corte di Giustizia ha affermato che: i requisiti dell'in house providing, costituendo un'eccezione alle regole generali del diritto comunitario, devono essere interpretati restrittivamente (Corte di Giustizia, 6 aprile 2006, C-410/04)»* e, pertanto, *«l'in house non costituisce un principio generale, prevalente sulla normativa interna, ma è un principio derogatorio di carattere eccezionale che consente, e non obblighi, i legislatori nazionali a prevedere tale forma di affidamento»*²⁵⁶.

²⁵⁶ Cfr. Cons. St., VI, 3 aprile 2007, n. 1514, che ha addotto a sostegno di tale tesi che *«una norma di carattere generale era stata proposta nel primo schema del c.d. codice appalti, ma non è stata poi inserita nel testo finale del d.lgs. n. 163/2006, 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»*, concludendo che *«È illegittimo l'affidamento diretto dei servizi di progettazione, conservazione, manutenzione, documentazione e catalogazione di beni culturali, poiché in tale settore il ricorso all'affidamento "in house" di lavori pubblici è privo di espresso fondamento normativo»*. Per un commento a tale pronuncia cfr. MANGANI R., *Il Consiglio di Stato restringe il ricorso all'in house: solo concessioni di pubblico servizio*, in *Ed. e terr.*, n. 20/2007; FANIZZI R., *Il Consiglio di Stato accoglie un'interpretazione restrittiva dei requisiti dell'"in house providing" secondo una lettura comunitaria del fenomeno*, in *Giust. civ.* 2008, 4, 1057.

Il principio espresso dal Consiglio di Stato è stato ribadito, in materia di società miste, da Cons. St., sez. II, 18 aprile 2007 n. 456, in *Urb. app.*, 2007, 984 ss., con nota di GIOVANNELLI, *Verso il tramonto degli affidamenti diretti*.

Nello stesso senso, v. anche Cons. St., sez. V, 30 agosto 2006 n. 5072, secondo cui *«In sede di affidamento di un pubblico servizio non può derogarsi ai principi generali di trasparenza, economicità efficacia e non discriminazione che presidono al settore, con la conseguenza che l'affidamento stesso non può, di norma, essere operato al di fuori di procedure non concorrenziali, se non sulla base di deroghe espressamente previste dal legislatore. Risulta, pertanto, illegittima la delibera di affidamento diretto ad una s.r.l. a capitale pubblico maggioritario di un servizio pubblico locale qualificato privo di rilevanza economica adottata successivamente alla dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 113 bis, d.lg. 267 del 2000, senza che possa assumere rilievo la circostanza per cui la società sia stata costituita anteriormente alla declaratoria di illegittimità costituzionale stessa»*; per un commento a tale pronuncia cfr. MANISCALCO F., *Alcune considerazioni sull'affidamento dei servizi sociali di rilevanza economica*, in *Foro amm. CDS 2007*, 3, 960; GOBBATO S., *Regole di concorrenza e gestione in house dei servizi socio-assistenziali*, in *Foro amm. CDS 2007*, 2, 575. Cfr., anche, Cons. St., VI, 25 novembre 2008, n. 5781.

Da ultimo, anche l'Autorità Garante della concorrenza e del mercato ha confermato tale tesi, cfr. Del. AVCP 18 maggio 2011, n. 51 secondo cui *«è da escludersi la praticabilità dello schema dell'in house providing nel settore dei lavori, in quanto come rilevato anche dalla giurisprudenza, non si rinvengono nell'ordinamento norme che ne legittimino l'utilizzo. L'istituto dell'in house providing concerne, infatti, l'autoproduzione di beni e servizi da parte delle pubbliche amministrazioni in deroga ai principi generali che prevedono il ricorso al mercato attraverso procedure di evidenza pubblica ed è pertanto insuscettibile di applicazione estensiva»*.

Il giudice italiano è così arrivato ad introdurre una condizione ulteriore rispetto a quelle (del "controllo analogo" e dell'"attività prevalente") tradizionalmente individuate dal giudice comunitario ai fini della configurazione di una gestione *in house providing*, richiedendo che tale tipologia di gestione sia previamente prevista dal legislatore nazionale quale possibile scelta che l'autorità pubblica è abilitata ad adottare.

In sostanza, il riconoscimento comunitario della legittimità degli affidamenti *in house* non sarebbe sufficiente, occorrendo, al contrario, per escludere l'obbligo di gara un'espressa previsione normativa che ammetta tale modalità di gestione del servizio.

Il principio di legalità (da cui discende direttamente quello di tipicità delle forme di gestione dei servizi pubblici locali) osterebbe, infatti, a trasferimenti di poteri e di compiti amministrativi in assenza di una espressa copertura legislativa.

Sembrerebbe aver aderito a tale orientamento anche la Corte costituzionale che, con la sentenza n. 325 del 2010, come verrà meglio esposto a seguire, ha avuto modo di affermare che «*nel sistema normativo interno in cui già vige il divieto della gestione diretta mediante azienda speciale o in economia, (...) i casi di affidamento in house debbono essere eccezionali e tassativamente previsti*»²⁵⁷.

La posizione del giudice italiano trae il proprio fondamento dall'esistenza di criteri di (asserita) derivazione comunitaria che debbono orientare le scelte dell'amministrazione nel momento in cui essa decide di gestire *in house* ovvero di esternalizzare un servizio pubblico.

Criteri di questo tipo sono stati rinvenuti nell'art. 86 TCE (oggi trasfuso nell'art. 106 del TFUE), secondo il quale «*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*

²⁵⁷ Cfr. i punti 13.2.1 e 8.1.2 della sentenza n. 325 del 2010.

all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata»²⁵⁸.

Tale previsione imporrebbe alla pubblica amministrazione, infatti, di ricorrere alla gestione *in house* di un servizio pubblico solo nell'eventualità in cui il ricorso al mercato rappresenti un ostacolo al soddisfacimento dell'interesse della collettività alla cui tutela l'ente pubblico è preposto.

Seguendo tale impostazione, parte della dottrina ha suggerito di ritenere legittima la gestione *in house* solo nel caso in cui la gestione "in proprio" del servizio da parte della pubblica amministrazione possa garantire livelli di efficienza ed economicità che non potrebbero essere garantiti con una gestione privata dello stesso²⁵⁹.

Di qui, dunque, l'obbligo in capo alle pubbliche amministrazioni di giustificare la scelta di non esternalizzare l'attività economica (per optare in favore di una sua gestione *in house*) con un'ampia e dettagliata motivazione, che indichi le ragioni che, in concreto, non hanno consentito il ricorso alla gara²⁶⁰.

²⁵⁸ In tal senso, cfr. SCOTTI E., *Organizzazione pubblica e mercato: società miste, in house providing e partenariato pubblico privato*, cit.

²⁵⁹ In questi termini, CHITI M.P., *Le forme di gestione del servizio idrico integrato dopo la finanziaria*, 2002, in *Urb. app.*, 2002, p. 377 il quale ritiene che la scelta di procedere all'affidamento diretto deve sempre essere comparata con la possibilità di dare corso alla gara per l'affidamento del servizio, illustrando le ragioni che rendono preferibile la prima via; sul punto v. BENVENUTI L., *Discrezionalità amministrativa e gestione dei servizi pubblici locali*, in *Dir. reg.*, 2002, p. 331 ss.; in una prospettiva costituzionale, con riferimento all'art. 41 Cost. da cui l'ammissibilità d'interventi pubblici solo a fronte dell'inadeguatezza del privato rispetto all'utilità sociale, v. SORACE D., *Servizi pubblici locali e iniziativa privata*, cit., p. 12 ss.; PINELLI C., *Privatizzazioni dei servizi pubblici locali in Italia e in Francia. Profili di diritto costituzionale e comunitario*, cit., p. 159; SCOTTI E., *Organizzazione pubblica e mercato: società miste, in house providing e partenariato pubblico privato*, in *Dir. amm.*, 2005, 915. V. pure CORSO G., *Manuale di diritto amministrativo*, Torino 2006, 330 ss.; PICCOZZA E., *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, Torino 2004, 213 ss.

Tale impostazione è d'altronde quella esplicitamente fatta propria dal d.P.R. n. 168 del 2010, dove viene specificato che l'ente deve adottare una delibera quadro che illustri l'istruttoria compiuta ed evidenzi, per i settori sottratti alla liberalizzazione, i fallimenti del sistema concorrenziale e, viceversa, i benefici per la stabilizzazione, lo sviluppo e l'equità all'interno della comunità locale derivanti dal mantenimento di un regime di esclusiva del servizio.

²⁶⁰ In tal senso, DUGATO M., *La disciplina dei servizi pubblici locali*, cit., p. 126.

Anche la giurisprudenza amministrativa richiede un'articolata motivazione al fine di legittimare la scelta dell'amministrazione di ricorrere all'*in house providing*. Da ultimo, cfr., Cons. St., V, 8 febbraio 2011, n. 854 che ha affermato che «Al momento di scegliere la forma di gestione di un servizio pubblico previa valutazione comparativa tra quelle previste dalla legge, l'ente locale è sempre tenuto a motivare la scelta che concretamente effettua. In caso di affidamento "in house" è sempre necessaria la motivazione della scelta amministrativa: e

Le ragioni delle limitazioni introdotte a livello nazionale al ricorso *all'in house providing* sono state complessivamente rintracciate dalla dottrina innanzitutto nella tutela apprestata dal diritto comunitario alla libera concorrenza, da intendersi non solo nell'accezione, per così dire, negativa della parità di condizioni – c.d. libera concorrenza *per* il mercato – ma soprattutto in senso positivo, come potenziale apertura dell'intero settore dei servizi pubblici alla concorrenzialità – c.d. libera concorrenza *nel* mercato²⁶¹. Secondo tale prospettazione, infatti, il diritto comunitario imporrebbe limiti anche all'esercizio della funzione organizzativa di cui all'art. 97 Cost., la quale non potrebbe spingersi sino al punto di ritenere che la scelta tra autoproduzione e *outsourcing* costituiscano una valutazione discrezionale della pubblica amministrazione²⁶².

Oltre ai limiti desunti dal diritto comunitario, l'*in house providing* incontrerebbe dei limiti anche nel diritto interno ed, in particolare, nel principio di sussidiarietà orizzontale, previsto dall'art. 118 Cost.²⁶³.

infatti, se è vero che può pure rivelarsi non necessaria un'apposita ed approfondita motivazione della "scelta finale" in questo senso eseguita, è altrettanto vero che, nella fase precedente alla manifestazione della propria "scelta finale", la p.a. deve dimostrare non solo la sussistenza dei presupposti richiesti per l'autoproduzione, ma anche la convenienza rispetto all'affidamento della gestione del servizio a soggetti terzi, perché, in difetto, la scelta sarebbe del tutto immotivata e contraria al principio di buona amministrazione cui deve conformarsi l'operato della p.a.».

²⁶¹ Come noto la Corte costituzionale ha enfatizzato tale distinzione nella nota sentenza del 23 novembre 2007, n. 401, distinguendo tra concorrenza “per il mercato”, che impone la scelta del concorrente mediante procedure di gara, e concorrenza “nel mercato”, da attuarsi attraverso la liberalizzazione dei mercati. Per un commento a tale sentenza, cfr. *ex plurimis*, DE NICTOLIS R., *Corte costituzionale n. 401/2007 in pillole*, in www.giurcost.org; ID., *Principi espressi dalla Corte costituzionale nella sentenza*, in *Riv. giur. edilizia*, 2008, 1, 181; CASSETTI L., *Appalti e concorrenza: quante sono le “anime” della competenza statale in materia di “tutela della concorrenza”?*, in *Giur. cost.* 2007, 6, 4559; LOMBARDI C., *Il diritto europeo e la trasversalità dell'intervento a tutela della concorrenza legittimano la disciplina statale dell'evidenza pubblica*, in *Giur. cost.*, 2007, 6, 4569; GHERA F., *Il riparto di competenza tra stato e regioni in materia di appalti pubblici*, in *Riv. giur. edilizia*, 2008, 1, 176.

²⁶² Cfr. ELEFANTE F., *Gli affidamenti in house nei servizi pubblici locali: il lungo cammino verso il riconoscimento della eccezionalità del modello gestionale societario a partecipazione pubblica totalitaria*, in *Foro amministrativo TAR*, fasc. 1, 2008.

²⁶³ A evidenziare come la restrittiva disciplina introdotta a livello nazionale sia un'applicazione del principio di sussidiarietà è anche GOISIS F., *L'in house nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali*, in VILLATA R. (a cura di), *La riforma dei servizi pubblici locali*, Torino, 2011, p. 253. Sul principio di sussidiarietà orizzontale cfr. il commento all'art. 118 di CAMERLENGO Q. in *Commentario alla costituzione* CELOTTO A. – BIFULCO R – OLIVETTI M., Utet, Torino, 2006, e i riferimenti bibliografici ivi citati. Cfr., in particolare, ALBANESE, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 51 ss.; ARENA, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 118, u.c. della Costituzione*, in *Studi*

L'art. 118 Cost., infatti, prescrivendo a tutti gli enti territoriali di favorire «l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale», imporrebbe ai medesimi l'obbligo giuridico di rivolgersi, quando possibile, al mercato, prima di poter scegliere di gestire in proprio un'attività di interesse generale a carattere economico ed industriale²⁶⁴.

Il principio di sussidiarietà orizzontale, applicato al rapporto pubblico-privato, legittimerebbe, dunque, l'intervento pubblico solo in presenza di

in onore di Giorgio Berti, I, Napoli, 2005, 177 ss.; CAMELLI, *Principio di sussidiarietà e sistema delle amministrazioni pubbliche*, in *Quaderni reg.*, 2002, 453 ss.; CERULLI IRELLI, voce *Sussidiarietà (dir. amm.)*, in *Enc. Giur.*, XXX, Torino, 2003; D'ALESSANDRO, *Sussidiarietà, solidarietà e azione amministrativa*, Milano, 2004; D'ANDREA, *La prospettiva della Costituzione italiana ed il principio di sussidiarietà*, in *Jus*, 2000, 227 ss.; D'ATENA, *Costituzione e principio di sussidiarietà*, in *Quaderni cost.*, 2001, 13 ss.; FERRARI E., *Lo Stato sussidiario: il caso dei servizi sociali*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 99 ss.; MOSCARINI, *Sussidiarietà e libertà economiche*, in *Diritto e società*, 1999, 433 ss.; PASTORI, *Sussidiarietà e diritto alla salute*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 85 ss.; ID., *Amministrazione pubblica e sussidiarietà orizzontale*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, II, Napoli, 2005, 1749 ss.; PIZZETTI, *Il ruolo delle istituzioni nel quadro della «democrazia della cittadinanza»*, comunicazione al Convegno, *Cittadini attivi per una nuova amministrazione*, Roma 7-8.2.2003; PIZZOLATO, *Il principio di sussidiarietà*, in *La Repubblica delle autonomie. Regioni ed enti locali nel nuovo titolo V*, cit., 197 ss.; POGGI, *Comunicazione*, al Convegno, *Cittadini attivi per una nuova amministrazione*, Roma 7-8.2.2003; RESCIGNO G.U., *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 5 ss.; ID., *Stato sociale e principio di sussidiarietà*, in *Quaderni reg.*, 2002, 381 ss.

²⁶⁴ Sul punto, D'ATENA A., *Sussidiarietà orizzontale e affidamento in house*, in *Giur. cost.*, 2008, fasc. 6, pagg. 4995-5012. L'A., in particolare, afferma che in forza del principio di sussidiarietà orizzontale di cui all'art. 118 Cost. e contrariamente a quanto previsto a livello comunitario «il confronto con il mercato (e con i principi della concorrenza) non dovrebbero avvenire solo dopo che l'ente pubblico ha deciso di non intervenire direttamente, ma anche prima: essendo ragionevole ritenere che l'intervento diretto si giustifichi esclusivamente nel rispetto della logica della sussidiarietà».

Nello stesso senso, cfr. RESCIGNO G.U., *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 29 ss.; DI GIACOMO RUSSO B., *L'affidamento in house è un modello di sussidiarietà orizzontale?* (commento a TAR Sardegna, sez. I, 21 dicembre 2007, n. 2407), in *Rivista trimestrale degli appalti*, 2009, fasc. 1, 203-225; ELEFANTE F., *Gli affidamenti in house nei servizi pubblici locali*, cit.

In senso contrario, cfr. CERULLI IRELLI V., *Principi del diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2005, 69. L'A. afferma che l'ultimo comma dell'art. 118 Cost. «non si riferisca a servizi pubblici a carattere industriale e commerciale (pur essendo queste attività configurabili di interesse generale), ossia alle attività di impresa caratterizzate (...) dall'imposizione di «obblighi di servizio pubblico», tanto ove svolte in regime di concorrenza quanto in regime di riserva. Infatti, in questo settore i principi circa le relazioni tra pubblico e privato sono dettate da altre disposizioni costituzionali (artt. 41, 43, 117) nonché dalla normativa comunitaria, peraltro sempre più pervasiva (...)».

Un'interpretazione restrittiva del principio di sussidiarietà orizzontale desumibile dall'art. 118 Cost. è offerta anche da MASSA PINTO I., *Il principio di sussidiarietà. Profili storici e costituzionali*, Napoli, 2003, 135 ss.

inefficienze del mercato. In assenza di tali inefficienze, dovrebbero essere i privati ad occuparsi della gestione del servizio²⁶⁵.

A livello nazionale, dunque, tanto la dottrina maggioritaria e la giurisprudenza, quanto, soprattutto, il legislatore interno si sono rapportati all'*in house providing* con una certa diffidenza, al dichiarato fine di consentire la più ampia apertura al mercato e ai privati dei diversi settori di attività²⁶⁶.

Ciò nonostante, anche la giurisprudenza interna non nega l'esistenza di un principio generale di autorganizzazione delle pubbliche amministrazioni, il

²⁶⁵ Sul principio di sussidiarietà e sul rapporto pubblico-privato nei settori d'interesse generale cfr. CASSESE S., *Stato e mercato dopo privatizzazioni e deregulation*, in *Riv. Trim. di dir. pubbl.*, 1991, n. 2, 378; CHITI M.P., *Principio di sussidiarietà, pubblica amministrazione e diritto amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 3, 1995, 505 ss; SORACE D., *Note sui servizi pubblici locali nella prospettiva della libertà di iniziativa economica e non dei privati*, in *Studi in onore di Ottaviano*, II, 1993, p. 1149; PINELLI C., *Privatizzazioni dei servizi pubblici locali in Italia e in Francia. Profili di diritto costituzionale e comunitario*, cit., p. 159; MINGANELLI A., *Il principio di sussidiarietà: un criterio flessibile per la ripartizione delle competenze tra i vari livelli istituzionali, divenuto in Italia norma di diritto positivo, dopo l'entrata in vigore dell'art. 4 della legge n. 59/97*, in *Riv. amm. rep. it.*, 1998, p. 461.

²⁶⁶ Qualche avvisaglia contraria è stata ravvisata da alcuni autori (cfr. BASSI G., *Quali scenari per i servizi pubblici locali di rilevanza economica dopo il referendum abrogativo?*, in www.publicutilities.it) in una recente sentenza della quinta sezione del Consiglio di Stato del 26 gennaio 2011, n. 552, che ha esaminato la legittimità di una delibera con cui un'amministrazione comunale si era determinata ad esercitare in forma diretta la gestione e la manutenzione delle lampade votive all'interno dei cimiteri comunali. La parte ricorrente, in particolare, aveva eccepito che tale attività avrebbe dovuto essere considerata come un servizio pubblico a rilevanza economica e pertanto avrebbe dovuto essere affidato mediante procedura di gara ad evidenza pubblica o, al più, gestito in house, ma giammai mediante gestione diretta. Il Consiglio di Stato, senza pronunciarsi sulla natura commerciale o meno dell'attività presa in oggetto, ha avuto modo di affermare la legittimità della gestione diretta avviata dal Comune, precisando che «nessuna norma obbliga i comuni ad affidare all'esterno determinati servizi (...) ove preferiscano amministrarli in via diretta e magari in economia, mentre, nel caso di una differente scelta, il discusso conferimento a terzi deve avvenire tramite gara rispettosa del regime comunitario di libera concorrenza».

Un'apertura nei confronti dell'istituto dell'*in house providing* è stata recentemente avanzata da TAR Toscana, 13 giugno 2011, n. 1041, che ha ritenuto che la società *in house* fosse da intendersi come un ufficio tecnico della pubblica amministrazione, del quale quest'ultima è obbligata ad avvalersi per svolgere l'attività di progettazione delle opere pubbliche, ai sensi dell'art. 90 del d.lgs. n. 163 del 2006. Il TAR Toscana, in particolare, ha affermato a supporto della propria pronuncia che «Nel concetto di stazione appaltante ritiene il Collegio che debba essere ricompresa anche l'eventuale società in house poiché quest'ultima, come correttamente deduce la difesa comunale, non si configura quale soggetto esterno all'amministrazione medesima ma, analogamente ai suoi uffici interni, ne rappresenta una parte sostanzialmente integrante, se pure giuridicamente separata. La forma societaria è uno strumento che l'Amministrazione intimata ha scelto per lo svolgimento delle proprie attività in materia di realizzazione delle opere pubbliche, ritenendo che possano più agevolmente essere portate a compimento mediante strumenti civilistici».

quale sembra, alla luce di quanto sopra illustrato, dover tuttavia recedere rispetto ai principi posti a tutela della concorrenza e del mercato²⁶⁷.

3. La posizione della Corte costituzionale in materia di *in house providing*.

Nell'ambito del sopra esposto processo di marginalizzazione del modulo dell'*in house providing* intrapreso in Italia, ha acquisito particolare rilievo anche la posizione assunta dalla Corte costituzionale.

Anche la Corte costituzionale, infatti, ha assunto sin dalle prime pronunce una posizione estremamente rigida, provvedendo innanzitutto ad un'interpretazione restrittiva dei presupposti legittimanti il ricorso all'*in house providing*.

La Corte costituzionale si è soffermata per la prima volta sull'istituto dell'*in house providing*, passando in rassegna i passaggi giurisprudenziali più importanti della sua elaborazione in ambito comunitario, con la sentenza n. 439 del 2008²⁶⁸.

²⁶⁷ Il principio di autorganizzazione delle pubbliche amministrazioni è stato recentemente affermato dalla sentenza del Consiglio di Stato, V, 23 settembre 2010, n. 7080, in cui si afferma la legittimità dell'affidamento diretto disposto in favore di una società *in house*, avvento «*in forza dei principi Comunitari di auto-organizzazione dell'ente locale e di sussidiarietà (cfr. Comunicazione interpretativa sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati, del 5 febbraio 2008, n. C 2007 / 6661) ed in ossequio al principio Costituzionale disciplinato dagli articoli 5 e 117 della Costituzione, dell'incomprimibile autonomia degli enti locali*».

²⁶⁸ Per un commento a tale pronuncia, cfr., D'ATENA A., *Sussidiarietà orizzontale e affidamento "in house"*. (Nota a Corte cost. n. 439/2008), in *Giur. Cost.*, 2008, fasc. 6, 4995-5012; PIPERATA G., *La Corte costituzionale, il legislatore regionale ed il modello "a mosaico della società in house"*, in *Le Regioni*, 3-4, 2009, 651-673; CINTIOLI F., *Norma interposta, società in house e "identità" dell'ordinamento nazionale. Riflessioni alla prima lettura di Corte cost., n. 439 del 2008*, in www.giustamm.it.

Seppur solo incidentalmente, la Corte costituzionale è precedentemente intervenuta in materia di *in house providing* e società miste con la sentenza n. 326 del 2008, con la quale ha respinto le questioni di legittimità costituzionale sollevate da alcune Regioni avverso l'art. 13 del decreto-legge 4 luglio 2006, n. 223, così come convertito dalla legge 4 agosto 2006, n. 248 (c.d. decreto Bersani). Tale decisione della Corte costituzionale ha il pregio di aver introdotto la rilevante distinzione tra «*attività amministrativa in forma privatistica*» ed «*attività d'impresa di enti pubblici*». La Corte, in particolare, ha precisato che le disposizioni censurate erano «*fondato sulla distinzione tra attività amministrativa in forma privatistica e attività d'impresa di enti pubblici. L'una e l'altra possono essere svolte attraverso società di capitali, ma le condizioni di svolgimento sono diverse. Nel primo caso vi è attività amministrativa, di natura finale o strumentale, posta in essere da società di capitali che operano per conto di una pubblica amministrazione. Nel secondo caso, vi è erogazione di servizi rivolta al pubblico (consumatori o utenti), in regime di concorrenza. Le disposizioni impugnate mirano a separare*

Con tale sentenza la Consulta ha censurato l'illegittimità costituzionale di una legge regionale nella parte in cui aveva individuato i presupposti legittimanti l'*in house providing*, ed in particolare quello dello svolgimento dell'attività prevalente in favore dell'ente controllante, in maniera meno restrittiva rispetto a quanto stabilito dal giudice comunitario, e ciò in violazione del disposto dell'art. 117 Cost., primo comma²⁶⁹.

Più di recente, la Corte costituzionale ha assunto una posizione ancor più restrittiva nei confronti dell'*in house providing* con la sentenza 20 novembre 2009, n. 307, con la quale ha ritenuto costituzionalmente legittime delle disposizioni regionali che, non solo limitavano, ma escludevano totalmente la possibilità di ricorso all'*in house* per la gestione di determinati servizi.

Con tale sentenza la Consulta ha statuito che, nonostante il legislatore statale continui a contemplare – seppur con stringenti limitazioni – l'*in house providing* tra le modalità di gestione dei servizi pubblici locali, la medesima

le due sfere di attività per evitare che un soggetto, che svolge attività amministrativa, eserciti allo stesso tempo attività d'impresa, beneficiando dei privilegi dei quali esso può godere in quanto pubblica amministrazione. 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». Per un commento a tale decisione, cfr. URSI R., *La Corte costituzionale traccia i confini dell'art. 13 del decreto Bersani*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 1, 11 ss.

²⁶⁹ La Corte costituzionale, in particolare, ha censurato la norma regionale (l'art. 3, comma 3, della legge della Provincia autonoma di Bolzano 16 novembre 2007, n. 12) perché prevedeva che «*la rilevanza dell'attività (...) [fosse] considerata in base al fatturato e alle risorse economiche impiegate*», limitando il giudizio di verifica della sussistenza del requisito ad una valutazione di dati di tipo quantitativo (e non anche qualitativo. Secondo la prospettazione della Corte costituzionale «*nella prospettiva comunitaria, invece, è necessario assegnare rilievo anche ad eventuali aspetti di natura qualitativa idonei a fare desumere, ad esempio, la propensione dell'impresa ad effettuare determinati investimenti di risorse economiche in altri mercati – anche non contigui – in vista di una eventuale espansione in settori diversi da quelli rilevanti per l'ente pubblico conferente.*

Deve, pertanto, ritenersi che effettivamente il legislatore provinciale abbia indicato criteri di verifica del requisito della "rilevanza dell'attività" meno rigorosi rispetto a quelli enucleati – sia pure nell'ambito di un complessivo giudizio che mantiene una valenza necessariamente casistica modulata sulle peculiarità delle singole fattispecie concrete – dalla giurisprudenza che si è formata al riguardo.

Di qui la violazione delle regole comunitarie sulla concorrenza poste dalle norme del Trattato invocate dal ricorrente, alla cui tutela è finalizzata la delimitazione, effettuata, in via interpretativa, dalla Corte di giustizia, dell'ambito di operatività del modello gestionale dell'affidamento diretto dei servizi pubblici locali.

Pertanto, la valutazione in ordine alla rilevanza preponderante dell'attività nei confronti dell'ente pubblico conferente deve essere effettuata mediante la diretta applicazione della normativa comunitaria, quale risulta dall'interpretazione datane dai giudici europei»

non può essere imposta alle Regioni che intendano perseguire una più intensa tutela della concorrenza, eliminando la possibilità di fare ricorso a tale modalità di gestione.

La Corte, al riguardo, ha motivato la propria decisione - anticipando in parte quanto avrebbe statuito a breve (con i dovuti distinguo) nel giudizio di legittimità costituzionale avente ad oggetto l'art. 23 *bis* - affermando che «*la Costituzione pone il principio, insieme oggettivo e finalistico, della tutela della concorrenza, e si deve, pertanto, ritenere che le norme impugnate, in quanto più rigorose delle norme interposte statali, ed in quanto emanate nell'esercizio di una competenza residuale propria delle Regioni, quella relativa ai "servizi pubblici locali", non possono essere ritenute in contrasto con la Costituzione*»²⁷⁰.

La Corte costituzionale, dunque, a partire da tale decisione ha affermato – seppur ancora solo implicitamente - che la libertà di autorganizzazione delle pubbliche amministrazioni riconosciuta a livello comunitario, da cui discende la possibilità di gestire *in house* lo svolgimento di determinate attività economiche, è destinata in ogni caso a recedere tutte le volte in cui venga in rilievo la possibilità di tutelare più intensamente la concorrenza ed il mercato.

Ciò tanto quando sia una norma regionale a fornire un disciplina più concorrenziale rispetto alla disciplina statale (come nel caso affrontato dalla

²⁷⁰ Per un commento a tale pronuncia, cfr. MUSOLINO S., *Per la Corte costituzionale sono legittime le norme regionali che escludono l'in house*, in *Urb. e app.*, fasc. 4, 2010, 409 e ss.; MERLONI F., *Una "new entry" tra i titoli di legittimazione di discipline statali in materie regionali*, in www.forumdeiquadernocostituzionali.it; TUMBIOLO R., *Servizio idrico integrato: separazione della gestione delle reti dall'attività di erogazione e affidamento di quest'ultima unicamente mediante gara*, in *Riv. giur. ambiente*, 2010, 2, 341.

La sentenza n. 307 del 2009 si inserisce nell'ambito di quel filone giurisprudenziale con cui la Corte costituzionale ha introdotto un criterio finalistico e funzionale di individuazione delle materie, in applicazione del quale la legittimità delle disposizioni finisce con il dipendere dal nesso di strumentalità che le lega al fine proprio della materia cui sono ascrivibili, ossia da una valutazione formulata seguendo la traccia del giudizio di ragionevolezza, congruità e proporzionalità. In materie esplicitamente finalistiche come la tutela della concorrenza la Corte ha affermato con perentorietà la centralità di tale criterio, arrivando a dichiarare illegittime disposizioni statali non in grado di perseguire il fine che si prefiggevano e, viceversa, ha giustificato (come nel caso della sentenza n. 307 del 2009) norme regionali che «*tutelano più intensamente la concorrenza, rispetto a quelle poste dallo Stato*». Per un approfondimento su tali riflessioni, cfr. BENELLI F. – BIN R., *Prevalenza e "rimaterializzazione delle materie": scacco matto alle Regioni*, in *Le Regioni*, 6, 2009, 1185-1212.

Corte costituzionale con la sentenza n. 307 del 2009) quanto, come vedremo, in quello in cui sia una disciplina statale a fornire una disciplina più rigorosa rispetto a quella prevista a livello comunitario.

La Corte costituzionale ha illustrato ampiamente e sistematicamente tali concetti nella sentenza del 17 novembre 2010, n. 325, con la quale ha comparato il modello di *in house providing* delineato nel nostro ordinamento nazionale con quello elaborato a livello comunitario²⁷¹.

Con tale sentenza la Corte costituzionale si è pronunciata in merito alle questioni di legittimità costituzionale promosse dalle Regioni italiane nei confronti del noto articolo 23 *bis*, sostanzialmente sancendo la legittimità costituzionale (e, dunque, comunitaria) del processo di marginalizzazione dell'*in house providing* intrapreso nel diritto italiano.

La Consulta ha affrontato le molteplici questioni prospettate dai numerosi ricorsi regionali suddividendo la trattazione in sette macro “nuclei tematici” e soffermandosi in particolare (i) sul rapporto tra la disciplina dei servizi pubblici locali ricavabile dall’ordinamento dell’Unione europea e dalla Carta europea dell’autonomia locale e quella dettata dall’art. 23 *bis*, (ii) sul riparto di competenze tra lo Stato e le Regioni in materia di modalità di affidamento dei servizi pubblici locali, (iii) sulla proporzionalità e l’adeguatezza dell’intervento statale in tale materia, (iv) sulla competenza statale o regionale nella determinazione della rilevanza economica dei servizi pubblici locali, (v) sull’obbligo di motivazione della scelta dell’ente locale di procedere ad una modalità di affidamento in via ordinaria, (vi) sulla specialità della disciplina del servizio idrico integrato rispetto a quella degli altri servizi

²⁷¹ Corte cost. 17 novembre 2010, n.325, in *Giur.cost.*,2010, n.6, 4501, con commenti di LUCARELLI A., *La Corte costituzionale dinanzi al magma dei servizi pubblici locali: linee fondative per un diritto pubblico europeo dell’economia*, ivi, 4645; SABBIONI B., *La Corte equipara SPL di rilevanza economica e SIEG, ma ammette soltanto tutele più rigorose della concorrenza*, ivi, 4654; MUSOLINO S., *La riforma dei servizi pubblici locali è costituzionalmente legittima e compatibile con l’ordinamento comunitario*, in *Urb. app.*,2011, 49; CUOCOLO L., *La Corte costituzionale “salva” la disciplina statale sui servizi pubblici locali*, in *Giorn. dir. amm.*,n.5 del 2011,484 ss; COSTANTINO F., *Servizi locali e concorrenza, a proposito della sent. 325 del 2010*, in *Associazione italiana dei costituzionalisti*, 1/2011; BASSI G., *La riforma dei servizi pubblici locali alla prova della Consulta: le nuove linee interpretative desumibili dalla sentenza 3 novembre 2010, n. 325*, in *Appalti e contratti*, 12, 2010, 8.

pubblici locali ed, infine, (vii) sull'autonomia finanziaria delle Regioni e degli enti locali.

All'esito del giudizio, la Corte ha salvato quasi integralmente la norma censurata, dichiarando l'incostituzionalità del solo comma 10, lett. a), del suddetto articolo (in cui si prevedeva che lo Stato prescrivesse con un regolamento l'assoggettamento dei soggetti affidatari diretti di servizi pubblici locali al patto di stabilità interno) per violazione della potestà regolamentare regionale.

La prima delle questioni affrontate dalla Corte ha riguardato - non casualmente - il rapporto tra l'istituto dell'*in house providing* così come elaborato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia e la sua trasposizione nel nostro ordinamento interno, questione preliminare alla decisione in ragione dell'origine comunitaria dell'istituto²⁷².

La centralità di tale questione risultava molto evidente dalle prospettazioni delle Regioni ricorrenti e della difesa statale, le quali facevano entrambe perno proprio sul rapporto in materia di servizi pubblici locali tra diritto comunitario e diritto interno. In particolare, secondo le argomentazioni delle ricorrenti, le disposizioni contenute nell'art. 23 *bis*, ponendosi in contrasto con il modello di *in house providing* delineato a livello comunitario ed internazionale, si sarebbero poste in contrasto con il primo comma dell'art. 117 della Costituzione nella misura in cui esso vincola il legislatore statale e regionale al rispetto degli obblighi derivanti dal diritto comunitario ed internazionale. Secondo la difesa statale, al contrario, dalla stessa formulazione dell'art. 23 *bis* (che si autodichiarava applicativo della corrispondente disciplina comunitaria) sarebbe stato possibile desumere la *ratio* della disciplina introdotta, da rinvenirsi proprio nella necessità di dare applicazione al diritto comunitario medesimo.

La Corte, dinanzi alle suddette argomentazioni - apparentemente inconciliabili -, ha intrapreso una terza via interpretativa, "facendo salvo", quasi integralmente, l'art. 23 *bis* dalla declaratoria di incostituzionalità.

²⁷² Per la disamina del primo dei richiamati nuclei tematici si veda il punto 6 della sentenza in commento.

La sentenza in commento, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità comunitaria (e, dunque, costituzionale) del cammino intrapreso a livello nazionale, ha concluso inquadrando le restrizioni previste dal legislatore interno al ricorso all'istituto dell'*in house providing* quali restrizioni alla possibilità di derogare alla regola comunitaria concorrenziale dell'affidamento del servizio mediante gara e, pertanto, ha affermato che la disciplina interna, *«proprio perché reca una disciplina pro concorrenziale più rigorosa rispetto a quanto richiesto dal diritto comunitario, non è da questo imposta – e, dunque, non è costituzionalmente obbligata, ai sensi dell'art. 117 Cost., come sostenuto dallo Stato – ma neppure si pone in contrasto - come sostenuto all'opposto dalle ricorrenti – con la citata normativa comunitaria, che, in quanto diretta a favorire l'assetto concorrenziale del mercato, costituisce solo un minimo inderogabile per gli Stati membri»*²⁷³.

La Corte ha individuato nelle regole elaborate dalla Corte di Giustizia in materia di *in house providing* un livello minimo di tutela della concorrenza, inderogabile da parte degli Stati, ma ha concluso ritenendo non preclusa a questi ultimi la possibilità di introdurre livelli di tutela più elevati. In tale ottica, la rigorosa disciplina contenuta nell'art. 23 *bis* non rappresenterebbe né una violazione né un'applicazione necessitata della normativa comunitaria, ma *«una delle diverse discipline possibili della materia che il legislatore avrebbe potuto legittimamente adottare senza violare l'evocato primo comma dell'art. 117 Cost.»*.

In linea con la ricostruzione proposta dal legislatore e dal giudice interno, la Corte ha inquadrato, pertanto, l'istituto dell'*in house* tra le modalità di affidamento del servizio pubblico locale e non tra le modalità di gestione del medesimo e con un ragionamento analogo, *mutatis mutandi*, a quello condotto nella richiamata sentenza n. 307 del 2009, ha ribadito implicitamente - ancora una volta - che la regolamentazione delle modalità degli affidamenti *in house* non attiene alle funzioni degli enti locali o ai profili strutturali del servizio bensì concerne l'assetto competitivo da dare al mercato di riferimento²⁷⁴.

²⁷³ Cfr. punto 6.1 della sentenza in commento.

²⁷⁴ In senso analogo cfr. Corte cost., 20 novembre 2009, n. 307, punto 6.

La Corte costituzionale ha ritenuto prevalente il principio, insieme oggettivo e finalistico, della tutela della concorrenza nel mercato, volto ad agevolare i processi di liberalizzazione finalizzati ad abbattere progressivamente le barriere all'entrata, ritenendo legittimo il percorso intrapreso in Italia, volto a limitare la libertà di autorganizzazione delle pubbliche amministrazioni e il ricorso all'*in house providing*²⁷⁵.

In conclusione, alla luce del quadro sopra prospettato risulta come, nonostante il diritto comunitario avesse continuato la rifinitura dell'*in house providing* assumendo una posizione neutrale nei confronti di tale istituto, il legislatore e la giurisprudenza nazionali, ivi inclusa quella costituzionale, hanno evidentemente intrapreso un cammino inverso, marginalizzando definitivamente tale istituto, quale eccezione alla regola concorrenziale dell'affidamento mediante gara pubblica²⁷⁶.

4. *L'in house providing: la situazione immediatamente successiva al referendum abrogativo del 12 e 13 giugno 2011.*

La questione della diversità di approccio con cui l'ordinamento italiano e quello comunitario si sono rapportati negli anni nei confronti dell'istituto dell'*in house providing* ha acquisito un'importanza decisiva a seguito della recente abrogazione referendaria dell'art. 23 *bis*.

Lo scenario che si è prospettato - in termini di disciplina applicabile - all'esito del referendum abrogativo del 12 e 13 giugno 2011 ha reso, infatti, necessario prendere atto della circostanza che il diritto comunitario non ha ad

²⁷⁵ Incidentalmente la Corte costituzionale ha avuto modo di affermare che la possibilità di far ricorso all'*in house providing* deve essere espressamente prevista dal legislatore interno, non potendo le amministrazioni far ricorso a tale istituto solo sulla base dei principi affermati a livello comunitario. Cfr. in tal senso punto 13.2. 1 della sentenza, in cui si afferma che «*nel sistema normativo interno in cui già vige il divieto della gestione diretta mediante azienda speciale o in economia, i casi di affidamento in house debbono essere eccezionali e tassativamente previsti*». Si veda anche il punto 8.1. della sentenza.

²⁷⁶ Cfr. VOLPE C., *La Corte CE continua la rifinitura dell'in house. Ma il diritto interno va in controtendenza*, in *Urb. e app.*, fasc. 1, 2010, 38 e ss. Per un utile contributo sulla ricostruzione dei rapporti tra ordinamento interno e comunitario, si veda SALOMONE V., *L'affidamento dei servizi pubblici locali, tra normativa nazionale e diritto comunitario*, in *Foro Amm. – TAR*, 2006, 3422 e ss.

oggi mai espresso alcuna preferenza nei confronti della procedura ad evidenza pubblica rispetto all'*in house providing*, ritenendoli strumenti parimenti idonei a tutelare la concorrenza.

Il 12 e 13 giugno 2011 hanno avuto luogo diversi referendum popolari, uno dei quali avente ad oggetto l'abrogazione integrale dell'art. 23 *bis* e, dunque, della disciplina da esso prevista in materia di modalità di affidamento e gestione dei servizi pubblici locali²⁷⁷.

Tale referendum, come noto, ha avuto esito positivo e, pertanto, con il d.P.R. 18 luglio 2011, n. 113, l'articolo 23 *bis* è stato espunto dal nostro ordinamento²⁷⁸.

Per capire quale sia lo scenario normativo in materia di *in house providing* che si è prospettato all'esito del referendum è opportuno prendere le mosse dal giudizio espresso dalla Corte costituzionale nell'ambito del giudizio di ammissibilità del *referendum* stesso.

La Corte costituzionale, con la sentenza 26 gennaio 2011, n. 24, ha effettuato, infatti, un giudizio prognostico in merito a quale sarebbero stati i risvolti connessi all'eventuale accoglimento della proposta referendaria, allo scopo di verificare la compatibilità della c.d. "normativa di risulta" con il diritto dell'Unione europea²⁷⁹.

²⁷⁷ Con il primo quesito veniva proposta l'abrogazione dell'art. 23-bis del decreto legge 25 giugno 2008, n. 112 mentre con il secondo quesito quella del comma 1 dell'art. 154 del D.Lgs. n. 152/2006, limitatamente alla parte: "dell'adeguatezza della remunerazione del capitale investito", affinché la tariffa idrica venisse conseguentemente determinata senza tenere conto del parametro della remunerazione del capitale investito dall'ente gestore. L'ammissibilità dei quesiti è stata vagliata dalla Corte costituzionale con separati giudizi, in quanto, come noto, «ciascun quesito deve essere esaminato separatamente», al fine di «valutare ciascun quesito indipendentemente dagli altri e, in particolare, dagli effetti che l'esito degli altri referendum potrebbero avere sulla così detta normativa di risulta» (cfr. punto 3 della sentenza n. 24 del 2011).

²⁷⁸ Cfr. d.P.R. 18 luglio 2011, n. 113, pubblicato in *G.U.* n. 167 del 20 luglio 2011, recante «Abrogazione, a seguito di referendum popolare, dell'articolo 23-bis del decreto-legge n. 112 del 2008, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 133 del 2008, e successive modificazioni, nel testo risultante a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 325 del 2010, in materia di modalità di affidamento e gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica».

²⁷⁹ All'esito positivo del referendum abrogativo fa seguito un vuoto che spetta agli interpreti e, in particolare, ai giudici colmare. Si determina, infatti, automaticamente una normativa di risulta, frutto della saldatura fra referendum e la disciplina legislativa residua. In tal senso, PALADIN L., *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, 270.

Nella sentenza, la Corte ha preliminarmente individuato quale fosse la *ratio* dell'art. 23 *bis*, al fine di verificare se il quesito referendario avesse ad oggetto le leggi che l'art. 75 Cost. sottrae allo strumento del referendum popolare²⁸⁰.

Nella (corretta) prospettazione della Corte, l'art. 23 *bis* perseguiva lo scopo – estraneo alle materie elencate dall'art. 75 Cost. -, da un lato, di favorire l'esternalizzazione della gestione dei servizi pubblici locali mediante il suo affidamento a soggetti terzi, selezionati mediante procedura di gara ad evidenza pubblica, dall'altro, quello di limitare, conseguentemente, le ipotesi di gestione diretta (di cui la gestione *in house* costituisce una particolare fattispecie) dei servizi pubblici da parte degli enti locali²⁸¹.

Dopo aver escluso la riconducibilità dell'art. 23 *bis* ad una delle materie menzionate dall'art. 75 Cost., la Corte è passata a verificare se la disciplina prevista da tale articolo avesse un contenuto *comunitariamente* vincolato (e, quindi, *costituzionalmente* vincolato ai sensi degli artt. 11 e 117, primo comma, Cost.).

Con particolare riferimento a tale giudizio prognostico della Corte, è opportuno ricordare che la Corte costituzionale svolge con il giudizio di ammissibilità dei referendum anche un'indagine volta a verificare se l'eventuale abrogazione delle disposizioni oggetto di referendum renderebbe inadempiente l'Italia agli obblighi derivanti da diritto comunitario ed internazionale, e ciò in conformità con i principi costantemente affermati, secondo cui «*ai sensi dell'art. 75 della Costituzione, non si può svolgere referendum abrogativo sulle leggi di autorizzazione alla ratifica dei trattati internazionali e anche sulle altre disposizioni normative che producono effetti collegati in modo così stretto all'ambito di operatività di tali leggi tanto da ritenersi implicita nel sistema la preclusione (...)*» (Cfr. Corte costituzionale n. 31 del 2000; sul punto si vedano anche sentenze nn. 27 del 1997; 63 del 1990; 25 del 1987; 30 e 31 del 1981).

In merito alla portata di tale giudizio la Corte afferma che «*la normativa di risulta va sottoposta (...) non già ad un pieno ed approfondito scrutinio di legittimità costituzionale ma, ma ad una mera «valutazione liminare ed inevitabilmente limitata del rapporto tra oggetto del quesito e norme costituzionali, al fine di verificare se [...] il venir meno di una determinata disciplina non comporti ex se un pregiudizio totale all'applicazione di un precetto costituzionale».*

²⁸⁰ L'art. 75 Cost., prevede, in particolare, che «*Non è ammesso il referendum per le leggi tributarie e di bilancio, di amnistia e di indulto, di autorizzazione a ratificare trattati internazionali*».

²⁸¹ La Corte, sul punto riferisce che l'art. 23 *bis* «*risponde soltanto alla ratio di favorire la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica da parte di soggetti scelti a séguito di gara ad evidenza pubblica e, a tal fine, limita i casi di affidamento diretto della gestione, consentendo la gestione in house (cioè una peculiare forma di gestione diretta del servizio da parte dell'ente pubblico, affidata senza gara pubblica) solo ove ricorrano situazioni del tutto eccezionali, che «non permettono un efficace ed utile ricorso al mercato».*

Sul punto la Corte si è sostanzialmente riportata a quanto già affermato nella sentenza n. 325 del 2010, ribadendo che la disciplina introdotta dall'art. 23 *bis* non rappresentasse una applicazione necessitata del diritto comunitario bensì un'applicazione più rigorosa delle regole minime imposte dal diritto dell'Unione europea.

Tuttavia, gli spunti più interessati per ricostruire la disciplina risultante a seguito dell'abrogazione referendaria vengono forniti dalla Corte costituzionale nell'ambito del giudizio volto a verificare se l'eventuale accoglimento della proposta abrogativa avrebbe potuto comportare un qualche inadempimento da parte dello Stato italiano agli obblighi imposti dal diritto comunitario²⁸².

Sul punto la Corte precisa innanzitutto che *«dall'abrogazione referendaria non deriva, in tema di regole concorrenziali relative ai servizi pubblici locali di rilevanza economica, né una lacuna normativa incompatibile con gli obblighi comunitari né l'applicazione di una normativa contrastante*

²⁸² Nell'introdurre tale particolare forma di giudizio, la Corte precisa che *«al giudizio di ammissibilità dei referendum popolari abrogativi è estranea qualunque valutazione di merito (in particolare di legittimità costituzionale) in ordine sia alla normativa oggetto di referendum sia alla normativa risultante dall'eventuale abrogazione referendaria. In particolare, quanto a detta abrogazione, «non rileva che [...] darebbe luogo ad effetti incostituzionali: sia nel senso di determinare vuoti, suscettibili di ripercuotersi sull'operatività di qualche parte della Costituzione; sia nel senso di privare della necessaria garanzia situazioni costituzionalmente protette» (ex plurimis, sentenza n. 26 del 1981; nello stesso senso, sostanzialmente, sentenze n. 16 e n. 15 del 2008; n. 48, n. 47, n. 46 e n. 45 del 2005). Ciò non significa, però, che alla Corte sia inibita l'individuazione della cosiddetta normativa di risulta conseguente all'abrogazione referendaria. Al contrario, l'individuazione di tale normativa è necessaria per valutare se essa comporti un significativo inadempimento di specifici ed inderogabili obblighi internazionali, comunitari o, comunque, direttamente imposti dalla Costituzione (sentenze n. 35, n. 20 e n. 19 del 1997, n. 35 e n. 17 del 1993, n. 27 del 1987). In tali ipotesi, sempre nell'ambito del giudizio di ammissibilità del referendum, la normativa di risulta va sottoposta da questa Corte non già ad un pieno ed approfondito scrutinio di legittimità costituzionale, ma ad una mera «valutazione liminare ed inevitabilmente limitata del rapporto tra oggetto del quesito e norme costituzionali, al fine di verificare se [...] il venir meno di una determinata disciplina non comporti ex se un pregiudizio totale all'applicazione di un precetto costituzionale» (sentenza n. 45 del 2005, confermata dalla sentenza n. 15 del 2008) o di una norma comunitaria direttamente applicabile» (cfr. punto 4.2.2 della sentenza).*

La Corte costituzionale utilizza sempre più frequentemente le fonti comunitarie quale limite all'ammissibilità del referendum abrogativo e si è spinta sino a ritenere idonee a condizionare l'ammissibilità referendaria anche le direttive comunitarie in pendenza del termine per il loro recepimento nell'ordinamento nazionale. Sul punto, cfr., in particolare, la sentenza della Corte costituzionale n. 41 e 45 del 2000 e il commento di CELOTTO A., *La "preconformazione" a direttive comunitarie (in pendenza del termine di recepimento) come limite all'ammissibilità del referendum abrogativo e come norma interposta di carattere "eventuale" nei giudizi di legittimità costituzionale*, in *Questioni di Giustizia Costituzionale*, Editoriale Scientifica, 2009, 67.

con il suddetto assetto concorrenziale minimo inderogabile richiesto dall'ordinamento comunitario»²⁸³.

Passando ad illustrare quale sarebbe stata, dunque, la disciplina applicabile al settore nel caso di abrogazione dell'art. 23 *bis*, la Corte costituzionale esprime due precisazioni di indubbia rilevanza.

Da un lato, essa ha espressamente escluso la possibilità di una reviviscenza delle norme abrogate dall'art. 23 *bis*; dall'altro, ha individuato la normativa applicabile in luogo di quella contemplata dall'art. 23 *bis* nella disciplina fornita dal diritto comunitario.

Prospettato tale scenario, la Corte conclude per l'ammissibilità del quesito «per l'insussistenza di impedimenti di natura comunitaria»²⁸⁴.

²⁸³ La Corte risponde in tal modo negativamente a quanto prospettato nelle memorie presentate in sede di giudizio dal Governo, per sostenere l'inammissibilità del quesito. Il Governo, in particolare, aveva sostenuto che «a) la normativa oggetto del quesito, pur non costituendo una applicazione necessitata della normativa comunitaria (come precisato nella sentenza n. 325 del 2010 della Corte costituzionale), è comunque comunitariamente necessaria, perché – una volta esclusa la possibilità della gestione diretta dei servizi pubblici locali di rilevanza economica da parte dell'ente locale, per effetto degli artt. 35 della legge 28 dicembre 2001, n. 448, e 14 del decreto-legge 30 settembre 2003, n. 269, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 326 del 2003, non oggetto di referendum – è necessario che sussista (anche per il settore del servizio idrico) una disciplina nazionale applicativa degli artt. 14 e 106 del Trattato 25 marzo 1957 (Trattato sul funzionamento dell'Unione), tale da integrare una delle diverse discipline possibili della materia, rispettose dell'art. 117, primo comma, Cost.; b) il referendum è inammissibile (come tutti quelli aventi ad oggetto leggi costituzionalmente necessarie: Corte costituzionale, sentenza n. 26 del 1981), perché l'abrogazione referendaria dell'art. 23-bis del decreto-legge n. 112 del 2008 non comporterebbe (per comune consenso e come riconosciuto dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 31 del 2000) la reviviscenza della normativa precedentemente abrogata (nella specie, dell'art. 113 del d.lgs. n. 267 del 2000, «peraltro di dubbia compatibilità comunitaria») e, pertanto, provocherebbe un grave vuoto normativo in un settore delicatissimo, senza che sia assicurato alcun «livello minimo di tutela legislativa» (come richiesto dalla sentenza della Corte costituzionale n. 45 del 2005), così da rendere l'Italia inadempiente agli obblighi derivanti dai Trattati europei (Corte costituzionale, sentenza n. 81 del 2000);» (cfr. punto 5 della parte in fatto della sentenza n. 24 del 2011).

²⁸⁴ Cfr. passaggio conclusivo del punto 4.2.2. della sentenza n. 24 del 2011.

La Corte costituzionale ha concluso in favore dell'ammissibilità del quesito accertando anche la sussistenza degli ulteriori requisiti richiesti dalla giurisprudenza costituzionale ai fini dell'ammissibilità dei quesiti referendari, ovvero quello dell'omogeneità e della congruità tra intento referendario e formulazione.

Con particolare riferimento al primo dei due requisiti, la Corte ha escluso che l'astratta riconducibilità all'art. 23 *bis* di una molteplicità indefinita di servizi pubblici locali di rilevanza economica potesse privare di coerenza ed unitarietà il quesito. Anche con riferimento al secondo dei suddetti requisiti, la Corte ha precisato che, data l'obiettivo *ratio* del quesito - da individuarsi nella volontà di escludere l'applicazione delle norme contenute nell'art. 23 *bis*, nella parte in cui limitano le ipotesi in cui è ammesso il ricorso all'*in house providing* rispetto alla disciplina prevista a livello comunitario - «non sussiste (...) alcuna contraddizione o

La Corte costituzionale fornisce, dunque, importanti spunti per ricostruire quale quadro si è prospettato all'indomani dell'esito referendario del 12 e 13 giugno 2011, escludendo in primo luogo la reviviscenza delle norme abrogate da tale articolo²⁸⁵.

Il comma 10 dell'art. 23 *bis*, come visto, delegava ad un Regolamento di delegificazione il compito di individuare espressamente le norme abrogate dall'introduzione della nuova disciplina e la Consulta ha escluso che tali norme potessero "rivivere" con l'abrogazione referendaria dell'articolo²⁸⁶.

Con la sentenza n. 24 del 2011 la Corte fuga sin da subito, dunque, qualsiasi dubbio in merito a tale aspetto²⁸⁷.

incongruità tra tale intento intrinseco e la formulazione – del tutto chiara, semplice ed univoca – della richiesta referendaria di abrogare l'intero art. 23-bis».

²⁸⁵ Tale reviviscenza era stata espressamente paventata dai presentatori del referendum nelle memorie presentato nel corso del giudizio. In tali memorie veniva paventata, quale conseguenza dell'abrogazione dell'art. 23 *bis*, «L'applicabilità dell'art. 113 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali), sia con riferimento alle «disposizioni» di tale articolo (commi 5, 5-bis, 6, 7, 9 – escluso il primo periodo –, 14, 15-bis, 15-ter, 15-quater) espressamente abrogate dall'art. 12, comma 1, lettera a), del d.P.R. n. 168 del 2010, divenuto inefficace, sia con riferimento alle «norme» del medesimo artico 113 abrogate per incompatibilità dall'art. 23-bis del decreto-legge n. 112 del 2008» (cfr. quanto riferito al punto 4 della sentenza della Corte costituzionale n. 24 del 2011). A tal riguardo la Corte richiama una serie di suoi precedenti (sentt. n. 31 del 2000 e n. 40 del 1997) con i quali, tuttavia, non è stata espressamente esclusa la possibilità di reviviscenza delle disposizioni abrogate dalle disposizioni oggetto di referendum: tali decisioni contengono, infatti, una statuizione in tal senso solo implicita. In entrambe le decisioni la Corte conclude per l'inammissibilità del quesito referendario sul presupposto che il venir meno delle disposizioni oggetto di referendum determinerebbe un vuoto normativo (e, dunque, non la reviviscenza delle disposizioni vigenti precedentemente all'entrata in vigore delle norme abrogate) dal quale potrebbe conseguire un inadempimento dell'Italia agli obblighi imposti dal diritto comunitario (cfr. sent n. 31 del 2000) o una disciplina di un'incertezza tale da rendere la scelta a favore della quale si opta votando positivamente al referendum assolutamente incerte e poco chiara (cfr. sent. n. 40 del 1997).

²⁸⁶ Il comma 11 dell'art. 23 *bis* aveva espressamente previsto che «L'articolo 113 del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, e successive modificazioni, e' abrogato nelle parti incompatibili con le disposizioni di cui al presente articolo» salvo poi rimandare, come detto, ad un regolamento di delegificazione il compito di individuare le norme abrogate dall'articolo.

L'art. 12 del d.P.R. n. 168 del 2010 aveva espressamente abrogato i seguenti articoli: «a) articolo 113, commi 5, 5-bis, 6, 7, 8, 9, escluso il primo periodo, 14, 15-bis, 15-ter e 15-quater, del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, e successive modificazioni; b) articolo 150, comma 1, del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, e successive modificazioni, ad eccezione della parte in cui individua la competenza dell'Autorita' d'ambito per l'affidamento e l'aggiudicazione; c) articolo 202, comma 1, del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, e successive modificazioni, ad eccezione della parte in cui individua la competenza dell'Autorita' d'ambito per l'affidamento e l'aggiudicazione».

Un profilo lasciato invece completamente nell'ombra dalla pronuncia della Consulta è quello relativo alle sorti del d.P.R. 7 settembre 2010, n. 168, di attuazione delle previsioni contenute nell'art. 23 bis.

Sul punto, i presentatori del quesito referendario avevano osservato durante il giudizio che l'abrogazione dell'art. 23 bis avrebbe determinato, tra le altre conseguenze, «*il venir meno, fin dall'origine, del fondamento legislativo del regolamento delegificante di cui al d.P.R. 7 settembre 2010, n. 168 (...) con la conseguente perdita di efficacia di tale regolamento*»²⁸⁸.

Nel giudizio sull'ammissibilità del referendum, tuttavia, la Corte ha ommesso di pronunciarsi in merito a tale aspetto.

Il regolamento in argomento trova il proprio fondamento normativo nel comma 10 dell'art. 23 bis, che ha delegato al Governo il compito di adottare un regolamento di delegificazione - ai sensi dell'articolo 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400 - volto ad introdurre la disciplina di dettaglio necessaria ai fini dell'attuazione e dell'implementazione della nuova riforma in materia di servizi pubblici locali.

Come noto, ai sensi dell'articolo 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400, esclusivamente le leggi della Repubblica possono autorizzare l'esercizio della potestà regolamentare da parte del Governo, indicando le norme generali regolatrici della materia e disponendo l'abrogazione delle norme vigenti, con effetto dall'entrata in vigore delle norme regolamentari.

Non dovrebbe, pertanto, residuare alcun dubbio in merito alla circostanza che, venuto meno (all'esito del referendum abrogativo) l'art. 23 bis, sia venuto meno – conseguentemente - anche il d.P.R. 7 settembre 2010, n. 168, che nella disciplina abrogata trovava la propria unica base legale²⁸⁹.

²⁸⁸ Cfr. quanto riportato al punto 4 della parte in fatto della sentenza della Corte costituzionale n. 24 del 2011.

²⁸⁹ Per tale opinione cfr. VOLPE C., *Appalti pubblici e servizi pubblici. Dall'art. 23 bis al decreto legge manovra di agosto 2011 attraverso il referendum: l'attuale quadro normativo*, in *www.giustamm.it*, 10; RIZZO I., *Brevi considerazioni a seguito dell'abrogazione dell'art. 23 bis L., 133/2008*, in *Urb. e app.*, 8, 2011, 899 ss.

A sostegno di tale tesi, i presentatori del quesito referendario richiamano – per analogia - la sentenza della Corte costituzionale 15 luglio 2003, n. 241. In tale sentenza la Corte ha fornito un'importante spunto al fine di inquadrare i rapporti tra legge di delega e decreto delegato, affrontando il caso dell'abrogazione parziale di una legge di delega, intervenuta successivamente alla scadenza dei termini previsti per l'esercizio della delega stessa. In tale

4.1 (segue) *La normativa di risulta: l'applicabilità della disciplina comunitaria.*

Lo spunto senza dubbio più importante fornito dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 24 del 2011 è tuttavia quello con cui la Corte ha individuato espressamente la normativa di risulta applicabile nella «*normativa comunitaria (come si è visto, meno restrittiva rispetto a quella oggetto di referendum) relativa alle regole concorrenziali minime in tema di gara ad evidenza pubblica per l'affidamento della gestione di servizi pubblici di rilevanza economica*»²⁹⁰.

Secondo la prospettazione fornita dalla Consulta (la quale riprende, nelle sue linee essenziali, quella già fornita nella sentenza n. 325 del 2010), l'art. 23 *bis* aveva introdotto una disciplina più rigorosa in materia di gestione dei servizi pubblici locali rispetto a quella prevista dal diritto dell'Unione europea e la sua abrogazione avrebbe determinato la piena applicazione dei principi - meno restrittivi - espressi a livello comunitario dalla Corte di Giustizia, epurati

sentenza la Corte rileva un legame indissolubile tra legge delega e decreto delegato, affermando che «*il legislatore, per provocare la cessazione di vigenza del decreto legislativo, ha operato sulla legge di delegazione nel momento in cui il termine per l'esercizio della delega era scaduto, sicché la complessa operazione non può essere intesa come conferimento di una nuova delega valida de futuro, diretta ad escludere l'attribuzione alle Regioni e agli enti locali di compiti e funzioni inerenti alla gestione dell'Istituto per il credito sportivo, ma puramente e semplicemente come intervento legislativo mirante a rendere priva di una base legale qualsiasi attribuzione medio tempore intervenuta, con immancabili riflessi sul piano della vigenza. La circostanza che il Parlamento, con la legge n. 191 del 1998 abbia operato nominalmente sulla legge di delegazione e sui poteri del Governo, anziché agire direttamente sulle corrispondenti disposizioni del decreto legislativo attuativo (art. 157 d.lgs. n. 112 del 1998, nella parte in cui, regolando l'Istituto per il credito sportivo, attraeva alla materia dello sport anche profili riguardanti una banca) non può essere altrimenti interpretata che come rimozione di queste disposizioni fin dall'origine*» (cfr. punto 4 della sentenza). Cfr., per un commento a tale sentenza MORELLI A., *Il legame indissolubile tra legge di delega e decreto legislativo e l'innovativa tecnica dell' "abrogazione indiretta" in una recente sentenza della Corte costituzionale (241/2003)*, in *Quaderni costituzionali*, 15 settembre 2003; MALO M., *Antinomie fra decreto delegato 112/1998 e legge di delegazione 59/1997 modificata, o diversa ricostruzione del caso?*, *Le Regioni*, 6, 2003.

Il richiamo a tale sentenza, non sembra tuttavia perfettamente pertinente.

Anche il legislatore, ad ogni modo, sembra che abbia ritenuto abrogato il d.P.R. n. 168 del 2010 tanto che ha provveduto a riprodurre buona parte dei suoi contenuti nell'art. 4 del decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138, che, come verrà esposto a seguire, oggi contiene la nuova disciplina dei servizi pubblici locali.

²⁹⁰ Cfr. punto 4.2.2. della sentenza.

dunque di quelle limitazioni e restrizioni che il legislatore interno ha voluto introdurre con l'adozione della normativa abrogata.

Con specifico riferimento alla normativa di risulta in materia di gestione *in house providing* dei servizi pubblici locali, con l'abrogazione dell'art. 23 *bis* sarebbero venuti meno i limiti di natura sostanziale e procedimentale introdotti dal legislatore italiano e avrebbe trovato applicazione, dunque, la disciplina prevista in tale ambito dal diritto comunitario, che non limita – come visto - la gestione *in house* a nessuna condizione ulteriore rispetto a quelle (del controllo analogo e dell'attività prevalente) tradizionalmente necessarie ai fini della sua configurabilità.

L'ente locale avrebbe potuto, dunque, in conformità ai principi ed alle regole previste a livello comunitario, gestire *in house* il servizio – comunque motivando congruamente tale scelta - senza bisogno che ricorresse alcuna situazione eccezionale che ostacolasse un efficace e utile ricorso al mercato e senza bisogno di alcun preventivo parere dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, ivi incluso per l'affidamento di contratti superiori a 200.000 Euro. Ciò in quanto, nella lettura data dalla Corte costituzionale, il diritto comunitario avrebbe dato comunque una copertura legale alla gestione *in house providing* dei servizi pubblici locali²⁹¹.

La normativa di risulta così delineata avrebbe dunque rispecchiato perfettamente la *ratio* del quesito referendario, individuata dalla Corte costituzionale «*nell'intento di escludere l'applicazione delle norme, contenute nell'art. 23 bis, che limitano, rispetto al diritto comunitario, le ipotesi di affidamento diretto e, in particolare, quelle di gestione in house di pressoché*

²⁹¹ L'analisi della normativa di risulta fornita dalla Corte costituzionale sembra contrastare tuttavia con quanto sostenuto dalla giurisprudenza (ivi inclusa quella costituzionale) e dalla dottrina in merito alla necessità che la modalità di gestione *in house* del servizio sia espressamente contemplata come percorribile da parte di una disposizione normativa. Si ricorda, infatti, che anche la Corte costituzionale aveva recentemente sancito che l'art. 23 *bis* si è andato ad innestare «*in un sistema normativo interno in cui già vige il divieto della gestione diretta mediante azienda speciale o in economia (introdotta dai non censurati artt. 35 della legge n. 448 del 2001 e 14 del decreto-legge n. 269 del 2003) e nel quale, pertanto, i casi di affidamento in house, quale modello organizzativo succedaneo della (vietata) gestione diretta da parte dell'ente pubblico, debbono essere eccezionali e tassativamente previsti*». Cfr. punto 8.1.2. della sentenza n. 325 del 2010.

tutti i servizi pubblici locali di rilevanza economica (ivi compreso il servizio idrico)»²⁹².

5. La nuova disciplina introdotta dall'art. 4 del decreto-legge n. 138 del 2011.

La *ratio* del referendum abrogativo del 12 e 13 giugno sembrava dunque molto chiara: allineare la disciplina italiana in materia di *in house providing* alla disciplina comunitaria – come visto, meno rigorosa - dell'istituto.

Venuto meno l'art. 23 *bis* sarebbero venuti meno, infatti, tutti quei limiti di natura sostanziale e processuale per ricorrere alla gestione *in house*, i quali sono stati introdotti in Italia proprio con l'adozione dell'ultima riforma in materia di servizi pubblici locali.

Nonostante la *ratio* referendaria, tuttavia, il legislatore, a pochi mesi di distanza dal referendum, ha approvato una nuova riforma in materia di servizi pubblici locali, riproponendo, in maniera quasi identica, le disposizioni dell'abrogato art. 23 *bis* e dando veste legislativa, anche qui per la gran parte con un'attività in parte riproduttiva, ai contenuti del d.P.R. n. 168 del 2010,

²⁹² Anche i presentatori della richiesta di referendum abrogativo hanno individuato la «*matrice razionalmente unitaria*» ed il «*fine estrinseco*» del quesito nell'intento di «*limitare – nel rispetto dei limiti costituzionali, internazionali e comunitari – gli eccessi delle cosiddette “privatizzazioni” della gestione dei servizi pubblici locali*». Cfr. quanto riportato al punto 4 della sentenza n. 24 del 2011. Con il riferimento alla «*matrice razionalmente unitaria*» e con quello al «*fine intrinseco*» i presentatori del referendum hanno sostenuto l'ammissibilità del con riferimento ai principi affermati dalla Corte costituzionale rispettivamente con le sentenza n. 16 del 1978 e n. 29 del 1987. Nell'ambito della prima decisione, la Corte costituzionale ha avuto modo di affermare che «*In primo luogo, cioè, sono inammissibili le richieste così formulate, che ciascun quesito da sottoporre al corpo elettorale contenga una tale pluralità di domande eterogenee, carenti di una matrice razionalmente unitaria, da non poter venire ricondotto alla logica dell'art. 75 Cost.; discostandosi in modo manifesto ed arbitrario dagli scopi in vista dei quali l'istituto del referendum abrogativo è stato introdotto nella Costituzione, come strumento di genuina manifestazione della sovranità popolare*». Nell'ambito della seconda, la Corte ha statuito che «*La natura del referendum abrogativo nel nostro sistema costituzionale è quella di atto-fonte dell'ordinamento dello stesso rango della legge ordinaria. Come il legislatore rappresentativo ispira e coordina la sua volontà ad un oggetto puntuale, così la volontà popolare deve poter ispirarsi ad una ratio altrettanto puntuale. Il quesito referendario è dotato di siffatta ratio quando in esso sia incorporata l'evidenza del fine intrinseco all'atto abrogativo*».

Come chiarito dalla Corte nella sentenza n. 24 del 2011 (cfr. punto 5.2. della sentenza), tuttavia, la richiesta referendaria è «*atto privo di motivazione*» la cui *ratio* non può essere desunta dalle dichiarazioni eventualmente prestate dai promotori ma «*esclusivamente dalla finalità «incorporata nel quesito», cioè dalla finalità obiettivamente ricavabile in base alla sua formulazione ed all'incidenza del referendum sul quadro normativo di riferimento*».

introducendo limiti ancora più restrittivi per ricorrere alla gestione *in house* dei servizi pubblici locali²⁹³.

La nuova disciplina delle modalità di gestione dei servizi pubblici locali è stata recentemente introdotta dall'art. 4 del decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138, convertito, con modificazioni, in legge 14 settembre 2011, n. 148, recante *“Adeguamento della disciplina dei servizi pubblici locali al referendum popolare e alla normativa dell’Unione europea”*. Tale disciplina è stata peraltro già parzialmente modificata dall'art. 9 della legge 12 novembre 2011, n. 183 ed è anche oggetto di modifiche da parte del decreto-legge 24 gennaio 2012, n. 1, ad oggi ancora non convertito.

Andando ad esaminare il contenuto della nuova disciplina, i commi da 1 a 4, illustrano la procedura attraverso la quale gli enti locali distinguono – all'interno dei servizi pubblici locali - quelli da liberalizzare e quelli da concedere in esclusiva, riproducendo, quasi testualmente, le previsioni del d.P.R. 168 del 2010²⁹⁴.

²⁹³ A notare da subito la sostanziale identità tra la disciplina recata dall'abrogato art. 23 *bis* e la nuova disciplina contenuta nell'art. 4 del decreto-legge n. 138 del 2011 cfr., *ex plurimis*, FURNO E., *La never ending story dei servizi pubblici locali di rilevanza economica tra aspirazioni concorrenziali ed esigenze sociali: linee di tendenza e problematiche aperte alla luce del d.l. n. 138/2011, convertito nella l. n. 148/2011*, in www.giustamm.it, settembre 2011; LOMBARDO M., *La governance delle società a controllo pubblico: riflessioni a margine della nuova disciplina normativa dei servizi pubblici locali*, in www.dirittodeiservizipubblici.it, 2011; LUCARELLI A., *Prmissime considerazioni a margine degli artt.4 e 5 decreto legge n.138 del 13 agosto 2011 e relativo impatto sui servizi pubblici locali*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it. Per una verifica visiva in merito a tale identità, cfr. la tavola di concordanza elaborata da MASETTI D., *La nuova (?) disciplina dei servizi pubblici locali dopo il referendum abrogativo del 12-13 giugno*, in www.giustamm.it, 2011.

²⁹⁴ Il primo comma dell'art. 4, prevede che *«1. Gli enti locali, nel rispetto dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi, verificano la realizzabilità di una gestione concorrenziale dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, di seguito "servizi pubblici locali", liberalizzando tutte le attività economiche compatibilmente con le caratteristiche di universalità e accessibilità del servizio e limitando, negli altri casi, l'attribuzione di diritti di esclusiva alle ipotesi in cui, in base ad una analisi di mercato, la libera iniziativa economica privata non risulti idonea a garantire un servizio rispondente ai bisogni della comunità»*. Tale comma riproduce quanto era previsto dall'art. 2, primo comma, del d.P.R. 168 del 2010, ai sensi del quale *«Gli enti locali verificano la realizzabilità di una gestione concorrenziale dei servizi pubblici locali, limitando l'attribuzione di diritti di esclusiva, ove non diversamente previsto dalla legge, ai casi in cui, in base ad una analisi di mercato, la libera iniziativa economica privata non risulti idonea, secondo criteri di proporzionalità, sussidiarietà orizzontale ed efficienza, a garantire un servizio rispondente ai bisogni della comunità, e liberalizzando in tutti gli altri casi le attività economiche compatibilmente con le caratteristiche di universalità ed accessibilità del servizio»*.

In questo scenario, il decreto-legge n. 138 del 2011 riafferma innanzitutto il principio (già affermato con l'art. 23 *bis* ed il d.P.R. n. 168 del 2010) della “liberalizzazione” e della “gestione concorrenziale dei servizi pubblici locali di rilevanza economica”, inquadrando come una mera eccezione l'attribuzione di diritti di esclusiva.

Così come era stato durante la vigenza dell'art. 23 *bis*, anche il nuovo articolo 4 ammette l'attribuzione di diritti in esclusiva, infatti, solo in ipotesi di fallimento del mercato, qualora, in base ad una analisi (di cui l'ente ente affidante deve dar conto in una delibera quadro, adeguatamente pubblicizzata ed inviata all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ai fini della

Il decreto-legge 24 gennaio 2012, n. 1, oggi ancora non convertito, ha aggiunto al primo comma dell'art. 4 la precisazione che gli enti locali procedano alle proprie valutazioni dopo aver individuato anche i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico universale.

Anche il secondo comma dell'art. 4 è identico alla previsione contenuta al secondo comma dell'art. 2 del d.P.R. 168 del 2010. Il primo, in particolare, prevede che «*All'esito della verifica di cui al comma 1 l'ente adotta una delibera quadro che illustra l'istruttoria compiuta ed evidenzia, per i settori sottratti alla liberalizzazione, le ragioni della decisione e i benefici per la comunità locale derivanti dal mantenimento di un regime di esclusiva dei servizi* » il secondo che «*All'esito della verifica l'ente adotta una delibera quadro che illustra l'istruttoria compiuta ed evidenzia, per i settori sottratti alla liberalizzazione, i fallimenti del sistema concorrenziale e, viceversa, i benefici per la stabilizzazione, lo sviluppo e l'equità all'interno della comunità locale derivanti dal mantenimento di un regime di esclusiva del servizio*». Con la legge 12 novembre 2011, n. 183, è stato precisato che con la delibera quadro gli enti locali devono anche valutare l'opportunità di procedere all'affidamento simultaneo con gara di una pluralità di servizi pubblici locali, questo nei casi in cui possa essere dimostrato che tale scelta sia economicamente più vantaggiosa.

Quanto al terzo comma dell'art. 4, esso prevede che «*Alla delibera di cui al comma precedente è data adeguata pubblicità; essa è inviata all'Autorità garante della concorrenza e del mercato ai fini della relazione al Parlamento di cui alla legge 10 ottobre 1990, n. 287*» e la medesima previsione era contenuta al terzo comma dell'art. 2 del d.P.R. n. 168 del 2010, secondo cui «*Alla delibera di cui al comma precedente è data adeguata pubblicità; essa è inviata all'Autorità garante della concorrenza e del mercato ai fini della relazione al Parlamento di cui alla legge 10 ottobre 1990, n. 287*». La legge

Anche il quarto comma dell'art. 4 («*La verifica di cui al comma 1 è effettuata entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore del presente regolamento e poi periodicamente secondo i rispettivi ordinamenti degli enti locali; essa è comunque effettuata prima di procedere al conferimento e al rinnovo della gestione dei servizi*») riproduce testualmente il quarto comma dell'art. 2 del D.P.R. n. 168 del 2010 («*La verifica di cui al comma 1 è effettuata entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore del presente regolamento e poi periodicamente secondo i rispettivi ordinamenti degli enti locali; essa è comunque effettuata prima di procedere al conferimento e al rinnovo della gestione dei servizi*»).

L'art. 25, parte B, del decreto-legge 24 gennaio 2011, n. 138, ancora non convertito, prevede l'integrale sostituzione sia del terzo che del quarto comma dell'art. 4. Il decreto-legge introduce la necessità, per gli enti territoriali con popolazione superiore a 10.000 abitanti, di un previo parere obbligatorio dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato. Senza tale parere l'ente locale non potrà procedere all'attribuzione di diritti di esclusiva.

relazione al Parlamento di cui alla legge 10 ottobre 1990, n. 287²⁹⁵), la libera iniziativa economica privata non risulti idonea a garantire un servizio rispondente ai bisogni della comunità²⁹⁶.

In tal modo la legge spinge prioritariamente verso la realizzazione della concorrenza *nel* mercato, ossia verso un processo di liberalizzazione delle attività economiche²⁹⁷.

Con specifico riferimento alle modalità di gestione dei servizi pubblici locali, la libertà di scelta dell'ente locale viene ulteriormente compressa rispetto alla formulazione del precedente art 23 *bis*.

Dei tre modelli di gestione del servizio che erano previsti dall'art. 23 *bis* sembra – a prima lettura – sopravvivere solo uno: quello mediante gara.

Il comma 8 - nella sostanza riproduttivo di quanto prima disciplinato dall'art. 23 *bis*, comma 2 , lett. a) e dall'art. 3, comma 1, del d.P.R. 168 del 2010 - stabilisce infatti che, nel caso in cui, all'esito della suddetta valutazione, l'ente locale intenda procedere all'attribuzione di diritti di esclusiva, il conferimento della gestione di servizi pubblici locali avviene in favore di imprenditori o di società, in qualunque forma costituite, individuati mediante procedure competitive ad evidenza pubblica²⁹⁸.

Il comma 9 chiarisce, analogamente alla precedente disciplina, che le società a capitale interamente pubblico possono partecipare alle procedure

²⁹⁵ Tale meccanismo è stato modificato dal decreto-legge 24 gennaio 2012, n. 1, attualmente non ancora convertito. Si veda quanto illustrato nella precedente nota.

²⁹⁶ Gli enti locali dovranno adottare tale delibera comunque prima di procedere al conferimento ed al rinnovo della gestione dei servizi (cfr. comma 4 del nuovo art. 4).

²⁹⁷ In tal senso, VOLPE C., *Appalti pubblici e servizi pubblici. Dall'art. 23 bis al decreto legge manovra di agosto 2011 attraverso il referendum: l'attuale quadro normativo*, in www.giustamm.it, 12. Sulla manovra c.d." Manovra di Ferragosto" cfr. anche SCURA F., *La "nuova" disciplina dei servizi pubblici locali nella "manovra di Ferragosto"* in www.dirittodeiservizipubblici.it.

²⁹⁸ Al riguardo, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, nella segnalazione AS864 del 26 agosto 2011, ha sottolineato come il principio dell'obbligo di gara per l'affidamento in esclusiva dei servizi pubblici locali, oltre a rispondere ai principi concorrenziali, appaia *"fondamentale per garantire la scelta dell'operatore migliore in termini di qualità efficienza e condizione economiche dei servizi offerti"*. L'Autorità ha quindi auspicato l'opportunità di accompagnare il processo di riforma del settore dei servizi pubblici locali *"con misure di garanzia dell'efficienza e della qualità della gestione del servizio"*. Sempre secondo l'Autorità, *"i risultati di tale attività potrebbero poi essere utilizzati a fini normativi, ad esempio stabilendo l'automatica cessazione anticipata dell'affidamento avvenuto in via diretta (e la successiva messa a gara del medesimo), se il gestore non è in grado di realizzare performance paragonabili ai migliori standard disponibili per servizi analoghi"*.

competitive ad evidenza pubblica, sempre che non vi siano specifici divieti previsti dalla legge²⁹⁹.

Il comma 11 contiene alcune indicazioni, ancora una volta meramente riproduttive di quanto era previsto dall'art. 3, comma 3, del d.P.R. n. 168 del 2010, cui attenersi per la redazione dei bandi di gara, volte ad evitare distorsioni dell'assetto concorrenziale dei mercati³⁰⁰.

Alla modalità di affidamento del servizio di cui al comma 8, l'art. 4 affianca, seppur in maniera implicita, anche quello a favore di società con capitale misto pubblico-privato³⁰¹, con socio operativo selezionato mediante procedura di gara, riproducendo le disposizioni del precedente art. 23 *bis* e del d.P.R. n. 168 del 2010, ivi incluso con riferimento al limite minimo del 40 % del capitale sociale di cui deve essere titolare il socio privato e con riferimento ai contenuti e alle caratteristiche della gara a doppio oggetto (cfr. comma 12 dell'art. 4).

Il comma 13, infine, in deroga alle modalità di affidamento sopra illustrate, ammette l'affidamento diretto a società che possiedono i requisiti richiesti dall'ordinamento europeo per la gestione *in house* introducendo la condizione che il valore del servizio non superi i 900.000 euro annui, discostandosi pertanto dalla precedente disciplina dell'*in house providing* che non prevedeva tale limite (e che, viceversa, prevedeva l'acquisizione del parere preventivo dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato)³⁰². Si sottolinea che il decreto-legge 24 gennaio 2012, n. 1, ad oggi non ancora convertito, ha ristretto ulteriormente la possibilità di ricorso all'*in house providing*, abbassando la suddetta soglia economica a 200.000 euro annui.

²⁹⁹ Tale comma riproduce testualmente quanto precedentemente previsto dall'art. 3, comma 2, del d.P.R. n. 168 del 2010, secondo cui «*Le società a capitale interamente pubblico possono partecipare alle procedure competitive ad evidenza pubblica di cui all'articolo 23-bis, comma 2, lettera a), sempre che non vi siano specifici divieti previsti dalla legge*».

³⁰⁰ Tale comma è stato in parte modificato dalla legge di conversione del decreto-legge 138/2011 (si veda la lettera f). Il decreto legge 24 gennaio 2012, n. 1, vi ha introdotto, inoltre, una lettera *b-bis*.

³⁰¹ A tale modalità di gestione facevano riferimento, con formulazione sostanzialmente identica, la lett. b) dell'art. 23 *bis*, unitamente al comma 4 dell'art. 3 del d.P.R. n. 168 del 2010.

³⁰² Come illustrato nella parte iniziale del presente paragrafo, sembrerebbe che il decreto legge 24 gennaio 2012, n. 1, che ha significativamente modificato l'art. 4, abbia reintrodotta il parere obbligatorio dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato per i servizi affidati dagli enti territoriali con popolazione superiore a 10.000 abitanti.

La nuova disciplina fornita dall'art. 4 continua, in linea con la precedente, ad imporre alle società *in house* il rispetto del patto di stabilità interno (comma 14, riproduttivo di quanto prevedeva l'art. 5 del d.P.R. n. 168 del 2010) e alle società *in house* e a quelle miste, l'applicazione delle disposizioni del codice dei contratti pubblici per l'acquisto di beni e servizi (comma 15, riproduttivo di quanto prevedeva l'art. 6, comma 1, del d.P.R. n. 168 del 2010)³⁰³.

Il comma 17, riproduttivo nella sostanza del precedente art. 7 del d.P.R. n. 168 del 2010, con specifico riferimento all'assunzione di personale, stabilisce che le società a partecipazione pubblica che gestiscono servizi pubblici locali, adottino, con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi nel rispetto dei principi di cui al comma 3 dell'articolo 35 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165.

Viene riproposta anche la previsione volta a prevedere che in caso di affidamento del servizio a società *in house* o comunque partecipate dall'ente locale, l'organo di vigilanza di quest'ultimo verifichi sul rispetto del contratto di servizio (comma 18, analogo al previgente art. 8, comma 10, del d.P.R. n. 168 del 2011).

I commi dal 19 al 27 contengono una serie di disposizioni tese a distinguere le funzioni di regolazione da quelle di gestione, attraverso una serie di cause di incompatibilità e di divieti di nomina, che riproducono pedissequamente quelle originariamente contemplate dall'art. 8 del d.P.R. n. 168 del 2010.

³⁰³ Rilievi critici in merito alla riproduzione anche nell'art. 4 del decreto-legge n. 138 del 2011 dell'obbligo per le società *in house* di rispettare il patto di stabilità vengono mosse da FURNO E., *La never ending story*, cit. L'A., in particolare, evidenzia un potenziale profilo di illegittimità costituzionale della norma nella parte in cui "*riproduce una previsione già dichiarata incostituzionale*" dalla Corte costituzionale con la nota sent. n. 325 del 2010. Il rilievo tuttavia non sembra pertinente alla luce del fatto che con la sentenza n. 325, la Corte ha accolto le censure regionali avverso l'art.23 *bis* del d.l. n.112 del 2008, comma 10, il quale demandava ad un regolamento governativo il compito di prevedere l'assoggettamento delle società *in house* al patto di stabilità, atteso che tale assoggettamento, attenendo alla materia del coordinamento della finanza pubblica, di competenza legislativa concorrente, non consente l'esercizio di potestà regolamentare statale. Non sembra, pertanto, che analoghe censure potrebbero essere mosse avverso il nuovo art. 4, che dispone direttamente, senza alcuna delega al governo, l'assoggettamento delle società *in house* al patto di stabilità.

Il comma 28 ribadisce il principio che, ferma restando la proprietà pubblica delle reti, la loro gestione possa essere affidata a soggetti privati, in analogia a quanto precedentemente previsto dall'art. 23 *bis*, comma 5.

I commi 29, 30 e 31, disciplinano, per il caso di subentro, la cessione di beni, di proprietà del precedente gestore, necessari per la prosecuzione del servizio, mentre i comma 32 e 35, disciplinano il regime transitorio degli affidamenti attualmente in essere per il graduale passaggio alla nuova disciplina³⁰⁴.

La nuova disciplina, in analogia a quanto previsto dall'art. 23 *bis*, comma 9, prevede il divieto per i soggetti che gestiscono servizi pubblici locali in seguito ad affidamento diretto o comunque a procedure non a evidenza pubblica, di svolgere servizi ulteriori ovvero in ambiti territoriali diversi, anche attraverso soggetti controllanti o controllati, e di partecipare a gare per l'affidamento di servizi, fino alla conclusione della concessione.

Nella sua prima formulazione, l'art. 4 prevedeva che tale divieto - che opera per tutta la durata della gestione - non si applicasse alle società quotate e alle società controllate (*ex art. 2359 c.c.*), nonché al socio privato della società mista, selezionato mediante procedura di gara. I soggetti affidatari diretti di

³⁰⁴ Il regime transitorio contenuto nell'art. 4 ha subito significative modifiche. Dapprima è stato modificato dalla legge 12 novembre 2011, n. 183, la quale ha, tra le altre modifiche, introdotto un comma 32 *bis*. Attualmente tale regime transitorio risulta ulteriormente modificato dal decreto-legge 24 gennaio 2012, n. 1, non ancora convertito, che ha introdotto un importante comma 32 *ter* nel quale viene espressamente sancito che «*al fine di non pregiudicare la necessaria continuità nell'erogazione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, i soggetti pubblici e privati esercenti a qualsiasi titolo attività di gestione dei servizi pubblici locali assicurano l'integrale e regolare prosecuzione delle attività medesime anche oltre le scadenze ivi previste, ed in particolare il rispetto degli obblighi di servizio pubblico e degli standard minimi del servizio pubblico locale di cui all'articolo 2, comma 3, lett. e), del presente decreto, alle condizioni di cui ai rispettivi contratti di servizio e dagli altri atti che regolano il rapporto, fino al subentro del nuovo gestore e comunque, in caso di liberalizzazione del settore, fino all'apertura del mercato alla concorrenza. Nessun indennizzo o compenso aggiuntivo può essere ad alcun titolo preteso in relazione a quanto previsto nel presente articolo*».

Il regime transitorio del precedente art. 23 *bis* aveva suscitato forti perplessità in dottrina e tra gli operatori del diritto e il regime transitorio introdotto dall'art. 4 sembra non aver fugato tali perplessità. Per un esame approfondito delle problematiche connesse al regime transitorio introdotto dal precedente art. 23 *bis*, si veda PIZZA P., *Il regime transitorio dettato dall'art. 23 bis, comma 8, della legge l. n. 133/2008*, in VILLATA R. (a cura di), *La riforma dei servizi pubblici locali*, Torino, 2011. Non è oggetto tuttavia della presente indagine approfondire le problematiche connesse al regime transitorio introdotto dalla precedente e dall'attuale riforma dei servizi pubblici locali, che sembrano avere una valenza pratica e applicativa, inidonea a fornire degli spunti ricostruttivi della fattispecie dell'*in house providing*.

servizi pubblici locali potevano concorrere su tutto il territorio nazionale alla prima gara successiva alla cessazione del servizio, svolta mediante procedura competitiva ad evidenza pubblica, avente ad oggetto i servizi da essi forniti (comma 33)³⁰⁵.

Sulla spinta di alcune pronunce giurisprudenziali e sulla scorta di quanto osservato dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato nella segnalazione di agosto 2011, il comma 33 dell'art. 4 è stato subito modificato dalla legge 12 novembre 2011, n. 183. La versione attuale, da un lato, esclude che il suddetto divieto di partecipazione si applichi alle società miste, in cui il socio privato sia stato selezionato mediante gara (innovando quanto risultava dalla precedente formulazione del comma 33 e, ancor prima, dal comma 9 dell'art. 23 *bis*)³⁰⁶. Dall'altro, il divieto di partecipazione alle gare viene ridimensionato temporalmente e viene consentito che i soggetti affidatari diretti di servizi pubblici locali possano comunque partecipare alle gare indette nell'ultimo anno di affidamento dei servizi da essi gestiti, purché sia stata avviata la procedura competitiva per il nuovo affidamento del servizio.

Quanto all'ambito di applicazione, la nuova riforma dei servizi pubblici locali non si applica (ad eccezione delle disposizioni in tema di incompatibilità di cui ai commi da 19 a 27) al servizio idrico integrato (in parziale aderenza all'esito del referendum di giugno 2011) e ai settori che erano già esclusi dalla precedente disciplina di cui all'art. 23 *bis* (quali il servizio di distribuzione del

³⁰⁵ L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nella citata segnalazione AS864 ha rilevato come la previsione del comma 33, apparisse porre condizioni eccessivamente restrittive. Aveva proposto dunque di “*attenuare le condizioni che consentono agli affidatari diretti di partecipare ad altre gare, consentendo loro di farlo nel caso in cui i soggetti in questione siano nella fase finale (inferiore ai due anni) del proprio affidamento e sia già stata bandita la gara per il riaffidamento del servizio o, almeno, sia stata adottata la decisione di procedere al nuovo affidamento attraverso procedure ad evidenza pubblica, per il servizio erogato dall'affidatario diretto*”.

³⁰⁶ La modifica è stata introdotta sulla spinta della giurisprudenza, che aveva già avuto modo di osservare come fosse contrario ai principi del diritto comunitario, ed in particolare ai principi di libertà di erogazione dei servizi e di circolazione dei capitali, impedire ad una società mista (in cui il socio privato fosse stato scelto mediante procedura di gara ad evidenza pubblica) di partecipare ad un gara successiva. In tal senso cfr. Cons. St., sez. V, 11 aprile 2011, n. 222. La dottrina ha osservato come la seconda formulazione del comma 33 dell'art. 4 faccia venire meno il divieto di extraterritorialità per le società miste, introducendo nuovamente una disciplina diversa rispetto a quella prevista dall'art. 13 del decreto-legge 4 luglio 2006, n. 223: in tal senso cfr. VOLPE C., *Servizi pubblici locali e legge di stabilità 2012. Il dinamismo normativo continua*, 12-2011, www.giustiziaamministrativa.it.

gas naturale, di energia elettrica, al trasporto ferroviario³⁰⁷ alla gestione delle farmacie comunali) (comma 34)³⁰⁸.

In analogia a quanto era già stato fatto con l'art. 23 *bis* e per evitare fraintendimenti, la legge 12 novembre 2012, n. 183, ha introdotto una previsione volta a coordinare le disposizioni del nuovo art. 4 con le singole discipline di settore, precisando che le disposizioni del nuovo art. 4 si applicano a tutti i servizi pubblici locali e prevalgono sulle relative discipline di settore con esse incompatibili³⁰⁹.

6. *L'in house providing nell'art. 4 del decreto-legge n. 138 del 2011: l'esito referendario tra ordinamento europeo e ordinamento interno. Profili di illegittimità costituzionale.*

La disciplina introdotta dall'art. 4 del decreto-legge n. 138 del 2011, come illustrato, ripristina la disciplina abrogata con il referendum del 12 e 13 giugno, discostandosene quasi esclusivamente, oltre che per l'ambito di applicazione (dal quale è oggi escluso il servizio idrico integrato), per la restrittività della disciplina introdotta proprio in materia di *in house providing*.

³⁰⁷ Il decreto-legge 24 gennaio 2012, n. 1, ancora non convertito, ha attualmente eliminato il riferimento contenuto nel comma 34 dell'art. 4 al servizio di trasporto ferroviario regionale, facendo dunque ricadere anche la disciplina di tale settore nell'ambito di applicazione della nuova disciplina introdotta dall'art. 4, con la precisazione che «*Con riguardo al trasporto pubblico regionale ferroviario sono fatti salvi, fino alla scadenza naturale dei primi sei anni di validità, gli affidamenti e i contratti di servizio già deliberati o sottoscritti in conformità all'articolo 5 del regolamento CE n. 1370/2007 del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2007 ed in conformità all'articolo 61 della legge 23 luglio 2009, n. 99*».

³⁰⁸ Da parte della dottrina è stato osservato come l'ambito di applicazione del nuovo articolo 4 sia in realtà un ambito del tutto marginale, perché esso troverebbe applicazione esclusivamente per il trasporto pubblico locale e per la gestione dei rifiuti. In tal senso. cfr. VOLPE C., *Appalti pubblici e servizi pubblici. Dall'art. 23 bis al decreto legge manovra di agosto 2011 attraverso il referendum: l'attuale quadro normativo*, in www.giustamm.it, p. 18.

Con la legge 12 novembre 2011, n. 183, è stato espressamente specificato che la nuova disciplina di cui all'art. 4 si applica anche al trasporto pubblico regionale e locale.

³⁰⁹ Con tale clausola di prevalenza viene scongiurata l'applicazione del principio secondo cui la legge speciale, anche se precedente, non viene derogata da quella generale successiva. Tale precisazione acquista particolare rilievo per la disciplina del trasporto pubblico locale. In tale ambito la disciplina introdotta dall'art. 4, anche con riferimento alle limitazioni al ricorso all'*in house providing*, è destinata a prevalere su quella di cui all'art. 61 della l. 23 ottobre 2007, n. 99 e al Regolamento (CE) n. 1370/2007: in tal senso VOLPE C., *Servizi pubblici locali e legge di stabilità 2012. Il dinamismo normativo continua*, 12-2011, www.giustiziaamministrativa.it.

L'affidamento diretto del servizio in favore di una società *in house*, in possesso dei requisiti richiesti dall'ordinamento comunitario, è consentita solo se il valore economico del servizio oggetto dell'affidamento è pari o inferiore a 900.000,00 euro annui³¹⁰.

Viene dunque introdotto un limite quantitativo, peraltro molto esiguo nel *quantum*³¹¹, per poter gestire *in house* un determinato servizio, limite completamente inesistente nella disciplina previgente e nella disciplina comunitaria e che riduce ulteriormente la possibilità per gli enti locali di avvalersi di tale modulo organizzativo.

La disciplina introdotta con il menzionato art. 4 sembra porsi dunque in contrasto con l'esito del referendum abrogativo per due ordini di ragioni.

Da un lato, il legislatore riproduce quasi pedissequamente la disciplina abrogata, con ciò *vanificando* l'utilizzo dello strumento referendario; dall'altro, alla disciplina comunitaria – meno restrittiva – dell'istituto dell'*in house providing* (di cui anche la Corte costituzionale aveva prospettato l'applicabilità in caso di esito positivo della tornata referendaria) sostituisce una disciplina ancor più restrittiva di quella abrogata, con ciò non solo vanificando bensì *ribaltando* l'esito del referendum abrogativo, che mirava a raggiungere un risultato esattamente contrario.

³¹⁰ Già si è osservato che il decreto legge 24 gennaio 2012, ancora non convertito, ha attualmente abbassato tale soglia economica a 200.000 euro.

³¹¹ In senso contrario, l'Autorità, nella richiamata segnalazione AS864 del 26 agosto 2011 ritiene che la soglia indicata (valore dell'affidamento pari a 900.000 euro annui) sia oggettivamente elevata, "*tale da poter determinare, per alcuni settori di attività economica, una sottrazione quasi integrale dai necessari meccanismi di concorrenza per il mercato*". In ogni caso, ribadisce l'Autorità, "*il sistema di esenzioni dall'obbligo di gara così configurato si presta facilmente a comportamenti elusivi da parte delle amministrazioni che non intendono procedere agli affidamenti tramite gara dei servizi pubblici locali e, pertanto, essa suggerisce che basterebbe frazionare gli affidamenti in tante "tranche", ciascuna di valore inferiore a 900.000 euro annui, per poterle poi attribuire tutte direttamente a controllate in house. Per tali considerazioni l'Autorità ritiene il sistema introdotto meno efficace di quello previgente e che non possa essere migliorato con modifiche al ribasso della soglia, data l'arbitrarietà con cui qualsiasi valore verrebbe eventualmente determinato*".

In aderenza a quanto osservato dall'Autorità, il decreto-legge 24 gennaio 2012 ha abbassato la soglia economica a 200.000 euro ed, al fine di impedire elusioni della norma, introdotto un espresso divieto di procedere al frazionamento del servizio e del relativo affidamento.

Il recente intervento del legislatore in materia di servizi pubblici locali sembra pertanto riattualizzare l'annoso problema di quale sia il vincolo creato dall'esito referendario nei confronti della legislazione successiva³¹².

Mentre è pacificamente ammesso che il legislatore possa intervenire a disciplinare la materia sia nelle more del procedimento referendario sia successivamente all'esito elettorale³¹³, più difficile risulta individuare i *limiti* entro cui lo stesso possa intervenire.

Il problema è riconducibile a quello dell'eventuale parametricità dell'esito referendario ai fini della valutazione della legittimità costituzionale della legge successiva, affrontato per la prima volta dalla Corte costituzionale con la nota sentenza 9 ottobre 1990, n. 468.

In tale occasione, la Corte costituzionale ha avuto modo di riconoscere una forza *superlegislativa* dal lato passivo al risultato referendario, riconoscendo «*la peculiare natura del referendum, quale atto-fonte dell'ordinamento*», da cui discende che a «*differenza del legislatore che può correggere o addirittura disvolere quanto ha in precedenza statuito, (...) il referendum manifesta una volontà definitiva e irripetibile*». Ne consegue che l'abrogazione tramite referendum di una disciplina legislativa «*non potrebbe consentire al legislatore la scelta politica di far rivivere la normativa ivi contenuta*», neppure «*a titolo transitorio*»³¹⁴.

³¹² Il problema è stato affrontato da copiosa dottrina, tra cui, in particolare, si segnalano, PINARDI R., *Brevi note in tema di rapporti fra referendum abrogativo e legge successiva*, in *Giur. Cost.*, 1994, 2360 ss.; ID., *Riflessioni a margine di un obiter dictum sulla costituzionalità delle leggi successive all'abrogazione referendaria*, in *Giur. cost.*, 1997, 48 ss; GIUPPONI T. F., *Il giudizio di legittimità sull'esito referendario e i limiti al legislatore*, in *Forum di Quaderni cost.*, 2006; MODUGNO F., *Lineamenti di diritto pubblico*, Torino, 2010, 147.

³¹³ In tal senso, *ex plurimis*, GIUPPONI T. F., *Il giudizio di legittimità sull'esito referendario e i limiti al legislatore*, cit.. Condurrebbero a tale conclusione tanto l'art. 39 della legge n. 352 del 1970 (che da per scontato che, anche in pendenza di una richiesta di *referendum*, il Parlamento conservi intatta la sua possibilità di legiferare nell'ambito della materia sottoposta a votazione popolare) quanto le statuizioni contenute nella sentenza della Corte costituzionale, n. 68 del 1968 (dove si afferma che «*in base all'art. 70 Cost., la funzione legislativa ordinaria è potenzialmente inesauribile*», e pertanto non può essere sostenuto che «*l'esercizio di tale funzione debba essere bloccato per l'intero corso del procedimento referendario, in quanto gli oggetti delle richieste di referendum sarebbero attratti nell'esclusiva disponibilità del corpo elettorale*»).

³¹⁴ Di forza passiva *superlegislativa* parla MODUGNO F., *Lineamenti di diritto pubblico*, Giappichelli, Torino, 2010, 147, in quanto il referendum, benché equiparato ad una fonte primaria del diritto, sarebbe dotato di una "maggior forza" passiva e non potrebbe essere posto

Tale impostazione è stata successivamente ripresa dalla Corte costituzionale nelle decisioni di ammissibilità dei referendum in materia elettorale del 1993. In tali decisioni viene affermato, infatti, il divieto di «*formale o sostanziale ripristino*» della normativa abrogata, con la precisazione che è sempre consentito al legislatore «*correggere, modificare o integrare la disciplina residua*»³¹⁵.

Tali decisioni tuttavia non hanno inquadrato espressamente la natura del vincolo derivante dall'esito referendario, lasciando dunque irrisolto il problema se si trattasse di un vincolo di natura esclusivamente politica e di opportunità o, viceversa, di validità della legge.

A ricondurre tale vincolo tra i limiti di validità della legge sarebbe intervenuta, secondo parte della dottrina, l'ordinanza n. 9 del 1997, in cui la Consulta, nel pronunciare l'inammissibilità, per carenza di legittimazione soggettiva, del conflitto di attribuzioni promosso dal comitato promotore del referendum abrogativo della l. n. 195 del 1974 sul finanziamento pubblico ai partiti, afferma che il rispetto del «*divieto di formale o sostanziale ripristino della normativa abrogata dalla volontà popolare*», seppur non assicurabile dal comitato promotore del relativo referendum attraverso lo strumento del conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato, può trovare adeguata forma di garanzia e controllo attraverso «*l'ordinario sindacato di legittimità costituzionale*» che consente alla Corte costituzionale di verificare l'«*osservanza – da parte del legislatore – dei limiti relativi al dedotto divieto*»³¹⁶.

nel nulla, in applicazione del criterio cronologico, da una legge successiva che si ponesse in contrasto con esso.

Alcune perplessità sulla portata della sentenza della Corte costituzionale in commento vengono espresse da GIUPPONI T. F., *Il giudizio di legittimità sull'esito referendario e i limiti al legislatore*, in *Forum di Quaderni cost.*, 2006.

³¹⁵ Le decisioni della Corte costituzionale a cui ci si riferisce sono le n. 32 e 33 del 1993, con cui è stata dichiarata l'ammissibilità delle richieste di parziale abrogazione, rispettivamente, della allora legge elettorale per il Senato (l. n. 29 del 1948) e del Testo Unico recante la normativa per la composizione ed elezione degli organi comunali (d.P.R. n. 570 del 1960).

³¹⁶ In tal senso, cfr. CARNEVALE P. – CELOTTO A., *Il parametro «eventuale»*, Giappichelli, Torino, 1998, 30.

Una lettura diametralmente opposta della pronuncia in commento è fornita, invece, da GIUPPONI T. F., *Il giudizio di legittimità sull'esito referendario e i limiti al legislatore*, cit., che sottolinea come la Corte in tale decisione, abbia adottato una «*Una formula che, nella sua*

Anche l'ordinanza n. 9 del 1997 non ha tuttavia completamente fugato i dubbi sollevati dalla dottrina in merito alla natura (politica o giuridica) del vincolo derivante dall'esito referendario³¹⁷ e ha lasciato aperti, in ogni caso, molteplici problemi interpretativi in merito alla portata ed ai limiti del suddetto vincolo.

Rimane innanzitutto da chiarire, infatti, quando debba ritenersi *ripristinata* una norma abrogata e, dunque, violato l'esito positivo del referendum.

Sul punto autorevole dottrina ha avuto modo di precisare che la "maggiore forza" dal lato della resistenza a futuri interventi legislativi deve essere limitata «alla sola ipotesi che la legge posteriore riproduca la normativa già abrogata dal popolo», ponendo nel nulla la deliberazione popolare, ripristinando di fatto la situazione persistente al referendum. Il che, tuttavia, non si verificherebbe solo in presenza di una pedissequa riproduzione della disposizione abrogata bensì tutte le volte in cui la nuova legge riproponga «nella sostanza – nei suoi "principi ispiratori" o "contenuti normativi essenziali" - la disciplina recata dalla legge abrogata»³¹⁸.

prudenza, sembra però più mettere in discussione che confermare le conclusioni raggiunte con le decisioni del 1993, richiamando il divieto di formale o sostanziale ripristino quale mera deduzione dei ricorrenti».

Per altri commenti a tale decisione, tra gli altri, si vedano i commenti di PINARDI R., *Riflessioni a margine di un obiter dictum sulla costituzionalità delle leggi successive all'abrogazione referendaria*, in *Giur. cost.*, 1997, 48 ss; VERONESI P., *Voto referendario, ripristino della normativa abrogata e ruolo della Corte* in *Giur. cost.*, 1997, 55 ss; FERRI G., *Il divieto di ripristino della normativa abrogata dal referendum e la discrezionalità del legislatore*, in *Giur. cost.*, 1997, 62 ss; PANUNZIO S.P., *Chi è il "custode" del risultato abrogativo del referendum?*, in *Giur. cost.*, 1997, 1993 ss.

³¹⁷ La dottrina rimane infatti divisa tra coloro che riconducono all'esito referendario un vincolo esclusivamente di natura politica e di opportunità (in tal senso, cfr. PACE A., *Intervento*, in AA.VV. *Problemi costituzionali del referendum contro la caccia*, Milano, 1981, 60; VOLPI M., *Il referendum tra rinnovamento e declino*, in *Pol. Del dir.* 1988, 446; RAVERAIRA M., *Il Referendum: un istituto da abrogare?*, in *Diritto e società*, 1990; SALERNO G.M., *IL REFERENDUM*, Padova, 1992; PINARDI R., *Brevi note*, cit; GIUPPONI T.F., cit.) e coloro che assumono tale vincolo a condizione di validità della legge (in tal senso, TOSATO E., *Sovranità del popolo e sovranità dello Stato*, in Studi in onore di DE FRANCESCO G.M., II, Milano, 1957, 26; MODUGNO F., *L'invalidità della legge*, II, Milano, 1970, 120).

³¹⁸ In tal senso, MODUGNO F., *Lineamenti di diritto pubblico*, cit., 148.

Ancora aperto rimane, d'altronde, anche il problema dell'ambito temporale dell'eventuale divieto di ripristino della legge abrogata, che certamente non potrebbero protrarsi all'infinito³¹⁹.

A tal riguardo c'è chi ha ipotizzato che il vincolo referendario venga meno con il mutamento della realtà politico-istituzionale o della situazione normativa, in applicazione del principio *rebus sic stantibus*³²⁰ o, ancora, che venga meno trascorsi 5 anni dal voto, in analogia a quanto previsto dall'art. 38 della legge n. 352 del 1970³²¹ o, infine, che venga meno con il mutamento della legislatura in atto al momento del voto referendario³²².

Si tratta di questioni che non hanno trovato ad oggi una soluzione univoca né in dottrina né in giurisprudenza, mancando sul punto una pronuncia della Corte costituzionale che abbia espressamente dichiarato l'illegittimità costituzionale di una legge ripristinatoria³²³.

Alla luce delle considerazioni sopraesposte, emerge dunque, seppur con un certo margine di incertezza, un possibile profilo di illegittimità costituzionale dell'art. 4 del decreto-legge n. 138 del 2011, nella parte in cui esso ripristina, nella sostanza, la precedente disciplina in materia di servizi

³¹⁹ In tal senso, CICONETTI S.M. *Le fonti del diritto italiano*, Giappichelli, 2001, 335.

³²⁰ Così, in particolare, RUGGERI A., *Fonti, norme, criteri ordinatori*, Torino, 2005, 119. L'autore assimila gli effetti dell'abrogazione referendaria a quelli dell'illegittimità costituzionale affermando che «*immutata la "situazione normativa" di partenza, non potrà farsi luogo alla riproduzione dell'atto già caducato, che potrà invece – se del caso – essere riscritto in seno ad un quadro positivo complessivamente diverso*». In merito, si vedano le osservazioni critiche di LUCIANI M., *Art. 75, Il referendum abrogativo*, in BRANCA G. – PIZZORUSSO A. (a cura di), *Commentario della Costituzione, La formazione delle leggi*, vol. I, t. II, Bologna-Roma, 2005, 675, il quale sottolinea le differenze tra abrogazione e annullamento affermando che «*mentre questo consegue all'accertamento di un vizio, l'abrogazione è il precipitato di considerazioni di mera opportunità*».

³²¹ In tal senso cfr. CORASANITI A., *Note in tema di referendum elettorale*, in Bin R. (a cura di), *Elettori legislatori? Il problema dell'ammissibilità del quesito referendario elettorale*, Torino, 1999, 97-98. Sul punto, con nota critica si veda CARNEVALE P., *La Corte e i referendum: un nuovo atto*, in *Giur. cost.*, 1993, 2279 ss.

³²² In questo senso, da ultimo, Mangia A., *Referendum*, Padova, 1999, in particolare 317-318.

³²³ Anche con l'ord. n. 9 del 1997, infatti, la Corte non è intervenuta espressamente in materia, avendo dichiarato inammissibile il ricorso per conflitto di attribuzione presentato dal Comitato promotore del *referendum* che, seppur in sede di conflitto di attribuzione, voleva far valere il rispetto del pronunciamento popolare del 1993 in materia di finanziamento pubblico ai partiti, sostanzialmente sconfessato dal legislatore con l'approvazione della legge n. 2/1997.

pubblici locali, peraltro a distanza di un brevissimo lasso di tempo dalla data in cui si è svolta la consultazione referendaria³²⁴.

Si prospetta, dunque, la possibilità che l'art. 4 venga sottoposto al sindacato della Corte costituzionale, verosimilmente per violazione degli artt. 1 e 75 Cost., e che la Corte costituzionale abbia modo di fare definitivamente chiarezza sulla portata del vincolo referendario e sul delicato equilibrio che intercorre tra democrazia diretta e democrazia rappresentativa³²⁵.

In disparte tale possibilità (non così remota), è comunque evidente come l'introduzione del nuovo art. 4 del decreto-legge n. 138 del 2011 confermi, una volta di più, l'assoluta diffidenza che l'Italia ha scelto di riservare all'istituto dell'*in house providing*, andando, ancora una volta, decisamente oltre i dettami del diritto europeo.

³²⁴ Tra i primi ad evidenziare possibili profili di illegittimità costituzionale dell'art. 4 del decreto-legge n. 138 del 2011 cfr. LUCARELLI A., *Prime considerazioni a margine degli artt. 4 e 5 del decreto-legge n. 138 del 2011 e possibile impatto sui servizi pubblici locali*, in *Riv. Associazione italiana dei costituzionalisti*, 3, 2011. Nega la sussistenza di profili di illegittimità costituzionale dell'art. 4 Volpe C., *Appalti pubblici e servizi pubblici. Dall'art. 23 bis al decreto legge manovra di agosto 2011 attraverso il referendum: l'attuale quadro normativo*, in www.giustamm.it, 2011.

³²⁵ Questi i termini a cui GIUPPONI T. F., *Il giudizio di legittimità sull'esito referendario e i limiti al legislatore*, cit, riconduce la questione dei limiti derivanti all'esito referendario.

Conclusioni

L'Unione europea, come noto, ha fatto della tutela del mercato e della libera concorrenza il proprio obiettivo fondamentale, sull'assunto che solo un mercato caratterizzato da una concorrenza libera e non falsata potesse garantire quella stabilità e trasparenza economica necessari alla costruzione di un mercato unico europeo.

Ed è proprio al fine di garantire quell'economia aperta di mercato e in libera concorrenza a cui fa riferimento l'art. 119 del TFUE, che la Corte di Giustizia ha elaborato il concetto di *in house providing*.

L'elaborazione di tale costruzione concettuale, infatti, ha consentito all'Unione europea di distinguere cosa è *mercato* (nel cui ambito è necessario garantire l'accesso degli operatori economici in condizioni di non discriminazione) da ciò che con il *mercato* non ha nulla a che vedere.

Quando un'autorità pubblica sceglie di gestire in proprio una determinata attività economica, come avviene quando sceglie di gestirla per l'appunto a mezzo di una società *in house*, il mercato non viene interpellato.

Ecco, dunque, che non vengono in rilievo le tutele che il diritto dell'Unione europea appresta alla libera concorrenza (tra cui l'obbligo della procedura di selezione ad evidenza pubblica) bensì un altro principio cardine del diritto europeo, ovvero quello di autorganizzazione delle pubbliche autorità.

Il diritto comunitario, infatti ha lasciato comunque impregiudicata l'autonomia degli Stati membri e, in particolare, quella delle autonomie locali di scegliere l'organizzazione più idonea con cui svolgere le proprie funzioni, ivi incluso attraverso la costituzione di persone giuridiche di diritto privato, purché in possesso dei requisiti legittimanti l'affidamento diretto.

L'ordinamento italiano sembra invece non aver pienamente compreso l'insegnamento comunitario.

Dall'esame delle differenze che sussistono tra l'istituto dell'affidamento *in house* così come delineato a livello comunitario e come, invece, disciplinato dal legislatore nazionale (a partire dall'adozione del noto art. 23 *bis*) e dettagliato dalle pronunce dei giudici nazionali è emerso, infatti, come nell'ordinamento italiano sia in corso un processo - di cui non si è rinvenuta traccia a livello europeo - di marginalizzazione dell'istituto dell'*in house providing*.

Tale tendenza italiana ha trovato recentemente una vigorosa conferma nell'art. 4 del decreto-legge n. 138 del 2011, con cui è stata approvata l'ultima riforma in materia di servizi pubblici locali.

Con tale riforma, infatti, nonostante con il referendum del 12 e 13 giugno 2011 l'elettorato avesse espressamente scelto di allineare la disciplina italiana dell'*in house providing* in materia di servizi pubblici locali a quella elaborata a livello comunitario, il legislatore, con un intervento che suscita, come visto, qualche perplessità, ha invece ridotto ulteriormente l'ambito di operatività dell'istituto dell'*in house providing*.

Il percorso intrapreso a livello nazionale è, dunque, un percorso in controtendenza rispetto a quello comunitario e residuano, dunque, significativi margini di perplessità in merito alla compatibilità di tale linea di tendenza, tutta italiana, con l'elaborazione comunitaria in materia di *in house providing*.

Rimane poco chiaro, infatti, come e perché i principi elaborati dalla Corte di Giustizia in materia di *in house providing* dovrebbero trovare applicazione solo in sede comunitaria e non anche nell'applicazione del diritto nazionale, che peraltro proprio in materia di procedure di gara per l'affidamento dei contratti pubblici risulta di chiara e diretta derivazione comunitaria.

Non è da escludere, pertanto, che la Corte di Giustizia sarà chiamata a pronunciarsi in merito alla compatibilità comunitaria delle limitazioni imposte dal legislatore italiano per il ricorso all'*in house providing* e che in

tale occasione dovrà fare chiarezza in merito al delicato rapporto tra potestà organizzativa pubblica e mercato, chiarendo se sussistano dei limiti – connessi all'esigenza di liberalizzare o di consentire l'espansione del mercato – alla facoltà dell'amministrazione di scegliere di provvedere *in house* allo svolgimento di determinate attività economiche.

Bibliografia

ALBANESE A., *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 51 ss.

ALBISINNI F., *Il Consiglio di Stato conferma i limiti al ricorso alle società miste*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2009, 4, 394 ss.

ALLEN A., *Gerarchia amministrativa*, Postilla di aggiornamento, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 2008.

ANCORA F., *Il concessionario di opera pubblica tra pubblico e privato*, Milano, 1990.

ARENA G., *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 118, u.c. della Costituzione*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, Napoli, 2005, I, 177 ss.

ASCIONE M.R., CAMUTO D., *Società in house: profili di responsabilità alla luce delle recenti pronunce della Corte di Cassazione*, in *Riv. amm. Rep. Ital.*, 43 ss.

ASSONIME, *Servizi pubblici locali: mercato e garanzie*, 2011, 7.

ASTONE F., *Lo statuto delle società in house*, in *www.giustamm.it*, 2010, 11.

AZZARITI G., *L'attività del concessionario di opere pubbliche*, in *Dir. proc. amm.*, 1990, 384 ss.

BALDINATO O. M., *Breve nota alla sentenza Corame: alcune interessanti affermazioni della Corte di giustizia sull'applicazione del principio di trasparenza negli appalti pubblici*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, 1426 ss.

BALLERO F., *Brevi note in tema di affidamenti in house, anche alla luce del recente art. 13 l. n. 248/2006*, in *Riv. giur. sarda*, 2006, 776 ss.

BARONE A., Bassi U., *La comunicazione interpretativa sulle concessioni nel diritto comunitario*, in *Foro it.*, 2001, IV, 390 ss.

BARONE A., *L'affidamento diretto dei servizi pubblici a società miste in una recentissima pronuncia del Consiglio di Stato*, in *Dir. Un. Europ.*, 2008, 2, 389 ss.

BASEGGIO C., CALCAGNILE M., *Società in house*, *Rassegna ragionata di giurisprudenza*, *www.giustamm.it*, 2008.

BASSI G., *La riforma dei servizi pubblici locali alla prova della Consulta: le nuove linee interpretative desumibili dalla sentenza 3 novembre 2010, n. 325*, in *Appalti e contratti*, 2010, 12, 8 ss.

BASSI G., *Quali scenari per i servizi pubblici locali di rilevanza economica dopo il referendum abrogativo?*, in www.publicutilities.it, 2011.

BENELLI F., BIN R., *Prevalenza e "rimaterializzazione delle materia": scacco matto alle Regioni*, in *Le Regioni*, 2009, 6, 1185 ss.

BENVENUTI L., *Discrezionalità amministrativa e gestione dei servizi pubblici locali*, in *Dir. reg.*, 2002, 331 ss.

BERCELLI J., *I modelli delle società con partecipazione degli enti locali per la gestione dei servizi pubblici*, in *Foro amm. – TAR*, 2004, 2648 ss.

BERTONAZZI L., VILLATA R., *Servizi di interesse economico generale*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, CHITI M. P., GRECO G. (a cura di), 2007, IV, 1791 ss.

BERTONAZZI L., *La disciplina del trasporto locale nel regolamento comunitario n. 1370/2007*, in VILLATA R. (a cura di), *La riforma dei servizi pubblici locali*, Torino, 2011.

BONECHI L., *Concessioni di appalti pubblici: la Corte elimina i dubbi sulla disciplina applicabile*, in *Dir. pub. comp. europ.*, 2001, 324 ss.

CAIA G., *Autonomia territoriale e concorrenza nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2003-2004.

CAIA G., *La disciplina dei servizi pubblici*, in MAZZAROLLI L., PERICU G., ROMANO A., ROVERSI MONACO F. A., SCOCA F.G. (a cura di), *Diritto Amministrativo*, vol. II, Bologna, 2005, 149.

CALCAGNILE M., BONURA C., *Le caratteristiche delle società in house providing per la gestione dei servizi pubblici locali*, in *Giust. amm.*, 2005, 1008 ss.

CALSOLARO O. M., *S.P.A. in mano pubblica ed in house providing. La Corte di giustizia torna sul controllo analogo. Un'occasione perduta?*, in *Foro amm.*, 2006, 6, 1670 ss.

CALSOLARO O. M., *In house providing: il T.a.r. Napoli interpreta il concetto di controllo analogo*, in *Foro amm.-TAR*, 2005, 1165 ss.

CAMERLENGO Q., *Commento all'art. 118 Cost.*, in *Commentario alla Costituzione*, CELOTTO A., BIFULCO R., OLIVETTI M., (a cura di), Utet , Torino, 2006.

CAMMELLI M., *Principio di sussidiarietà e sistema delle amministrazioni pubbliche*, in *Quaderni reg.*, 2002, 453 ss.

CAPALBIO F., *Società miste: natura giuridica alla luce dei recenti interventi normativi e del regolamento per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica*, in *www.appaltiecontratti.it*, 2010.

CARANTA R., *Concessioni di beni e regola della gara*, in *Urb. App.*, 2005, 329 ss.

CARANTA R., *Dodo, Rondine o Fenice: quale futuro per l'in house?*, in *Urb. App.*, 2007, 1479 ss.

CARANTA R., *Concessione di opere e di servizi*, in *Enc. dir.*, V (agg.), Milano, 2001, 240 ss.

CARINGELLA F., *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 2004.

CARINGELLA F., *Il problema dell'in house providing, un nodo non risolto dal Codice*, in DE NICTOLIS R., (a cura di), *Il nuovo diritto amministrativo*, Milano, 2007, 335 ss.

CARNEVALE P., CELOTTO A., *Il parametro «eventuale»*, Giappichelli, Torino, 1998.

CARNEVALE P. , *La Corte e i referendum: un nuovo atto*, in *Giur. cost.*, 1993, 2279 ss.

CARUSO G., *Sui servizi pubblici locali scatta la liberalizzazione*, in *Guida al dir.*, 35, 2011, 36 ss.

CASALINI D., *L'alternativa tra mercato e auto-produzioni di beni e servizi*, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2008, 1158 ss.

CASALINI D., *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house*, Napoli, 2003.

CASALOTTI F., *La Corte costituzionale e i criteri di riparto delle competenze con riferimento ai servizi pubblici locali dopo la riforma del Titolo V Parte II della Cost.*, in *Le Regioni*, 1, 2005.

CASSESE S., *Le privatizzazioni: arretramento o riorganizzazione dello Stato?*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1996, 3-4, 579 ss.

CASSESE S., *Stato e mercato dopo privatizzazioni e deregulation*, in *Riv. Trim. di dir. pubbl.*, 1991, 2, 378 ss.

CASSETTI L., *Appalti e concorrenza: quante sono le "anime" della competenza statale in materia di "tutela della concorrenza"?*, in *Giur. cost.* 2007, 6, 4559 ss.

CASTOLDI F., *Società miste e affidamento del servizio idrico integrato al vaglio del giudice amministrativo*, in *Riv. giur. ambiente*, 2010, 6, 988 ss.

CATTANEO S., *Servizi pubblici* (voce), in *Enc. dir.*, vol XLII, Milano, 1990, 362.

CELOTTO A., *La "preconformazione" a direttive comunitarie (in pendenza del termine di recepimento) come limite all'ammissibilità del referendum abrogativo e come norma interposta di carattere "eventuale" nei giudizi di legittimità costituzionale*, in *Questioni di Giustizia Costituzionale*, Editoriale Scientifica, 2009, 67 ss.

CERULLI IRELLI V., *Sussidiarietà (dir. amm.)*, in *Enc. Giur.*, XXX, Torino, 2003.

CHIEPPA R., *Le società a capitale misto alla luce degli ultimi interventi normativi*, in www.giustamm.it, 2010.

CHITI M.P., *L'organismo di diritto pubblico e la nozione comunitaria di pubblica amministrazione*, Bologna, Clueb, 2000.

CHITI M.P., *Le forme di gestione del servizio idrico integrato dopo la finanziaria*, 2002, in *Urb. App.*, 2002, 377 ss.

CHITI M.P., *Principio di sussidiarietà, pubblica amministrazione e diritto amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 1995, 3, 505 ss.

CICCONETTI S.M., *Le fonti del diritto italiano*, Giappichelli, 2001.

CINTIOLI F., *Disciplina pubblicistica e corporate governance delle società partecipate da enti pubblici*, in GUERRERA F. (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, 2010.

CINTIOLI F., *I servizi pubblici locali tra perentoria privatizzazione e incerta liberalizzazione. Note sull'art. 23 bis*, in www.giust.amm.it, 2009, 14 ss.

CINTIOLI F., *Norma interposta, società in house e "identità" dell'ordinamento nazionale. Riflessioni alla prima lettura di Corte cost., n. 439 del 2008*, in www.giustamm.it, 2008.

CLARICH M., IAIONE C., *Pubblico, privato e misto nella gestione dei servizi pubblici locali: la scelta fra autoproduzione ed esternalizzazione*, in *Terzo rapporto sullo stato delle autonomie locali*, Formez - Area editoriale e documentazione, 2005, 231 ss.

CLARICH M., *Le società miste a capitale pubblico e privato tra affidamenti "in house" e concorrenza per il mercato*, in *Corriere giuridico*, 2007, 7, 893 ss.

CLARICH M., *Modalità di affidamento diretto a società in house: requisiti e limiti*, Relazione al Convegno organizzato da Paradigma, Milano, giugno 2010.

CLARIZIA A., *Appalti in house: il Consiglio di Stato tenta di rafforzare la Corte di Giustizia*, nota a sent. Cons. St., 22 aprile 2004, n. 2316, in www.giustamm.it, 2004.

CLARIZIA A., *Il privato inquina: gli affidamenti in house solo a società a totale partecipazione pubblica*, in www.giustamm.it, 1, 2005.

CLARIZIA A., *La Corte suona il de profundis per l'in house*, in www.giustamm.it, 10, 2005.

COLOMBARI S., *Il modello in house providing tra mito (interno) e realtà (comunitaria)*, in *Urb. App.*, 2008, 216 ss.

COLOMBARI S., *La disciplina dei servizi pubblici locali: carattere integrativo e non riformatore dell'art. 23 bis del d.l. n. 112/2008*, in www.giustamm.it, 2008.

CORASANITI A., *Note in tema di referendum elettorale*, in Bin R. (a cura di), *Elettori legislatori? Il problema dell'ammissibilità del quesito referendario elettorale*, Torino, 1999.

CORRADO A., *Possibile evitare la gara se l'azienda è interamente controllata dall'ente*, in *Guida al diritto*, 2006, 17.

CORSO G., *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2006.

CORSO G., FARES G., *Crepuscolo dell'"in house"*, in *Foro it.*, 2009, I, 1319 ss.

COSTA E., *Presupposti e limiti dell'affidamento in house dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, *Corriere merito*, 2006, 1331 ss.

COSTANTINO F., *Servizi locali e concorrenza, a proposito della sent. 325 del 2010*, in *Associazione italiana dei costituzionalisti*, 2011, 1.

CUOCOLO L., *La Corte costituzionale "salva" la disciplina statale sui servizi pubblici locali*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2011, 5.

D'ALESSANDRO D., *Sussidiarietà, solidarietà e azione amministrativa*, Milano, 2004.

D'ANDREA A., *La prospettiva della Costituzione italiana ed il principio di sussidiarietà*, in *Jus*, 2000, 227 ss.

D'ATENA A., *Costituzione e principio di sussidiarietà*, in *Quaderni cost.*, 2001, 13 ss.

D'ATENA A., *Sussidiarietà orizzontale e affidamento "in house"*. (Nota a Corte cost. n. 439/2008), in *Giur. Cost.*, 2008, 6, 4995 ss.

DE FALCO V., *Affidamenti in house, requisito del controllo analogo e cessione del capitale sociale: la Corte apre ai privati, ma rischia di destabilizzare il sistema interno*, in *Dir. pubbl. comp. ed eur.*, 2008, 4, 2016 ss.

DE LEONARDIS F., *Il concetto di organo indiretto: verso nuove ipotesi di applicazione dell'esercizio privato di funzioni pubbliche*, in *Dir. amm.*, 1995, 347 ss.

DELSIGNORE M., *L'ambito di applicazione: la nozione di servizio pubblico locale a rilevanza economica*, in *La riforma dei servizi pubblici locali*, VILLATA R. (a cura di), Torino, 2011, 1 ss.

DE NICTOLIS R., CAMERIERO L., *Le società pubbliche in house e miste*, Milano, 2008.

DE NICTOLIS R., *Principi espressi dalla Corte costituzionale nella sentenza*, in *Riv. giur. edilizia*, 2008, 1, 181 ss.

DE NICTOLIS R., *Corte costituzionale n. 401/2007 in pillole*, in www.giurcost.org.

DE NICTOLIS R., *La Corte si pronuncia in tema di tutela nella trattativa privata, negli affidamenti in house e a società miste*, in *Urb. App.*, 2005, 295 ss.

DE NICTOLIS R., *La riforma dei servizi pubblici locali*, in *Urb. App.*, 2008, 10, 1113.

DELLO SBARBA F., *La compatibilità degli affidamenti in house con l'art. 23 bis D.L. 112/2008: il g.a. anticipa l'art. 15, D.L. 135/2009*, in *Urb. App.*, 2010, 2, 227 ss.

DEMURO I., *La compatibilità del diritto societario con il c.d. modello in house providing per la gestione dei servizi pubblici locali*, in *Giur. comm.*, 2006, II, 780 ss.

DI GIACOMO RUSSO B., *L'affidamento in house è un modello di sussidiarietà orizzontale?* (commento a TAR Sardegna, sez. I, 21 dicembre 2007, n. 2407), in *Riv. Trim. appalti*, 2009, 1, 203 ss.

DIDONNA, M., *Il caso, chiuso, degli affidamenti in house*, in *Urb. e App.*, 2006, 4, 378 ss.

DUGATO M., PIPERATA G., *La gestione dei servizi pubblici locali attraverso una società holding*, in *Riv. Trim. appalti*, 2001, 299 ss.

DUGATO M., *La riduzione della sfera pubblica?*, in *Dir. amm.*, 2002, 1, 169 ss.

DUGATO M., *La disciplina dei servizi pubblici locali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 126 ss.

ELEFANTE F., *Gli affidamenti in house nei servizi pubblici locali: il lungo cammino verso il riconoscimento della eccezionalità del modello gestionale societario a partecipazione pubblica totalitaria*; in *Foro amm. TAR*, 2008, 1.

ENRIQUES L., *Gruppi di società e gruppi d'interesse*, in *Il nuovo diritto societario tra società aperte e società private*, in *Quaderni di giur. comm.*, Milano, 2003, 246, 250 ss.

FANIZZI R., *Il Consiglio di Stato accoglie un'interpretazione restrittiva dei requisiti dell'"in house providing" secondo una lettura comunitaria del fenomeno*, in *Giust. civ.*, 2008, 4, 1057 ss.

FERLA S., *Attività amministrativa e attività imprenditoriale delle pubbliche amministrazioni: gli ultimi sviluppi normativi e giurisprudenziali in tema di società a partecipazione pubblica*, in *Appalti e contratti*, 2010, 1-2, 68 ss.

FERLA S., *Diritto nazionale dei servizi pubblici e diritto comunitario della concorrenza. Argomenti di riflessione su un caso non ancora definito: il caso delle società a capitale misto pubblico/private*, in www.dirittodeiservizipubblici.it, 2005.

FERRARI E., *Lo Stato sussidiario: il caso dei servizi sociali*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 99 ss.

- FERRARI G.F., *Affidamenti di servizi pubblici locali: la Corte apre la strada al consorzio tra comuni*, in *Dir. Pubbl.*, comp. Eur., 2009, 1, 354 ss.
- FERRARO V., *La nuova ricostruzione dell'in house providing proposta dalla Corte di Giustizia nella sentenza Stadt Halle*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, 1004 ss.
- FERRARO V., *Partenariati pubblico-privati ed in house providing*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2010, 6, 1501 ss.
- FERRI G., *Il divieto di ripristino della normativa abrogata dal referendum e la discrezionalità del legislatore*, in *Giur. cost.*, 1997, 62 ss.
- FERRONI M. V., *Le concessioni di pubblico servizio tra diritto comunitario e diritto interno*, in *Corr. giur.*, 2001, 494 ss.
- FIENGO G., *Ulteriori sviluppi sull'in house providing*, in *Foro it.*, 2006, Iv, 76 ss.
- FISCHIONE G., *Prime note sulla riforma dei servizi pubblici locali introdotta dalla legge 20 novembre 2009*, in *www.giustamm.it*, 166, 2010.
- FRACCHIA F., *Servizi pubblici e scelta del concessionario*, in *Dir. amm.*, 1994, 408 ss.
- FRANCHINI C., *Mercato unico concorrenziale e pubbliche amministrazioni (il caso degli organismi di diritto pubblico e delle società in house)*, in *www.giustamm.it*, 2010, 6.
- FRESA C., *Servizio pubblico*, in GUARINO G. (a cura di), *Dizionario di diritto amministrativo*, vol. II, Milano, 1983, 1343.
- FURNO E., *La never ending story dei servizi pubblici locali di rilevanza economica tra aspirazioni concorrenziali ed esigenze sociali: linee di tendenza e problematiche aperte alla luce del d.l. n. 138/2011, convertito nella l. n. 148/2011*, in *www.giustamm.it*, settembre 2011.
- GAGLIARDI B., *Le sociétés publiques locales e l'in house providing alla francese*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 6.
- GALETTA D.U., *Forme di gestione dei servizi pubblici locali ed in house providing nella recente giurisprudenza comunitaria*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2007, 1, 17 ss.
- GALGANO F., *I gruppi nella riforma delle società di capitali*, in *Contr. e impr.*, 2002, 1015 ss.

GALGANO F., *Il nuovo diritto societario, voce, in Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, vol. XXIX, Padova, 2004.

GALLO C.E., *Disciplina e gestione dei servizi pubblici economici. Il quadro comunitario e nazionale nella più recente giurisprudenza*, in *Dir. amm.*, 2005, 344 ss.

GAROFOLI R., FERRARI G., *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2010.

GAVERINI F., *Alle radici dell'in house providing: la giustizia amministrativa italiana si rimette alla Corte di giustizia CE*, in *Foro amm. - TAR*, 2004, 3111 ss.

GAVERINI F., *Nuove precisazioni in tema di in house providing e di «controllo» sulla partecipazione, non meramente simbolica, degli enti al capitale delle società che gestiscono pubblici servizi*, in *Foro amm.*, 2004, 7-8.

GHERA F., *Il riparto di competenza tra stato e regioni in materia di appalti pubblici*, in *Riv. giur. edilizia*, 2008, 1, 176 ss.

GIAMPAOLINO L., *I servizi pubblici locali tra tutela dell'interesse pubblico e il mercato: il ruolo e le garanzie per le pubbliche amministrazioni*, in *www.giustamm.it*, 2010, 10.

GIGLIONI, *Osservazioni sull'evoluzione della nozione di "Servizio pubblico"*, in *Foro Amm.*, 1998, 2280.

GILBERTI B., *In house providing, questioni vecchie e nuove*, in *Foro amm.*, 2006, 1, 44 ss.

GILIBERTI B., PERFETTI R.L., RIZZO I., *La disciplina dei servizi pubblici locali alla luce del D.L. 135/2009*, in *Urb. App.*, 2010, 3, 257 ss.

GIORELLO M., *L'affidamento dei servizi pubblici locali tra diritto comunitario e diritto italiano*, in *Riv. it. pubbl. comunit.*, 2004, 3-4, 929 ss.

GIORGIO M., *L'in house pluripartecipato e il caso Sea*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 2, 127 ss.

GIOVAGNOLI R., *Gli affidamenti in house tra lacune del codice e recenti interventi legislativi*, in *www.giustamm.it*, novembre 2007.

GIOVANNELLI M., *Divieto di affidamento di servizi pubblici senza gara a società miste e ulteriori restrizioni dell'in house providing in C-29/04*, in *Urb. App.*, 2006, 2, 160 ss.

GIOVANNELLI M., *Verso il tramonto degli affidamenti diretti*, in *Urb. App.*, 2007, 984 ss.

GIUPPONI T. F., *Il giudizio di legittimità sull'esito referendario e i limiti al legislatore*, in *Forum di Quaderni cost.*, 2006.

GOBBATO S., *Regole di concorrenza e gestione in house dei servizi socio-assistenziali*, in *Foro amm.*, 2007, 2, 575.

GOISIS F., *L'in house nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali*, in VILLATA R. (a cura di), *La riforma dei servizi pubblici locali*, Torino, 2011.

GOSO R., *Modelli di gestione dei servizi pubblici locali: affidamento mediante gara pubblica e in house providing*, in *Urb. App.*, 2006, 586 ss.

GRECO G., *Imprese pubbliche, organismi di diritto pubblico, affidamenti "in house": ampliamento o limitazione della concorrenza?*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, 75 ss.

GRECO G., *Gli affidamenti "in house" di servizi e forniture, le concessioni di pubblico servizio e il principio di gara*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, 1393 ss.

GRECO G., *Gli appalti pubblici di servizi e le concessioni di pubblico servizio*, in MASTRAGOSTINO F. (a cura di), *Appalti pubblici di servizi e concessioni di servizio pubblico*, Padova, 1998.

GRUNER R., *Enti pubblici a struttura di S.p.A.*, Torino, 2009.

GUACCERO A., *Alcuni spunti in tema di governance delle società pubbliche dopo la riforma del diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2004, 842 ss.

GUACCERO A., *Alcuni spunti in tema di governance delle società pubbliche dopo la riforma del diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2004, 4.

GUCCIONE C., *L'affidamento diretto dei servizi a società mista*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 271 ss.

GUZZO G., *I spl di rilevanza economica dopo il restyling del d.l. n.138/2011: "nuove" regole e vecchie questioni*, in www.lexitalia.it.

GUZZO G., *L'assetto della disciplina dei SPL di rilevanza economica all'indomani del risultato del referendum abrogativo del 12 e 13 giugno 2011: riflessioni minime*, in www.dirittodeiservizipubblici.it, giugno 2011.

GUZZO G., *Società miste e affidamenti in house*, Milano, 2009.

IAIONE C., *Gli equilibri instabili dell'in house providing, fra principio di autorganizzazione e tutela della concorrenza. Evoluzione o involuzione della giurisprudenza comunitaria?*, in *Giust. civ.*, 2006, 1, 13 ss.

IAIONE C., *In house providing nella distribuzione del gas e nozione societaria di controllo analogo*, in *Foro amm.-TAR*, 2006, 39.

ISONI A., *La delegazione interorganica nella gestione dei servizi pubblici locali. Tutela della concorrenza o prevalenza delle esigenze del servizio?*, in *Foro amm.-TAR*, 2004, 3124 ss.

L. MUSELLI, *Affidamento diretto di servizi a società a prevalente capitale pubblico locale e principi comunitari di concorrenza*, in *Foro amm. CDS*, 2003, 2174 ss.

LACAVA C., *In house providing e tutela della concorrenza*, in *Gior. Dir. amm.*, 2006, 8, 841 ss.

LEGGIADRO F., *Affidamenti in house della concessione per la gestione di una rete di distribuzione: controllo analogo e controllo pubblico, alla sentenza Coditel Brabant SA cit.*, in *Urb. App.*, 2009, 285 ss.

LIBERTINI M., *Le società di autoproduzione in mano pubblica: controllo analogo, destinazione prevalente dell'attività ed autonomia statutaria*, in www.federalismi.it, 2010, 8.

LIGUORI F., *Sulla sopravvivenza degli affidamenti in house*, in www.giustamm.it.

LIROSI A., *Affidamenti in house: lo stato dell'arte della dottrina e giurisprudenza in materia di controllo analogo, Relazione tenuta al forum Public Utilities "Regolamentazione, disciplina e adeguamento statuti*, in www.giustamm.it.

LOLLI A., *Servizi pubblici e società in house: ovvero la collaborazione degli enti locali per la realizzazione di interessi omogenei*, in *Foro amm.-TAR*, 2005, 193 ss.

LOMBARDI C., *Il diritto europeo e la trasversalità dell'intervento a tutela della concorrenza legittimano la disciplina statale dell'evidenza pubblica*, in *Giur. cost.*, 2007, 6, 4569 ss.

LOMBARDO M., *La governance delle società a controllo pubblico: riflessioni a margine della nuova disciplina normativa dei servizi pubblici locali*, in www.dirittodeiservizipubblici.it, 2011.

- LOTTI P., *Affidamento in house nei servizi pubblici locali e pregiudizio per la concorrenza: la parola alla Corte di Giustizia*, in *Urb. App.*, 2005, 224 ss.
- LOTTI P., *Corte di giustizia ed involuzione dell'in house providing*, in *Urb. App.*, 2006, 9, 1047 ss.
- LUCARELLI A., *La Corte costituzionale dinanzi al magma dei servizi pubblici locali: linee fondative per un diritto pubblico europeo dell'economia*, in *Giur.cost.*, 2010, 6, 4645 ss.
- LUCARELLI A., *Prime considerazioni a margine degli artt. 4 e 5 del decreto-legge n. 138 del 2011 e possibile impatto sui servizi pubblici locali*, in *Riv. Associazione italiana dei costituzionalisti*, 3, 2011.
- LUCARELLI A., *Profili di incostituzionalità dell'art. 23 bis e percorsi per la ripubblicizzazione dell'acqua*, su www.acquabenecomune.org, 3 dicembre 2008.
- LUCIANI M., *Art. 75, Il referendum abrogativo*, in BRANZA G., PIZZORUSSO A. (a cura di), *Commentario della Costituzione, La formazione delle leggi*, I, II, Bologna-Roma, 2005.
- MALO M., *Antinomie fra decreto delegato 112/1998 e legge di delegazione 59/1997 modificata, o diversa ricostruzione del caso?*, in *Le Regioni*, 2003, 6.
- MANASSERO L., *Il servizio idrico integrato - e gli altri Servizi Pubblici Locali - ed il referendum 2011: alle soglie di una contrrivoluzione?*, in www.dirittodeiservizipubblici.it, giugno 2011.
- MANGANI R., *Affidamenti in house e modello societario tra controllo analogo e conflitto di interessi*, in www.giustamm.it, luglio 2007.
- MANGANI R., *Il Consiglio di Stato restringe il ricorso all'in house: solo concessioni di pubblico servizio*, in *Ed. e terr.*, 2007, 20.
- MANGIA A., *Referendum*, Padova, 1999.
- MANISCALCO F., *Alcune considerazioni sull'affidamento dei servizi sociali di rilevanza economica*, in *Foro amm. CDS*, 2007, 3, 960 ss.
- MARZUOLI C., *Tutela del cittadino e "privatizzazione" dell'amministrazione*, in ROZO ACUNA E. (a cura di), *Cittadino e amministrazione nel diritto comparato*, Napoli, ESI, 2000.
- MASSA PINTO I., *Il principio di sussidiarietà. Profili storici e costituzionali*, Napoli, 2003.

MERLONI F., *Una "new entry" tra i titoli di legittimazione di discipline statali in materie regionali*, in www.formudeiquadernicostituzionali.it.

MERUSI F., *Lo schema della regolazione dei servizi di interesse economico generale*, in *Dir. amm.*, 2010, 2, 313 ss.

MERUSI, F., *Servizio pubblico*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XVII, Torino, 1970.

MINGANELLI A., *Il principio di sussidiarietà: un criterio flessibile per la ripartizione delle competenze tra i vari livelli istituzionali, divenuto in Italia norma di diritto positivo, dopo l'entrata in vigore dell'art. 4 della legge n. 59/97*, in *Riv. amm. rep. it.*, 1998, 461 ss.

MIRTI C., *La giurisprudenza comunitaria in tema di in house providing insiste sull'interpretazione rigorosa dei "requisiti Teckal"*, in *Rass. avv. Stato*, 2006, 1, 19.

MODUGNO F., *Lineamenti di diritto pubblico*, Giappichelli, Torino, 2010.

MORELLI A., *Il legame indissolubile tra legge di delega e decreto legislativo e l'innovativa tecnica dell' "abrogazione indiretta" in una recente sentenza della Corte costituzionale (241/2003)*, in *Quaderni costituzionali*, settembre 2003.

MORETTI F., *Reclutamento di personale nelle società in house e rispetto del patto di stabilità (Annotazione a margine della sentenza della Corte costituzionale 3 novembre 2010, n. 325)*, in *Appalti e contratti*, 2010, 12, 19 ss.

MOSCARINI I., *Sussidiarietà e libertà economiche*, in *Diritto e società*, 1999, 433 ss.

MUSOLINO S., *Per la Corte costituzionale sono legittime le norme regionali che escludono l'in house*, in *Urb. App.*, 2010, 4, 409 ss.

MUSSELLI L., *Affidamento diretto di servizi a società a prevalente capitale pubblico locale e principi comunitari di concorrenza, n. 681*, in *Foro amm. CDS*, 2003, 2174 ss.

NAPOLITANO G., *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2003.

NAPOLITANO G., *Le società pubbliche tra vecchie e nuove tipologie*, in *Riv. Soc.*, 2006, 1000 ss.

NICODEMO A., *Il "controllo analogo congiunto" nell'in house providing*, in *Riv. Ital. amm.*, 2010, 5-6, 307 ss.

- NICODEMO G.F., *Società miste: il giudice europeo detta le condizioni per l'affidamento diretto*, in *Urb. App.*, 2010, 2, 156ss.
- OCCHIOLUPO R., *Le società in house*, in *Giur. comm.*, 2008, 542 ss.
- OCCHIOLUPO R., *L'ordinamento comunitario, gli affidamenti in house e il nuovo diritto societario*, in *Giur. comm.*, 2007, 1, 60 ss.
- PACE A., *Intervento*, in AA.VV. *Problemi costituzionali del referendum contro la caccia*, Milano, 1981.
- PALADIN L., *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996.
- PANI M., BALLERO S., *I contenuti ed i termini attuativi del D.P.R. 168/2010 e il nuovo regime degli affidamenti in house*, in *www.lexItalia.it*, 201012.
- PANI M., BALLERO S., *Il nuovo regime degli affidamenti in house e la gara a doppio oggetto*, in *www.lexItalia.it*, 2011, 6.
- PANUNZIO S.P., *Chi è il "custode" del risultato abrogativo del referendum?*, in *Giur. cost.*, 1997, 1993 ss.
- PASTORI G., *Amministrazione pubblica e sussidiarietà orizzontale*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, II, Napoli, 2005.
- PASTORI G., *Sussidiarietà e diritto alla salute*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 85 ss.
- PATRONI GRIFFI U., RIZZO I., *Note a margine del nuovo assetto regolamentare dei servizi pubblici locali e strumentali*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2010, 493 ss.
- PERFETTI L.R., *Il Consiglio di Stato e il diritto societario*, in *Foro amm. CDS*, 2006, 3362 ss.
- PERFETTI L., *Contributo ad una teoria*, Padova 2001.
- PICOZZA E., *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, Torino 2004.
- PINARDI R., *Brevi note in tema di rapporti fra referendum abrogativo e legge successiva*, in *Giur. Cost.*, 1994, 2360 ss.
- PINARDI R., *Riflessioni a margine di un obiter dictum sulla costituzionalità delle leggi successive all'abrogazione referendaria*, in *Giur. cost.*, 1997, 48 ss.
- PINELLI C., *Privatizzazioni dei servizi pubblici locali in Italia e in Francia*, in *Mercati, amministrazioni e autonomie territoriali*, Torino, 1999.

PIPERATA G., *L'affidamento in house nella giurisprudenza del giudice comunitario*, in *Gior. dir. amm.*, 2006, 2, 137 ss.

PIPERATA G., *La Corte costituzionale, il legislatore regionale ed il modello "a mosaico della società in house"*, in *Le Regioni*, 2009, 3-4, 651 ss.

PIZZA P., *Il regime transitorio dettato dall'art. 23 bis, comma 8, della legge l. n. 133/2008*, in Villata R. (a cura di), *La riforma dei servizi pubblici locali*, Giappichelli, Torino, 2011.

PIZZETTI F., *Il ruolo delle istituzioni nel quadro della «democrazia della cittadinanza»*, comunicazione al Convegno, *Cittadini attivi per una nuova amministrazione*, Roma, 2003.

PIZZOLATO F., *Il principio di sussidiarietà*, in GROPPI T., OLIVETTI M. (a cura di), *La Repubblica delle autonomie. Regioni ed enti locali nel nuovo titolo V*, Giappichelli, Torino, 2001.

POGGI A., *Comunicazione*, al Convegno, "118: Cittadini attivi per una nuova amministrazione", Roma, 2003.

POLICE A., *Sulla nozione di servizio pubblico locale*, in *Servizi Pubblici locali*, MANGIAMELI S. (a cura di), Torino, 2008, 65.

POTOTSCHNIG U., *i pubblici servizi*, Padova, 1964.

PRETO A., BALDINATO M., *Il concetto di in house providing: recenti evoluzioni sul piano comunitario e prospettive nel diritto nazionale italiano*, in *Contratto e impresa / Europa*, 2009, 1, 345 ss.

RANGONE N., *I servizi pubblici*, Bologna, 1990.

RAPICAVOLI C., *L'affidamento dei servizi pubblici locali. La manovra estiva-decreto legge 13 agosto 2011, n. 138*, in *ww.LexItalia.it*, 2011, 7-8.

RAVERAIRA M., *Il Referendum: un istituto da abrogare?*, in *Diritto e società*, 1990.

RESCIGNO G.U., *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 5 ss.

RESCIGNO G.U., *Stato sociale e principio di sussidiarietà*, in *Quaderni reg.*, 2002, 381 ss.

RIZZO I., *Affidamento in house e controllo analogo: una certezza irraggiungibile?* in *Urb. App.*, 2009, 1345 ss.

RIZZO I., *Brevi considerazioni a seguito dell'abrogazione dell'art. 23 bis L. 133/2008*, in *Urb. App.*, 2011, 8, 899 ss.

RIZZO I., *La disciplina dei servizi pubblici locali dopo il referendum*, in *Urb. App.*, 2011, 8, 901 ss.

ROLANDO E., *Legittimità dell'affidamento diretto di un servizio pubblico locale: alla ricerca del "controllo analogo"*, in *Giur. it.*, 2007, 1798 ss.

ROMANO, *La concessione di pubblico servizio*, in PERICU G., ROMANO A., SPAGNUOLO VIGORITA V. (a cura di), *La concessione di pubblico servizio*, Milano, 1995.

ROMANO, *Profili della concessione di pubblici servizi*, in *Dir. amm.*, 1994, 472 ss.

RONDONI G., *Convenzione tra amministrazioni aggiudicatrici come appalto pubblico di lavori*, in *Urb. App.*, 2007, 555 ss.

ROSSI F., *Note a Corte di Giustizia CE 11 gennaio 2005, C-26/03*, in *Serv. pubbl. e app.*, 2005, 453 ss.

ROSSI G., *Le società per azioni enti pubblici*, in AA.VV. (a cura di), *Studi in memoria di Franco Piga*, Milano, Giuffrè, 1992.

ROSSI G., *Ricomporre il quadro normativo delle società di gestione dei servizi pubblici locali. Alla ricerca del filo di Arianna*, in *www.giustamm.it*, 2011, 6.

ROSTAGNO S., *Criticità delle soluzioni e prospettive del decreto Bersani in tema di modello in house, affidamenti diretti e contratti a valle*, in *www.giustamm.it*, agosto 2006.

ROSTAGNO S., *Società miste: la via del Consiglio di Stato fra modello in house e partenariato pubblico-privato*, in *www.giustamm.it*.

RUGGERI A., *Fonti, norme, criteri ordinatori. Lezioni*, IV ed., Giappichelli, Torino, 2005.

SABBIONI B., *La Corte equipara SPL di rilevanza economica e SIEG, ma ammette soltanto tutele più rigorose della concorrenza*, in *Giur.cost.*, 2010, 6, 4654 ss.

SALERNO G.M., *Il Referendum*, Cedam, Padova, 1992.

SALOMONE V., *L'affidamento dei servizi pubblici locali, tra normativa nazionale e diritto comunitario*, in *Foro Amm.-TAR*, 2006, 3422 ss.

SANDULLI M.A., *Affidamento dei servizi di trasporto pubblico locale su strada e riforma dei servizi pubblici locali*, in www.federalismi.it, 2010, 13.

SANTINI G., *Tramonto dello scopo lucrativo nelle società di capitali*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, 2, 130 ss.

SARACINO C.M., *In house providing: margini di una scelta tra libera concorrenza e cooptazione*, in *Servizi pubblici e appalti*, 2005, 631 ss.

SARACINO C.M., *Note in tema di controllo analogo: la lente del giurista tra indici presuntivi e parametri statuari*, in *Foro amm.-TAR*, 2008, 1123 ss.

SATTA F., *Concessione di opere pubbliche ed atti del concessionario*, in *Giur. it.*, 1992, I, 1, 321 ss.

SCINO M.A., *Escluso il riorso alla procedura in house providing: gara necessaria anche se la partecipazione è minima*, in *Guida al dir.*, 2005, 4, 110 ss.

SCIULLO G., *Stato, Regioni e servizi pubblici locali nella pronuncia n. 272/2004, della Consulta*, in www.lexitalia.it, 2004, 7-8.

SCOTTI E., *Le società miste tra in house providing e partenariato pubblico-privato: osservazioni a margine di una recente pronuncia della Corte di Giustizia*, in *Foro amm. CDS*, 2005, 3, 666 ss.

SCOTTI E., *Organizzazione pubblica e mercato: società miste, in house providing e partenariato pubblico privato*, in *Dir. amm.*, 2005.

SCOTTI E., *Il pubblico servizio. Tra tradizione nazionale e prospettive europee*, Padova, 2003.

SCURA F., *La “nuova” disciplina dei servizi pubblici locali nella “manovra di Ferragosto”*, in www.dirittodeiservizipubblici.it, settembre 2011.

SORACE D., *Note sui servizi pubblici locali nella prospettiva della libertà di iniziativa economica e non dei privati*, in *Studi in onore di Ottaviano*, 1993, II, 1149 ss.

SORACE D., *Servizi pubblici locali e iniziativa privata*, in *Economia pubblica*, 1993.

SPADONI B., *I servizi pubblici locali, Dalla municipalizzazione alla liberalizzazione*, in www.dirittodeiservizipubblicilocali.it, 2003.

STANCANELLI G., MOSCARDI I., De NICTOLIS R., *Gli affidamenti in house*, in SANDULLI M.A. - DE NICTOLIS R. - GAROFOLI R. (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, I, 2008.

TESSARO T., *Miti e no: l'Idra di Lerna e i servizi pubblici locali privi di rilevanza economica*, in www.lexitalia.it, 2004, 7-8.

TONON S., *Sull'affidamento diretto della gestione di servizi pubblici locali a società a capitale interamente pubblico*, in *Giur. amm.*, 2006, II, 1255 ss.

TORCHIA L., *I limiti del controllo pubblico sull'autonomia privata*, in *Il ponte*, 2003, 5, 63 ss.

TORCHIA L., *Il sistema amministrativo italiano*, Il Mulino, Bologna, 2009.

TOSATO E., *Sovranità del popolo e sovranità dello Stato*, in *Studi in onore di De Francesco G.M.*, II, Milano, 1957.

TROISE MANGONI W., *Affidamenti in house e parere dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, in VILLATA R. (a cura di), *La riforma dei servizi pubblici locali*, Torino, 2011.

TUMBIOLO R., *Servizio idrico integrato: separazione della gestione delle reti dall'attività di erogazione e affidamento di quest'ultima unicamente mediante gara*, in *Riv. giur. ambiente*, 2010, 2, 341 ss.

URSI R., *Anatomia ossimoro: "in house providing" e concorrenza nei servizi pubblici locali*, in *Foro it.*, 2007, III, 226 ss.

URSI R., *Brevissime considerazioni sul vincolo di destinazione dell'attività delle società in house*, *Foro it.*, 2006, IV, 510 ss.

URSI R., *La Corte costituzionale traccia i confini dell'art. 13 del decreto Bersani*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 1, 11 ss.

URSI R., *La Corte di giustizia stabilisce i requisiti del controllo sulle società "in house"*, in *Foro amm.-Tar*, 2003, 2175 ss.

URSI R., *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica tra outsourcing e in house providing*, in *Dir. Amm.*, 2005, 179 ss.

URSI R., *Una svolta nella gestione dei servizi pubblici*, in *Foro it.*, 2005, IV, 134 ss.

VACCA A., *Il controllo “analogo” sul soggetto affidatario in house di un servizio pubblico locale: dubbi ricostruttivi di ammissibilità, con particolare riguardo alla disciplina societaria*, in *Foro amm.-Tar*, 2005, 3429 ss.

VACCA A., *L'affidamento diretto (c.d. in house) di un servizio pubblico locale a rilevanza economica: il requisito del controllo analogo*, in *Contratti Stato e enti pubbl.*, 2007, 61.

VACCA A., *Ricostruzione ontologica dell'affidamento in house dei servizi pubblici locali*, in *Foro amm.-Tar*, 2006, 1844 ss.

VALLANIA E., *Le innovazioni apportate dalla comunicazione interpretativa della Commissione nel settore delle concessioni pubbliche*, in *Riv. trim. app.*, 2000.

VARRONE S., *Sulle questioni pregiudiziali*, in *Foro amm.-CDS*, 2004, 2409 ss.

VERONESI P., *Voto referendario, ripristino della normativa abrogata e ruolo della Corte*, in *Giur. cost.*, 1997, 55 ss.

VILLATA R., *La riforma dei servizi pubblici locali*, Giappichelli, Torino, 2011.

VILLATA R., *Pubblici servizi. Discussioni e problemi*, Giuffrè, Milano, 2006.

VOLPE C., *Appalti pubblici e servizi pubblici. Dall'art. 23 bis al decreto legge manovra di agosto 2011 attraverso il referendum: l'attuale quadro normativo*, in *www.giustamm.it*, 2011.

VOLPE C., *La Corte continua la rifinitura dell'in house. Ma il diritto interno va in controtendenza*, in *Urb. App.*, 2010, 1, 38 ss.

VOLPI M., *Il referendum tra rinnovamento e declino*, in *Pol. dir.*, 1988, 446 ss.