



## Dottrina

---

n. 12 - 2019

**Francesco Basile**

**Nota a Consiglio di Stato, Adunanza Sezione I, parere del 7 maggio 2019, n. 1389**

**Sulla possibilità per gli Enti di governo d'ambito della Regione Piemonte di affidare in via diretta il servizio idrico integrato ad una società in house providing all'interno della quale si collochi una partecipazione di capitali privati.**

**La partecipazione di privati al capitale della persona giuridica controllata è ammessa solo se prescritta espressamente da una disposizione legislativa nazionale, in conformità dei trattati e a condizione che si tratti di una partecipazione che non comporti controllo o potere di veto e che non conferisca un'influenza determinante sulle decisioni della persona giuridica controllata.**

**Nel caso di specie, inerente il settore dei servizi idrici, la partecipazione di privati è preclusa poiché, per un verso, la norma di riferimento per l'affidamento della gestione del servizio idrico è l'art. 149-bis del codice dell'ambiente che chiaramente lo esclude e, per altro verso, manca una norma di legge che espressamente lo prescriva. Pertanto, sino a quando una specifica disposizione di legge nazionale, diversa dagli articoli 5 d. lgs. 50/2016 e 16 d. lgs. 175/2016, infatti, non prescriverà che i privati partecipino ad una società in house - indicando anche la misura della partecipazione, la modalità di ingresso del socio privato, il ruolo all'interno della società e i rapporti con il socio pubblico - l'apertura dell'in house ai privati deve ritenersi esclusa. Non può giungersi a diversa conclusione, in considerazione del richiamo all' "ordinamento europeo" che vi è nell'art.149 bis Cod. amb. perché, proprio l'ordinamento europeo richiamato, impone una specifica previsione nazionale che prescriva (e disciplini) la partecipazione dei privati alle società in house (in termini analoghi i già richiamati articoli 5 Codice dei contratti pubblici e 16 d. lgs. 175/2016).**

## 1. Gli affidamenti in house nel Servizio idrico integrato.

Con il parere in commento il Consiglio di Stato affronta l'innovativo tema della partecipazione di operatori privati alle società affidatarie di appalti e concessioni con il metodo dell'*in house providing*: si tratta di un tema di indubbio interesse rappresentando una novità significativa nel panorama europeo e nazionale in materia essendo stato introdotto per la prima volta, nonostante il costante orientamento della Giurisprudenza della Corte di Giustizia europea avesse ribadito la necessità della natura pubblica della società affidatarie, dalle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE e, successivamente ripreso, sebbene con qualche differenza testuale, dall'art. 5 del codice dei contratti pubblici (d.lgs n. 50 del 2016).

La Sezione Consultiva del Consiglio di Stato ha affrontato il tema nel contesto delle forme di gestione/esecuzione nell'ambito del servizio idrico integrato rispondendo alla richiesta formulata dalla Regione Piemonte in merito alla possibilità per gli enti di governo d'ambito regionale di affidare in via diretta il servizio idrico integrato ad una società *in house providing* all'interno della quale sia collocata una partecipazione di capitali privati.

Il dubbio interpretativo da cui ha preso le mosse la Regione Piemonte per la formulazione del quesito riguarda il coordinamento tra le norme in materia di affidamenti *in house* con particolare riferimento alle disposizioni che consentono la partecipazione di soggetti privati alle predette società - contenute nell'art. 5 comma 1, lett. c) del codice dei contratti pubblici (d.lgs n. 50/2016) e negli articoli 2, comma 1, lett. o) e 16, comma 1, del testo unico in materia di società partecipate (d.lgs n. 175/2016) - e la disposizione concernente l'affidamento del servizio idrico integrato, contenuta nell'articolo 149-bis, comma 1, del codice dell'ambiente (d.lgs. 152/2006) la quale prevede che l'autorità d'ambito, una volta decisa la forma di gestione fra quelle previste dall'ordinamento europeo, provvede, conseguentemente, all'affidamento del servizio nel rispetto della normativa nazionale in materia di organizzazione dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica prevedendo espressamente che *"l'affidamento diretto" possa "avvenire a favore di società interamente pubbliche, in possesso dei requisiti prescritti dall'ordinamento europeo per la gestione in house, comunque partecipate dagli enti locali ricadenti nell'ambito territoriale ottimale"*.

Il dubbio interpretativo sottoposto all'attenzione del Consiglio di Stato risiede, pertanto, nella previsione esplicita contenuta nell'art. 149 - bis del Codice dell'ambiente secondo la quale gli affidamenti *in house* debbano avvenire a favore di società interamente pubbliche in rapporto alla circostanza che la stessa norma fa esplicito rinvio all'ordinamento europeo per ciò che concerne i requisiti in forza dei quali la partecipazione di privati al capitale delle società *in house* è consentito purché non si generi una situazione di controllo della società stessa o di veto da parte del medesimo socio privato.

Il Consiglio di Stato ha affrontato il quesito compiendo una completa e rigorosa ricostruzione dell'attuale sistema degli affidamenti nella materia dei servizi pubblici locali e del rapporto con la disciplina nazionale ed europea e giungendo alla conclusione che, ad oggi, la disciplina nazionale non è stata ancora adeguata alle disposizioni di principio innanzi citate con la conseguenza che non risulta applicabile la partecipazione dei privati alle società affidatarie di servizi pubblici secondo il modello dell'*in house providing*.

Non è comunque possibile, per stessa ammissione della Sezione, ritenere risolte le diverse questioni ancora pendenti relative, non soltanto, alla attuazione della previsione sulla partecipazione dei privati alle società *in house* di cui appaiono incerti i contorni e le fattispecie cui concretamente fare riferimento ma anche al tema, ancora assai dibattuto, se lo stesso affidamento *in house* costituisca una modalità ordinaria per la gestione degli affidamenti pubblici ovvero se sia da considerarsi come un'eccezione rispetto al ricorso al mercato quale espressione del principio della libera concorrenza.

## **2. Le conclusioni del parere.**

Come accennato in precedenza, l'esito cui giunge la Sezione è il frutto di un'articolata ricostruzione degli istituti applicabili alla fattispecie alla quale si deve necessariamente rinviare per completezza espositiva.

Volendo in questa sede coglierne l'esito, appare opportuno richiamare le conclusioni del parere.

Il Consiglio di Stato, dopo aver considerato che *"l'articolo 7 della legge della regione Piemonte 20 gennaio 1997, n. 13, nel riferirsi alla legge 142/1990, prende in considerazione l'affidamento del servizio o attraverso concessione a terzo scelto tramite gara oppure attraverso le società miste pubblico-privato"* mentre non fornisce nessuna indicazione *"per il possibile affidamento in house anche in considerazione del fatto che all'epoca l'in house non si era ancora sviluppato e certamente non era oggetto di disciplina normativa"* richiama correttamente come norma di riferimento applicabile alla fattispecie l'articolo 149-bis del codice dell'ambiente, il quale *"facendo richiamo ai principi nazionali e comunitari, va interpretato nel senso che, nel rispetto dell'articolo 34, comma 20, d.l. 179/2012, si possa, tra l'altro, scegliere:*

*a) di esperire una gara per la scelta del concessionario-gestore privato cui affidare la gestione del servizio idrico;*

*b) di costituire una società mista, con socio operativo/industriale, cui conferire la gestione del servizio, a condizione che la gara per la scelta del socio sia preordinata alla individuazione del socio industriale od operativo che concorra materialmente allo svolgimento del servizio pubblico nel rispetto di quanto oggi stabilito dal d. lgs. 175/2016 (e, tra l'altro, dagli articoli 7 e 17 d. lgs. ora citato) nonché dalla giurisprudenza comunitaria (Corte UE, sez. III, 15 ottobre 2009 C196/08) e nazionale.*

*c) di affidarlo a società in house".*

Il Consiglio ripercorrendo analiticamente i cambiamenti a volte traumatici che la disciplina dei servizi pubblici locali ha subito a partire dagli anni novanta del secolo scorso giunge alla condivisibile affermazione che, ad oggi, la disciplina normativa applicabile è interamente costituita dai principi dell'ordinamento UE, dalla direttiva sulle concessioni e da quelli affermati dalla Corte di Giustizia U.E. nonché da specifiche disposizioni interne in materia di servizi pubblici quali l'articolo 113 del Testo unico degli enti locali contenente specifiche norme sulla proprietà e la gestione delle reti, mentre, per quanto concerne la gestione e l'erogazione dei servizi pubblici trovano applicazione l'articolo 3-bis del d.l. n. 138/2011 (disciplina gli ambiti territoriali dei servizi pubblici locali), l'articolo 34, commi 20-27, d.l. n.

179/2012 (sui servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica) nonché l'articolo 8 del d.l. n. 1/2012 (disciplina delle carte dei servizi pubblici).

Tra le disposizioni citate quella che appare maggiormente rilevante in quanto definisce il contesto entro cui le Amministrazioni pubbliche sono chiamate ad operare in occasione della "gestione" del servizio pubblico (ossia del momento in cui procedere alla scelta del modello da seguire per l'affidamento del servizio) è proprio quella contenuta nell'art. 34, comma 20, del citato decreto legge n. 179/2012 secondo cui *"per i servizi pubblici locali di rilevanza economica, al fine di assicurare il rispetto della disciplina europea, la parità tra gli operatori, l'economicità della gestione e di garantire adeguata informazione alla collettività di riferimento, l'affidamento del servizio è effettuato sulla base di apposita relazione, pubblicata sul sito internet dell'ente affidante, che dà conto delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta e che definisce i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e servizio universale, indicando le compensazioni economiche se previste"*.

Il richiamo alla disciplina europea esplicitamente contenuta nella normativa nazionale sui servizi pubblici consente, secondo la Sezione, di risolvere il dubbio interpretativo sollevato dalla regione Piemonte *"nel senso che la partecipazione di privati al capitale della persona giuridica controllata è ammessa solo se prescritta espressamente da una disposizione legislativa nazionale, in conformità dei trattati e a condizione che si tratti di una partecipazione che non comporti controllo o potere di veto e che non conferisca un'influenza determinante sulle decisioni della persona giuridica controllata"*.

Non viene pertanto esclusa in linea di principio l'applicazione della disciplina comunitaria relativa all'affidamento *in house* è necessario che la peculiare ipotesi della partecipazione dei privati al capitale della società controllata cui affidare il servizio pubblico locale sia pienamente operativa sul piano della legislazione nazionale.

Prosegue infatti la Sezione affermando che *"nel caso sottoposto all'esame del Consiglio, poiché, per un verso, la norma di riferimento per l'affidamento della gestione del servizio idrico è l'articolo 149-bis del codice dell'ambiente che chiaramente lo esclude e, per altro verso, manca una norma di legge che espressamente lo prescriva, la risposta al primo quesito deve essere negativa: sino a quando una specifica disposizione di legge nazionale, diversa dagli articoli 5 d. lgs. 50/2016 e 16 d. lgs. 175/2016, infatti, non prescriverà che i privati partecipino ad una società in house - indicando anche la misura della partecipazione, la modalità di ingresso del socio privato, il ruolo all'interno della società e i rapporti con il socio pubblico - l'apertura dell'in house ai privati deve ritenersi esclusa"*.

Giova altresì ribadire che non può giungersi a diversa conclusione, come prospettato dalla regione richiedente, in considerazione del richiamo all' "ordinamento europeo" che vi è nell'articolo 149 bis Cod. amb. perché, proprio l'ordinamento europeo richiamato, impone una specifica previsione nazionale che prescriva (e disciplini) la partecipazione dei privati alle società in house (in termini analoghi i già richiamati articoli 5 Codice dei contratti pubblici e 16 d. lgs. 175/2016)".

È forse questo il passaggio interpretativo più significativo in quanto il Consiglio di Stato afferma la necessità di una specifica norma di legge che consenta l'ingresso del privato nel

capitale della società controllata definendo nel contempo anche le caratteristiche di tale partecipazione in modo da evitare forme di controllo e di veto scongiurando altresì che l'operatore privato possa esercitare sulla società una influenza dominante.

Le disposizioni contenute nell'art. 5 del codice dei contratti pubblici e nell'art. 16 del T.U. delle società partecipate (e tantomeno nelle direttive europee) possono essere ritenute di per sé la fonte legittimante tale partecipazione essendo necessaria invece una specifica norma di legge che, relativamente al singolo settore o ambito, consenta la partecipazione del privato prevedendone le modalità operative: secondo la Sezione è da escludere così in radice che possa essere la singola amministrazione a stabilire le regole puntuali da seguire relativamente alle forme di partecipazione del privato.

Altrettanto significativo è il passaggio contenuto nelle conclusioni relativamente alla attribuzione alla potestà legislativa dello Stato il tema della individuazione di caratteristiche presupposti dell'ingresso dei privati nelle società controllate in quanto *"le discipline esposte in questo parere afferiscono - come sopra detto - alla tutela della concorrenza e, dunque, rientrano in larga parte nella materia indicata dall'articolo 117, comma 2, lett. e), Cost. riservata al legislatore nazionale (ex multis, Corte cost. 401/2007; Corte cost., 16 luglio 2014 n. 199)"*.

### **3. L'in house providing: natura e limiti dell'istituto tra libera amministrazione e principio di libera concorrenza**

Non si può certo porre in dubbio che l'*in house providing* rappresenti uno dei più controversi istituti del diritto europeo rispetto al quale gli interventi della giurisprudenza e del legislatore, sia nazionale che comunitario, sono stati molteplici e non tutti univocamente indirizzati.

Secondo la nozione classica elaborata dalla giurisprudenza comunitaria, l'*in house providing* rappresenta una modalità di "autoproduzione" dell'opera o del servizio da parte di una amministrazione aggiudicatrice mediante la quale ne vengono affidate l'esecuzione o la gestione ad una società che, seppur dotata di una propria personalità giuridica, risulti sottoposta ad un controllo come se si trattasse di un vero e proprio settore dell'amministrazione pubblica affidante.

Tale istituto trova ora pieno riconoscimento nel principio della cosiddetta *"libera amministrazione degli enti pubblici"* recentemente introdotto dalle recenti direttive europee del 2014.

La caratteristica peculiare di tale società giustifica un affidamento senza procedura di evidenza pubblica sul presupposto che l'affidamento stesso non avviene nei confronti di un *"soggetto terzo"* ma bensì della stessa amministrazione pubblica con la conseguenza che non devono essere seguite le norme e le procedure previste per l'aggiudicazione di appalti e concessioni posto che non esiste un effettivo ricorso al mercato in quanto le risorse organizzative e gestionali vengono ricercate all'interno dell'ente pubblico ossia verso una società che non presenta alcuna terzietà di natura sostanziale (ma solo formale) con l'ente medesimo.

Il ricorso all'*in house providing* consente così di evitare le procedure di evidenza pubblica per la scelta dell'appaltatore o del concessionario ragion per cui la sussistenza dei requisiti e dei

presupposti per l'utilizzo di tale istituto deve essere indagata con estrema attenzione onde evitare la violazione del principio della libera concorrenza contenuto nei Trattati Ue. Ed è proprio su questo specifico aspetto che si pone un significativo contrasto interpretativo sulla natura di regola o di eccezione ai principi in materia di contratti pubblici dell'affidamento *in house* di cui il parere dà conto nella ricostruzione delle caratteristiche dell'istituto e che non ha ancora avuto soluzione da parte della giurisprudenza. Se, infatti, in una prima fase la giurisprudenza comunitaria e nazionale hanno considerato l'istituto dell'*in house* come una eccezione alle regole del diritto comunitario favorendo così una interpretazione fortemente restrittiva dei requisiti e dei presupposti per il ricorso a tale modalità di affidamento di appalti e concessioni<sup>[1]</sup>, in seguito ai mutamenti normativi e giurisprudenziali sopravvenuti, soprattutto a seguito delle direttive europee in materia di appalti (n. 2014/24/UE), di concessioni (n. 2014/23/UE) e sui settori speciali (n. 2014/25/UE), del codice appalti (d. lgs. n. 50/2016) e del testo unico in materia di società a partecipazione pubblica (d. lgs. n. 175/2016), si è determinato un cambiamento di prospettiva tale per cui l'*in house* viene considerato al pari delle altre forme di affidamento con gara espressione del principio di libera amministrazione secondo cui è l'ente a scegliere il modello preferito fra quelli ammessi dall'ordinamento (gara ad evidenza pubblica; partenariato pubblico privato, affidamento ad una società mista e quindi con una gara a doppio oggetto per la scelta del socio o poi per la gestione del servizio; affidamento diretto, *in house*, senza previa gara)<sup>[2]</sup>. In ragione della contrapposizione di tali impostazioni, antitetiche tra loro ma entrambe fondate su argomenti desumibili dalle fonti normative comunitarie (art. 143 e 149 del Trattato e direttive del 2014, dall'altro) il Consiglio di Stato, n. V, con ordinanze 7 gennaio 2019, n. 138 e 14 gennaio 2019, n. 293 e n. 296, ha rimesso alla Corte di Giustizia UE la questione pregiudiziale originata dal dubbio che le disposizioni del diritto interno, nel subordinare gli affidamenti *in house* a condizioni aggravate e a motivazioni rafforzate (quindi su un piano subordinato ed eccezionale) rispetto alle altre modalità di affidamento, siano compatibili con le pertinenti disposizioni e principi del diritto primario e derivato dell'Unione europea, trattandosi di stabilire se il citato restrittivo orientamento ultradecennale dell'ordinamento italiano in tema di affidamenti *in house* risulti conforme con i principi e disposizioni del diritto dell'Unione europea (con particolare riguardo al principio della libera organizzazione delle amministrazioni pubbliche sancita dall'articolo 2 della Direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione). Nel contempo, anche il Tribunale amministrativo regionale della Liguria (ordinanza n. 886/2018) ha ritenuto rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 192, comma 2, del d. lgs. n. 50 del 2016, (nella parte in cui prevede che le stazioni appaltanti diano conto, nella motivazione del provvedimento di affidamento *in house*, "delle ragioni del mancato ricorso al mercato") sulla base del principio secondo cui sarebbe acquisito – quantomeno in ambito europeo – il principio che l'*in house providing* non configura affatto un'ipotesi eccezionale e derogatoria di gestione dei servizi pubblici rispetto all'ordinario espletamento di una procedura di evidenza pubblica, ma costituisce una delle

ordinarie forme organizzative di conferimento della titolarità del servizio, la cui individuazione in concreto è rimessa alle amministrazioni, sulla base di un mero giudizio di opportunità e convenienza economica.

Il tema è di grande interesse e l'esito dei giudizi rimessi a Corte di Giustizia e Corte costituzionale sono di rilievo decisivo: in ogni caso il Consiglio di Stato ritiene di seguire anche nel parere in commento l'impostazione restrittiva e ciò in quanto *"a prescindere dall'eccezionalità o meno dell'in house providing, le norme che disciplinano questo istituto vadano interpretate restrittivamente anche per evitare che applicazioni analogiche, di fatto ampliandone il ricorso, possano trasformarsi in una lesione delle concorrenza che, come è noto, è tra i principi dell'Unione"*.

#### **4. La disciplina comunitaria e nazionale sull'in house providing: differenze e rapporti.**

Per quanto concerne la disciplina concreta, sino alla Direttive Ue 23, 24 e 25 del 2014, l'affidamento *in house* poteva ritenersi ammissibile (con conseguente esclusione delle procedure di gara) in presenza di entrambi i seguenti presupposti (peraltro ritenuti tassativi dalla giurisprudenza): 1) esercizio da parte dell'amministrazione aggiudicatrice sul soggetto affidatario di un controllo analogo a quello operato sui propri servizi interni (cd. requisito strutturale); 2) realizzazione da parte del soggetto affidatario della parte più importante della propria attività a favore dell'amministrazione aggiudicatrice che lo controlla (cd. requisito funzionale).

Il requisito strutturale veniva poi declinato sotto il duplice profilo della partecipazione esclusivamente pubblica al capitale della società controllata<sup>[3]</sup> e dell'influenza determinante sulle scelte della società medesima da parte della medesima amministrazione mediante poteri di controllo ancor più penetranti di quelli ammessi e previsti dalla disciplina civilistica sulle società in modo da considerare il controllo esercitato come effettivo anche sulle scelte strategiche della società *in house*<sup>[4]</sup>.

Il secondo requisito indicato dalla Corte è costituito dalla prevalenza dell'attività svolta con l'ente affidante, ossia il soggetto *in house* deve svolgere la parte più importante della propria attività con il soggetto o i soggetti pubblici che lo controllano e la diversa attività, eventualmente svolta, deve risultare accessoria, marginale e residuale.

Sino alle direttive UE del 2014 non vi era una percentuale di attività predeterminata che doveva essere svolta in favore dell'ente affidante e, pertanto, l'interprete era tenuto a prendere in considerazione tutte le circostanze sia qualitative che quantitative del caso concreto.

Le caratteristiche tradizionali dell'istituto (a partire dalla sentenza Teckal del 1999), come innanzi riportate, sono state oggetto di un progressivo cambiamento frutto di elaborazioni legislative (direttive UE del 2014) e giurisprudenziali con le quali sono stati estesi gradualmente sia l'ambito di applicazione sia i presupposti di tale istituto rendendo così ammissibili molteplici forme di utilizzo dell'*in house* oltre alla possibilità di ingresso dei privati nel capitale sociale delle società controllate, recepito, come detto, anche nella legislazione nazionale.

La disciplina attuale dell'*in house providing* è contenuta, a livello europeo, nell'articolo 12, paragrafo 1, della direttiva 2014/24/UE (direttiva appalti), nell'articolo 28, paragrafo 1, della direttiva 2014/25/UE (direttiva settori speciali) e nell'articolo 17, paragrafo 1, della direttiva 2014/23/UE (direttiva concessioni), contenenti tutti norme di identico tenore.

Secondo tali disposizioni, non rientra nell'ambito di applicazione delle direttive (e, quindi delle forme di aggiudicazione mediante gara o altre forme di evidenza pubblica) l'affidamento diretto di appalti o concessioni a società di diritto pubblico o privato quando (1) risultino presenti tutti i requisiti del controllo analogo a quello da esso esercitato sui propri settori; (2) oltre l'80 per cento delle attività della persona giuridica controllata siano effettuate nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'ente controllante e (3) non vi sia alcuna partecipazione di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto.

In Italia, le direttive hanno trovato attuazione con il codice dei contratti pubblici che all'art. 5 rubricato "*principi comuni in materia di esclusione per concessioni, appalti pubblici e accordi tra enti e amministrazioni aggiudicatrici nell'ambito del settore pubblico*", ha previsto una disciplina di principio che, ricalcando il testo delle direttive, individua le caratteristiche principali dell'*in house*.

In primo luogo, il perimetro dell'*in house* è stato esteso anche agli enti e società pubbliche e non solo alle società di diritto privato.

In secondo luogo, i requisiti per poter procedere legittimamente agli affidamenti con il metodo dell'*in house* sono:

1) la presenza di un controllo analogo ossia "*un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della persona giuridica controllata*" (articolo 5, comma 1, lett. a);

2) lo svolgimento di oltre l'80 per cento delle attività della persona giuridica controllata deve riguardare i compiti ad essa affidati dall'ente controllante, (articolo 5, comma 1, lett. b), tenendo conto ai fini della determinazione della predetta percentuale il fatturato totale medio, o altra idonea misura alternativa basata sull'attività quale, ad esempio, i costi sostenuti dalla persona giuridica o amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore nei settori dei servizi, delle forniture e dei lavori per i tre anni precedenti l'aggiudicazione dell'appalto o della concessione (articolo 5, comma 7) ovvero, nel caso di nuova o recente costituzione della società o dell'amministrazione aggiudicatrice, ovvero a causa della riorganizzazione delle sue attività, "*è sufficiente dimostrare, segnatamente in base a proiezioni dell'attività, che la misura dell'attività è credibile*" (art. 5, comma 8);

3) nella persona giuridica controllata non deve esservi alcuna partecipazione diretta di capitali privati ad eccezione dei casi previsti espressamente dalla legislazione nazionale ma alla condizione che non comportino controllo o potere di veto e quindi tali da non esercitare un'influenza determinante sulla persona giuridica partecipata.

Per quanto concerne poi l'ambito di applicazione, si possono rinvenire oggi diverse ipotesi di utilizzo dell'*in house providing* differenti rispetto al modello tradizionale e considerate ammissibili dalla giurisprudenza e dalla normativa vigente.



Come efficacemente riportato anche nel parere del Consiglio di Stato in commento, possono infatti rinvenirsi diversi tipi di affidamenti *in house* così catalogabili:

- *in house a cascata*, il quale prevede un controllo analogo indiretto ossia esercitato sulla società da una persona giuridica diversa dall'amministrazione aggiudicatrice ma, a sua volta, controllata allo stesso modo dalla medesima amministrazione: in tal modo, tra l'amministrazione e la società *in house* c'è un controllo analogo indiretto ma viene tuttavia ammesso in ragione del controllo esercitato sulla società controllante (cfr. art. 5, comma 2, codice dei contratti pubblici)[5];
- *in house frazionato o pluripartecipato*: ipotesi a lungo dibattuta in dottrina e giurisprudenza ora viene generalmente ammessa avendo peraltro trovata esplicita previsione nel codice dei contratti pubblici; la fattispecie prevede che l'affidamento diretto sia ritenuto ammissibile anche in caso di controllo congiunto da parte di più amministrazioni aggiudicatrici su una persona giuridica ma solo qualora siano soddisfatte tutte le seguenti condizioni: a) gli organi decisionali della persona giuridica controllata siano composti da rappresentanti di tutte le amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori partecipanti in modo che i singoli rappresentanti possono rappresentare varie o tutte le amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori partecipanti; b) tali amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori siano in grado di esercitare congiuntamente un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative di detta persona giuridica; c) la persona giuridica controllata non persegua interessi contrari a quelli delle amministrazioni aggiudicatrici o degli enti aggiudicatori controllanti (cfr. 5, comma 4, codice dei contratti pubblici);
- *in house verticale "invertito" o "capovolto"*, si ha quando il soggetto controllato, essendo a sua volta amministrazione aggiudicatrice, affida un contratto al soggetto controllante senza procedura di evidenza pubblica; tale ipotesi è ritenuta ammissibile in quanto non esiste un rapporto di alterità nel rapporto tra i due soggetti ossia tra l'amministrazione controllante e l'amministrazione controllata (articolo 5, comma 3, Codice dei contratti pubblici);
- *in house "orizzontale"* che implica, invece, l'esistenza di tre soggetti; un soggetto A aggiudica un appalto o una concessione a un soggetto B, e sia A che B sono controllati da un altro soggetto C. Non vi è quindi alcuna relazione diretta tra A e B, ma entrambi sono in relazione di *in house* con il soggetto C, che controlla sia A che B; l'amministrazione aggiudicatrice esercita un controllo analogo su due operatori economici distinti di cui uno affida un appalto all'altro.

#### **4. Il tema della partecipazione dei privati alle società controllate e confronto con il modello delle società miste.**

Nel nuovo modello di affidamento *in house* il tema sicuramente più dibattuto è rappresentato dalla previsione dell'ingresso di privati nella compagine della società affidataria previsto sia dall'art. 5, comma 1, del Codice dei Contratti pubblici che dall'art. 16, comma 1, del T.U. sulle

società a partecipazione pubblica, sebbene con una formulazione parzialmente differente rispetto a quella utilizzata nelle direttive comunitarie con riferimento alla natura della previsione legislativa nazionale sulla partecipazione dei privati al capitale della società: ossia se la legge o debba solo prevedere tale possibilità ovvero se debba prescriverla obbligatoriamente.

Non si può comunque dubitare che tale innovazione rappresenti un profondo stravolgimento del presupposto, ritenuto fondamentale dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale, della natura interamente pubblica della società controllata per evitare il ricorso a procedure di evidenza pubblica che, in presenza del concorso dei privati a vario titolo nella esecuzione o gestione dell'appalto o della concessione, rappresenta l'unica modalità idonea a garantire il rispetto del principio di libera concorrenza.

La possibile apertura ai capitali privati è certamente la novità che maggiori dubbi ha sollevato circa la sua corretta interpretazione ed applicazione.

Come visto in precedenza, la costante giurisprudenza europea antecedente alle direttive del 2014 era coerentemente orientata a ritenere che la partecipazione ancorché minoritaria di privato al capitale della Società *in house* fosse tale da escludere senza eccezioni l'esistenza del requisito del controllo analogo[6].

Secondo l'impostazione seguita dalla Corte, l'impossibilità giuridica di ritenere sussistente il requisito del controllo analogo a quello esercitato sul proprio settore da parte dell'amministrazione aggiudicatrice si manifesta anche nel caso in cui il privato sia un semplice investitore[7].

Indagando le ragioni sottese a tale impostazione contraria alla partecipazione dei privati alla società *in house*, si possono sinteticamente individuare due profili: il primo, concernente la stessa natura dell'investimento privato il quale è connesso ad un interesse (profitto) di per sé non coincidente con l'interesse pubblico perseguito dall'amministrazione; il secondo, attiene alla circostanza decisiva che l'affidamento alla società *in house* avviene senza il ricorso alle procedure di evidenza pubblica (contrariamente a quanto avviene con le società miste le quali rappresentano un metodo differente dall'*in house*) con la conseguenza che il socio privato precedentemente scelto beneficerebbe di un affidamento diretto in alterazione degli equilibri concorrenziali.

Senonché, le direttive del 2014[8] hanno modificato in parte i connotati dell'istituto consentendo, in via generale ed astratta ed in presenza di requisiti specifici e puntuali, la partecipazione dei privati nella società *in house* controllata.

In definitiva, nel rispetto di determinati presupposti, appare astrattamente consentita la partecipazione diretta di capitali privati nell'ente *in house* controllato, quale - è bene comunque sottolinearlo - eccezione di stretta interpretazione alla regola della totale partecipazione pubblica.

Come accennato in precedenza, il tema interpretativo centrale nella nuova disciplina dell'*in house* è quello relativo alla natura della partecipazione privata ossia se essa debba ritenersi solo consentita dalla legislazione nazionale, lasciando così all'amministrazione aggiudicatrice un margine per la scelta o meno di aprire ai soci privati le società controllate, ovvero se essa

debba ritenersi prescritta dalla legge ossia imposta dalla legislazione nazionale eliminando così ogni possibilità di ingresso discrezionale dei privati nel capitale delle predette società.

Tale aspetto ha rappresentato il punto di snodo centrale del parere in commento unitamente alla valutazione se il nuovo modello di *in house* rappresenti una sorta di avvicinamento o sovrapposizione con quello della società mista.

La questione nasce dalla differente dicitura utilizzata dall'art. 5 comma 1, lett. c), del codice dei contratti rispetto alla direttiva comunitaria<sup>[9]</sup>: infatti, mentre la norma nazionale prevede che nella società controllata non vi debba essere *“alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati le quali non comportano controllo o potere di veto previste dalla legislazione nazionale, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata”*, la direttiva appalti (2014/24/UE) e la direttiva concessioni (2014/23/UE) utilizzano invece il termine *“prescritta”* riferendosi alla predetta partecipazione nel senso che debba essere la legislazione a prevedere obbligatoriamente tale partecipazione.

Nei considerando di entrambe le direttive (n. 32 per la direttiva appalti e n. 46 della direttiva concessioni) viene infatti chiarito che il divieto di partecipazione di operatori privati al capitale di una persona giuridica controllata - giustificato dalla circostanza di non attribuire al privato un indebito vantaggio considerato che l'aggiudicazione alla predetta persona giuridica avviene senza procedura di gara - non ha ragion d'essere nei casi in cui la partecipazione di determinati operatori economici privati al capitale della persona giuridica controllata è resa obbligatoria da una disposizione legislativa nazionale in conformità dei trattati, a condizione che si tratti di una partecipazione che non comporta controllo o potere di veto e che non conferisca un'influenza determinante sulle decisioni della persona giuridica controllata.

Il Consiglio di Stato nel parere in commento affronta il tema e lo risolve nel senso di aderire alla tesi restrittiva secondo cui la partecipazione dei privati deve essere prescritta e non solo consentita sulla base delle seguenti argomentazioni: *“(1) la direttiva usa il termine prescritta”, e non semplicemente previste; (2) i considerando n. 32 della direttiva appalti e n. 46 della direttiva concessioni espressamente affermano la necessità di una partecipazione non facoltativa, ma obbligatoria, in ragione di valutazioni effettuate dal legislatore interno; (3) anche l'analisi comparativo-linguistica della direttiva, fondamentale ai fini dell'indagine del suo significato letterale, conferma il significato forte dell'impiego del termine prescritta<sup>[10]</sup>”*.

A tali considerazioni il Consiglio di Stato aggiunge l'ulteriore argomento secondo cui il testo dell'art. 16 del testo unico sulle società partecipate reca una formulazione conforme alla direttiva comunitaria ed essendo una fonte pari ordinata al codice dei contratti pubblici deve essere applicata in quanto entrata in vigore successivamente.

La tesi opposta si fonda invece sulla differenza semantica tra il termine previste ed il termine prescritte con il chiaro intento di estendere la portata della norma nazionale favorendo un accesso meno stringente dei privati al capitale sociale delle società controllate e dare quindi un senso di maggiore utilità alla nuova disciplina .

## 5. Conclusioni

L'interpretazione fatta propria dal Consiglio di Stato nel parere in commento, si inserisce di buon grado in un filone già delineato da altre pronunce e commenti.

Nonostante ciò, rimane la perplessità per la scelta del legislatore nazionale per una formulazione della norma sulla partecipazione degli operatori privati alle società controllate meno restrittiva di quanto previsto dalla normativa comunitaria.

Astraendoci dalla questione interpretativa, rimane sicuramente aperta la questione della reale portata di questa innovazione che altera l'ossatura dell'istituto dell'*in house providing* colpendo il caposaldo della partecipazione pubblica totalitaria quale elemento idoneo a sottrarre l'affidamento a tale società dalle regole della libera concorrenza per introdurre una modalità di partecipazione dai contorni poco definiti e tutto sommato difficili da individuare o giustificare.

Se, infatti, la partecipazione del privato deve essere prescritta obbligatoriamente da una specifica norma di legge nazionale e deve essere tale da impedire situazioni di controllo o di veto e comunque tali da non consentire al privato di esercitare una influenza dominante sulla società *in house*, residuano davvero poche alternative ma, soprattutto, sembra una previsione di poco o scarso utilizzo se interpretata restrittivamente.

In questa ottica a poco servono gli esempi citati nei considerando delle direttive richiamati in precedenza laddove si riferiscono ad ipotesi riguardanti *"le organizzazioni responsabili della gestione o dell'esercizio di taluni servizi pubblici"* appaiono non molto utili posto che proprio nella gestione dei servizi pubblici si evidenzia la necessità di partecipazione di capitali privati necessari a garantire la migliore gestione del servizio ma non certo in un contesto restrittivo come quello appena descritto.

Alcuni autori hanno avanzato alcune ipotesi di partecipazione dei privati mediante forme di azionariato diffuso tra gli utenti del medesimo servizio<sup>[1]</sup> ma ciò non fa venir meno la possibilità che i privati, eventualmente collegandosi tra loro nelle forme ammesse dall'ordinamento civile, possano esercitare quell'influenza dominante che la direttiva comunitaria ha inteso escludere nettamente.

Rimane l'impressione che l'apertura alla partecipazione dei privati nelle società controllate, seppur giustificato dalla necessità di migliorare la capacità di gestione di tali società, non possa avere uno sviluppo particolare in quanto una maggiore flessibilità troverebbe l'ostacolo della necessità di evitare una violazione delle regole del mercato e della libera concorrenza: ma in tal caso, dovendo necessariamente svolgere una procedura di evidenza pubblica per la scelta del socio privato, non si coglierebbero significative differenze rispetto al modello della società mista pubblico/privato.

[1] Come egregiamente illustrato nel parere in commento: *"per lungo tempo è stato ritenuto che i requisiti dell'in house providing dovessero essere interpretati restrittivamente (Cons. Stato, sez. II, n. 456/2007; Cons. Stato, sez. V, n. 5620/2010; Cons. Stato, sez. I, n. 2577/2011). Si rilevava, al riguardo, che l'in house, così come costruito dalla giurisprudenza comunitaria, rappresentava, più che un modello di organizzazione dell'amministrazione, un'eccezione alle regole generali del diritto*

*comunitario, le quali richiedono la previa gara (Cons. Stato, Ad. Pl. n. 1/2008). E ciò sulla base del principio secondo cui, in via generale, l'assenza totale di procedura concorrenziale per l'affidamento di una concessione di servizi pubblici non è conforme alle esigenze di cui agli artt. 43 CE e 49 CE, e nemmeno ai principi di parità di trattamento, di non discriminazione e di trasparenza (C. giust. CE, 6 aprile 2006, C-410/04 e 13 ottobre 2005, C-458/03). In particolare si considerava che "l'affidamento diretto del servizio viola il principio di concorrenza sotto un duplice profilo: a) da una parte, sottrae al libero mercato quote di contratti pubblici, nei confronti dei quali le imprese ordinarie vengono escluse da ogni possibile accesso; b) dall'altra, si costituisce a favore dell'impresa affidataria una posizione di ingiusto privilegio, garantendole l'acquisizione di contratti. Il tutto si traduce nella creazione di posizioni di vantaggio economico che l'impresa in house può sfruttare anche nel mercato, nel quale si presenta come 'particolarmente' competitiva, con conseguente alterazione della par condicio" (Cons. Stato, Ad. Pl. n. 1/2008). Anche di recente questo Consiglio ha ritenuto di ribadire che l'in house rappresenta "un'eccezione alle regole generali del diritto comunitario, le quali richiedono che l'affidamento degli appalti pubblici avvenga mediante la gara" (sez. III, n. 2291/2015; sez. VI, n. 2660/2015; sez. III, n. 5732/2015; sez. II, n. 298/2015)".*

[2] Diverse sono le sentenze che aderiscono a tale prospettazione successiva alle direttive comunitarie del 2014 ed alla corrispondente disciplina nazionale. Cfr. in tal senso (Cons. Stato, n. V, n. 4599/2014; n. V, n. 257/2015; n. V, n. 1900/2016).

[3] Fin dal 2005, la Corte di Giustizia (Corte di Giustizia UE 11 gennaio 2005, C-26/03, Stadt Halle; Corte di Giustizia UE 21 luglio 2005, C-231/03, Consorzio Coname; Corte di Giustizia UE, sez. I, 18 gennaio 2007, C-225/05, Je. Au.) ha chiarito che la partecipazione, pur minoritaria, di soggetti privati al capitale di una società, alla quale partecipi anche l'amministrazione aggiudicatrice, esclude in ogni caso che tale amministrazione possa esercitare sulla medesima un controllo analogo a quello che essa svolge sui propri servizi.

[4] In tal senso, Corte di Giustizia UE, sez. III, sentenza 29 novembre 2012, C-182/11 e C-183/11, Econord.

[5] È infatti configurabile un controllo analogo anche nel caso di partecipazione pubblica indiretta, in cui il pacchetto azionario non è detenuto direttamente dall'ente pubblico di riferimento, ma indirettamente mediante una società per azioni capogruppo (c.d. holding) posseduta al 100% dall'ente medesimo (Corte di Giustizia UE 11 maggio 2006 C-340/04).

[6] Il principio è stato enunciato dalla Corte di Giustizia CE, n. 1, (11 gennaio 2005, C-26/03, caso Stadt Halle) secondo cui "la partecipazione, anche minoritaria, di un'impresa privata al capitale di una società alla quale partecipi anche l'amministrazione aggiudicatrice ... esclude in ogni caso che tale amministrazione possa esercitare sulla detta società un controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi" posto che "il rapporto tra un'autorità pubblica, che sia un'amministrazione aggiudicatrice, ed i suoi servizi sottostà a considerazioni e ad esigenze proprie del perseguimento di obiettivi di interesse pubblico. Per contro, qualunque investimento di capitale privato in un'impresa obbedisce a considerazioni proprie degli interessi privati e persegue obiettivi di natura differente" e "una procedura siffatta offrirebbe ad un'impresa privata presente nel capitale della detta società un vantaggio rispetto ai suoi concorrenti" è stato e costantemente ripreso sia dalla giurisprudenza europea che da quella nazionale. Si vedano *ex multis* Corte

*Giustizia*, caso C-371/05, *ASI*; caso C-324/07, *Coditel Brabant*; caso C-215/09, *Mebiläinen Oy*; caso C-574/12, *Centro Hospitalar de Setúbal EPE* In senso conforme si è espresso Cons. Stato, Ad. Plen., 3 marzo 2008, n. 1; v. anche Cons. Stato, n. V, n. 5079/2014; Cons. Stato, n. VI, n. 2660/2015; Cons. Stato, n. V, n. 4253/2015; Cons. Stato, n. I, n. 1645/2018; Cons. Stato, n. I, n. 2583/2018; Cons. Stato, n. I, n. 883/2019; Cons. Stato, n. I, n. 1645/2018; Cass. SS. UU. n. 5491-2014).

[7] Cfr. Corte di Giustizia, causa C573/07, *Sea srl*, S 51.

[8] La direttiva 2014/24/UE se da un lato ha confermato e sottolineato che *"l'aggiudicazione di un appalto pubblico senza una procedura competitiva offrirebbe all'operatore economico privato che detiene una partecipazione nel capitale della persona giuridica controllata un indebito vantaggio rispetto ai suoi concorrenti"* (32° considerando), dall'altro ha consentito forme di partecipazione di capitali privati, purché sussistano i requisiti di cui all'art. 12, comma 1, lett. c) (*"nella persona giuridica controllata non vi è alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto, prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata"*).

[9] La questione era già stata evidenziata dal Consiglio di Stato in sede consultiva sullo schema di decreto legislativo, cfr. Cons. Stato, Comm. spec., parere 21 marzo 2016, n. 464

[10] Fin dai primi commenti e dalle prime pronunce è emerso che il quadro di riferimento delineato dalla disciplina europea consente la partecipazione dei privati soltanto in presenza di una norma di legge che la prescriva come obbligatoria. S. FOÀ, D. GRECO, *L'in house providing* nelle direttive appalti 2014, cit.; D.U. GALETTA, G. CARULLO, *Gestione dei servizi pubblici locali c in house providing: novità, auspici e scenari futuri in una prospettiva di deframmentazione del sistema*, in Riv. it, dir. pubbl. comun., 2016, 371 ss. Cons. Stato, sez. V, 11 settembre 2015, n. 4235; Cons. Stato, sez. V, 26 maggio 2015, n. 2660; Corte dei Conti, Sez. controllo Campania, parere 29 aprile 2016, n. 108; Cons: Stato, Comm. Spec. 16 aprile 2016, n. 968

[11] Si veda a tale proposito R. CAVALLO PERIN, *La razionalizzazione dell'amministrazione indiretta: enti strumentali, società ed altri organismi nella prospettiva della riforma della p.a.*, in F. MASTRAGOSTINO, G. PIPERATA, C. TUBERTINI, *L'amministrazione che cambia: fonti, regole e percorsi di una nuova stagione di riforme*, Bologna, 2016, 124.