

Appalti *in house*: rassegna critica della giurisprudenza

di Daniele Rosato

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le direttive comunitarie 2004/17 e 18 e gli appalti in house. – 3. La “questione” degli appalti in house. – 4. Genesi del concetto “appalti in house”. – 5. Circolare: “Affidamento a società miste della gestione dei servizi pubblici locali”. – 6. La giurisprudenza della Corte di Giustizia ed il contributo degli Avvocati generali. – 6.1. Sentenza Arnhem. – 6.2. Sentenza RI.SAN. – 6.3. Sentenza Teckal. – 7. Gli ultimi interventi della Corte di Giustizia. – 7.1. Sentenza 11 gennaio 2005 Stadt Halle. – 7.2. Sentenza 13 ottobre 2005 Parking Brixen. – 7.3. Sentenza 10 novembre 2005 Commissione contro Repubblica di Austria. – 7.4. Sentenza 6 aprile 2006 Associazione Nazionale Autotrasporto Viaggiatori. – 7.5. Sentenza 11 maggio 2006 Carbotermo. – 8. Giurisprudenza nazionale in materia di affidamento in house. – 8.1. T.A.R. Lombardia – Milano, sentenza 17 luglio 2006, n. 1837. – 8.2. Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 13 luglio 2006, n. 4440. – 9. I riflessi del decreto Bersani in materia di appalti.

1. Premessa.

Dopo una sommaria introduzione alle direttive 2004/17 e 18, in questo articolo ho voluto dare prevalentemente risalto al “diritto vivente”, in quanto il contributo dei giudici è stato e continua ad essere essenziale ai fini della definizione della materia degli appalti *in house* (1).

La giurisprudenza, italiana e specialmente quella comunitaria, è frequentemente richiamata. Attraverso i casi giurisprudenziali ho tentato di enucleare, tra le intrinseche difficoltà di una materia in rapida e continua evoluzione, il pensiero del giudice comunitario riguardo a tale complesso argomento.

La problematica dell’*in house providing* è particolarmente rilevante in quanto concerne un settore, quello degli appalti pubblici, che riveste un ruolo importante nella vita economica di un Paese e considerato dalla stessa Commissione europea “uno strumento strategico per ottimizzare il funzionamento del mercato unico europeo (2)”.

(1) In realtà l’istituto dell’*in house* è un modello trasversale, rilevante sia per gli appalti che per i servizi pubblici. In questo senso L. MANGIAVACCHI, “L’affidamento in house tra capitale pubblico e partecipazione privata”, in www.giustamm.it.

(2) Libro bianco “Gli appalti pubblici nell’Unione Europea”, 1998. La centralità rivestita dal settore degli appalti pubblici nella politica comunitaria non è sempre stata un dato acquisito, ma può essere ricollegata al “rapporto Cecchini”, nel quale si ritenne essenziale, ai fini dell’integrazione dei mercati nazionali, anche una piena liberalizzazione del settore degli appalti pubblici. Secondo E. CHITI, “La nozione di amministrazione aggiudicatrice”, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2001, la riconsiderazione della materia riprese “dopo un periodo di palese disinteresse per il settore degli appalti”, giustificato dal tentativo di mantenere in questo settore l’autonomia regolatoria degli Stati membri.

2. Le direttive comunitarie 2004/17 e 18 e gli appalti in house.

Il 30 aprile 2004 sono state pubblicate sulla *Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea* le due nuove direttive in materia di appalti: la 2004/17/CE, relativa agli appalti degli enti erogatori di acqua e di energia e degli enti che forniscono servizi di trasporto e di tipo postale (i cd. settori esclusi), e la 2004/18/CE, relativa agli appalti "classici" (lavori, servizi e forniture). Esse costituiscono quello che un'autorevole dottrina ha definito "il nuovo diritto europeo degli appalti" (3).

La direttiva nei settori "classici" non prevede la facoltà di affidamento diretto, senza pubblica gara, ad imprese collegate o controllate.

Al contrario, la direttiva 2004/17/CE prevede una disciplina degli appalti *in house*, in relazione agli appalti affidati ad imprese collegate e a *join-venture*.

In particolare, l'articolo 23 stabilisce che per impresa collegata deve intendersi quella i cui conti annuali sono consolidati con quelli dell'amministrazione aggiudicatrice, oppure quella su cui la medesima amministrazione è in grado di esercitare, direttamente o indirettamente, un'influenza dominante (4).

La citata disposizione, inoltre, prevede la necessità di verificare che almeno l'80% del fatturato medio realizzato negli ultimi tre anni dall'impresa collegata nel campo dei servizi, delle forniture, dei lavori provenga dalla fornitura di tali servizi/lavori alle imprese cui è collegata. Solamente al verificarsi di queste due condizioni (presenza di una impresa collegata, requisito dell'80%) la direttiva non si applica agli appalti aggiudicati da un'amministrazione ad un'impresa collegata.

Ed ancora la disciplina risultante dalla direttiva sui settori esclusi non trova applicazione in relazione agli appalti aggiudicati da una *join-venture*, composta esclusivamente da più enti aggiudicatori, per svolgere una delle attività di cui agli articoli da 3 a 7 (5), ad uno di tali enti, e a quelli aggiudicati da un'amministrazione aggiudicatrice ad una *join-venture* di cui fa parte, qualora essa sia stata costituita per svolgere una delle attività di cui agli articoli da 3 a 7 almeno negli ultimi tre anni, e qualora l'atto costitutivo della *join-venture* preveda che gli enti aggiudicatori che la compongono ne faranno parte per almeno tre anni.

3. La questione degli appalti in house.

Con l'espressione "appalti *in house*" ci si riferisce a quella particolare ipotesi in cui l'appalto pubblico è affidato a soggetti che sono parte della stessa amministrazione aggiudicatrice.

La questione concerne essenzialmente nel risolvere il quesito circa l'applicabilità delle procedure ad evidenza pubblica anche a tali particolari fatti-

(3) M. PROTTO, "Il nuovo diritto europeo degli appalti", nella rivista *Urbanistica e appalti*, luglio 2004.

(4) L'origine della definizione di impresa collegata è contenuta nell'art. 1, n. 3, della direttiva 14 giugno 1993, 93/38/CEE.

(5) Gas, acqua, elettricità, servizi di trasporto e postali, estrazione petrolio.

specie, o se, al contrario, sussista la facoltà per l'amministrazione aggiudicatrice di ricorrere all'affidamento diretto, derogando così alle disposizioni comunitarie in materia di appalti.

In una nota del Ministero dell'economia e delle finanze, datata 30 ottobre 2003, è indicato che un rapporto di tipo *in house* può configurarsi in una delle tre seguenti fattispecie. Le prime due si situano all'interno dell'amministrazione, mentre la terza riguarda un rapporto tra un'amministrazione ed un terzo, ma assimilabile ad una relazione interna.

- *In house stricto sensu*

Si tratta dell'ipotesi più semplice e chiara di rapporto *in house*, che si verifica in quelle ipotesi in cui l'amministrazione aggiudicatrice decide di far eseguire servizi o lavori tramite i propri mezzi o le proprie risorse. È, in particolare, il caso in cui l'amministrazione ricorra ai suoi stessi uffici.

- *Assenza di un terzo*

È l'ipotesi di relazioni che costituiscono forme di organizzazione interne all'amministrazione pubblica (ad esempio, un ministero per un altro ministero). Queste relazioni sono caratterizzate dall'assenza di terzi: ne consegue che questi tipi di rapporti sono del tutto assimilati a quelli che sussistono tra un'amministrazione ed i suoi servizi interni.

- *Terzo posseduto e controllato al 100% con un legame di esclusiva*

Si tratta di un rapporto tra un'amministrazione aggiudicatrice ed un ente. L'organismo creato o incaricato di eseguire i compiti per l'amministrazione appaltante è interamente controllato e posseduto dalla medesima amministrazione appaltante. Inoltre, è necessario che sussista un legame di esclusiva in merito all'esercizio dell'attività: l'ente non può fornire i propri servizi a soggetti terzi, ma esclusivamente all'amministrazione cui appartiene.

Se sembra pacifico che questi tre tipi di rapporti possano essere qualificati come dei rapporti *in house* e siano, di conseguenza, esclusi dall'ambito di applicazione delle direttive sugli appalti pubblici, i limiti di questa nozione appaiono assai più difficili da tracciare in altri casi più complessi, come ad esempio nell'ipotesi di un soggetto terzo all'amministrazione che non soddisfi pienamente il criterio dell'esclusività delle attività fornite, oppure quello del possesso e del controllo al 100%.

In tali casi per avere una soluzione su quale procedura debba essere eseguita occorre analizzare la natura giuridica del legame che intercorre tra l'amministrazione aggiudicatrice ed il soggetto aggiudicatario e, sulla scorta degli indici forniti dalla giurisprudenza, verificare se si è in presenza di un rapporto di delega interorganica tra tali soggetti (6): solamente qualora questo esame dia

(6) Nel linguaggio comunitario la formula "delega interorganica" è utilizzata come sinonimo di "*in house providing*" per indicare quella forma gestionale "che non esula dalla sfera amministrativa dell'amministrazione aggiudicatrice", in "*Comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario*" (nota 9).

esito positivo sarà evidente la non esistenza di un rapporto di terzietà, con la conseguente applicabilità della disciplina interna di affidamento diretto.

Si ricorda che, ai sensi dell'art. 9 della direttiva 2004/18/CE, si considerano amministrazioni aggiudicatrici: lo Stato, gli enti pubblici territoriali, gli organismi di diritto pubblico e le associazioni costituite da uno o più di tali enti od organismi.

Con l'espressione organismo di diritto pubblico, invece, ci si riferisce a qualsiasi organismo istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, non aventi carattere industriale o commerciale, che sia dotato di personalità giuridica e la cui attività sia finanziata in modo maggioritario da parte dello Stato o degli enti pubblici territoriali, o la cui gestione sia soggetta al controllo di tali soggetti, o il cui organo di amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata da parte dello Stato o dagli enti pubblici.

Le difficoltà concernenti il fenomeno dell'*in house* risultano dall'ampio dibattito che si è avuto riguardo il recente iter normativo comunitario per l'elaborazione della direttiva 2004/18/CE (7): infatti il testo proposto dalla Commissione non prevedeva alcuna disposizione concernente gli affidamenti *in house*, ed il tentativo del Parlamento europeo di inserirne una si è scontrato con la ferma resistenza da parte del Consiglio. In particolare, il Parlamento aveva proposto di inserire un articolo in cui si esplicitasse la volontà di escludere dal campo di applicazione della direttiva gli appalti stipulati dall'amministrazione con una entità da essa totalmente dipendente. Tale proposta prendeva evidentemente spunto dalla sentenza *Teckal* (v.*infra*).

A livello nazionale, ritengo utile ricordare come, in fase di recepimento della direttiva, il Governo abbia deciso di stralciare dal testo del Codice degli Appalti l'art. 15 che stabiliva "il presente Codice non si applica all'affidamento di servizi, lavori e forniture a società per azioni il cui capitale sociale sia interamente posseduto da una o più amministrazioni aggiudicatrici, a condizione che queste ultime esercitino un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con le amministrazioni aggiudicatrici". In breve, la norma recava la disciplina degli affidamenti *in house* richiamando il principio stabilito nella sentenza *Teckal*.

4. *Genesis del concetto "appalti in house"*.

Al termine di una prima azione di tipo ricognitivo circa lo stato del settore degli appalti pubblici, realizzata attraverso il Libro verde del 1996 "*Gli appalti pubblici nell'Unione Europea: spunti di riflessione*"(8), la

(7) La problematica è correttamente messa in evidenza da F. PORCELLANA, "*Servizi pubblici locali e deroghe alla concorrenza. La Corte salva l'in house nazionale*", in www.giustamm.it, n. 5/2006.

(8) Si segnala, tra gli altri, il punto 2: "*La politica dell'Unione in materia di appalti pubblici è volta ad instaurare in questo settore una concorrenza leale ed aperta*".

Commissione europea si pronunciò sulle molteplici osservazioni al riguardo rese dai soggetti della Comunità.

L'occasione è stata il Libro bianco del 1998, dove si ritrova il primo accenno alla questione degli appalti *in house*. La definizione comparsa in tale testo è la seguente: "sono appalti *in house* quegli appalti aggiudicati all'interno della pubblica amministrazione, ad esempio tra una amministrazione centrale ed una locale, o tra una amministrazione ed una società da questa interamente controllata".

In tale documento, inoltre, la Commissione si impegnò a pronunciarsi sulle complesse questioni sollevate nei contributi al Libro verde, per soddisfare le richieste di chiarezza e di certezza giuridica avanzate dagli operatori, in difficoltà dinanzi ad una "foresta normativa e giurisprudenziale in cui risulta difficile districarsi"(9).

L'argomento *in house* è stato poi ripreso dalla Commissione nell'ambito di una comunicazione interpretativa(10) nella quale viene indicato che "un problema particolare si pone nel caso in cui tra concessionario e concedente esiste una forma di delega interorganica che non esula dalla sfera amministrativa dell'amministrazione aggiudicatrice. La questione sull'applicazione del diritto comunitario a tale relazione è stata affrontata dalla Corte e le cause pendenti davanti alla Corte potranno apportare elementi di novità a riguardo".

In concreto, la Commissione europea nella comunicazione non fornisce una risposta chiara al quesito circa l'applicabilità dei principi comunitari di concorrenza, non discriminazione e pubblicità alle ipotesi in cui tra concedente e concessionario esista un rapporto delega interorganica, o se, al contrario, in queste ipotesi sia ammissibile l'operatività di una deroga che, di fatto, avrebbe l'effetto di sottrarre la relativa fattispecie alla disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici. In realtà, la Commissione non ha fatto altro che rinviare alle pronunce della Corte di Giustizia.

La Commissione, attraverso l'elaborazione dei suindicati documenti, ha intrapreso una serie di iniziative in ossequio al suo ruolo di "custode del Trattato" (11).

(9) Punto 2.1.3 del Libro bianco "Gli appalti pubblici nell'Unione Europea", 1998.

(10) Commissione dell'Unione Europea "Comunicazione interpretativa sulle concessioni nel diritto comunitario", 2000. Per i primi commenti: GUCCIONE C., "La comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario", in *Giornale di diritto amministrativo*, 2000; LEGGIADRO F., "Comunicazione interpretativa sulle concessioni nel diritto comunitario", in *Giornale di diritto amministrativo*, 2000, n.10.

(11) Si ricorda come, oltre a dare avvio alla politica comunitaria e ad esprimere l'interesse dell'Unione, compito della Commissione sia quello di verificare la corretta applicazione del Trattato e della legislazione dell'Unione da parte degli Stati membri, cosicché tutti i partecipanti al mercato unico possano trarre equamente vantaggio dall'equilibrio instaurato.

Sul ruolo svolto dalla Commissione, per tutti, MENGOZZI P., 1999, "European Community Law", London.

Per indicare l'ipotesi in cui un'amministrazione affidi ad un ente dalla stessa controllato la prestazione di servizi, forniture o lavori, si è in un momento successivo utilizzata l'espressione "*in house providing*", che evidenzia un modello di organizzazione in cui la pubblica amministrazione provvede ai propri bisogni mediante lo svolgimento di attività interna, e contrapposto al modello dell'*outsourcing* (o *contracting out*) nel quale, invece, l'ente pubblico si rivolge al privato "esternalizzando" l'esercizio tipico dell'ente stesso o, più semplicemente, la produzione ed il reperimento delle risorse necessarie al suo svolgimento.

In realtà, nell'ordinamento giuridico comunitario non sembra possibile ravvisare alcun obbligo di *outsourcing* nei confronti delle pubbliche amministrazioni: i principi della concorrenza non sembrano imporre di rivolgersi sempre e comunque al mercato per l'approvvigionamento di beni, servizi e forniture (12). Come sembrano esservi compiti e funzioni il cui esercizio non può mai essere affidato all'esterno, così non sembrano imporsi alla pubblica amministrazione obblighi di esternalizzazione, ma solamente vincoli di rispetto del principio della gara qualora essa decida di ricorrere ai privati (13).

Gli unici limiti che incombono sulla pubblica amministrazione circa la scelta tra mercato e delegazione interorganica sembrano essere limiti di diritto interno, e cioè i principi che regolano le scelte discrezionali di ogni amministrazione pubblica.

Al riguardo, un'autorevole dottrina ha sostenuto che la giurisprudenza della Corte di Giustizia sull'*in house* rappresenta il tentativo di armonizzare i principi a tutela della concorrenza con il potere di auto-organizzazione riconosciuto alle amministrazioni pubbliche dalle legislazioni dei singoli Stati membri (14).

5. Circolare "Affidamento a società miste della gestione dei servizi pubblici locali".

La *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana* del 13 novembre 2001 contiene la circolare emanata dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri,

(12) In questo senso MARCO GALESÌ, "*In house providing: verso una concreta definizione del controllo analogo*", nella rivista *Urbanistica e appalti*, agosto 2004; ALBERTO LUCARELLI, intervento nell'Assemblea "*L'acqua un bene dei cittadini*", Caserta 22 febbraio 2005.

(13) Nel senso dell'inesistenza di un obbligo per l'autorità pubblica di fare ricorso a entità esterne nell'adempimento degli interessi pubblici su di essa incombenti, v. Corte di Giustizia, sentenza 11 gennaio 2005 causa 26/03 *Stadt Halle – TREA Leuna* (v. *infra*).

L'inesistenza di un obbligo di esternalizzare la gestione dei servizi pubblici locali è sottolineata da M. CALCAGNILE, C. BONORA, "*Le caratteristiche delle società in house providing per la gestione dei servizi pubblici locali*", in www.giustamm.it n. 8/2005; E. VARANI, "*L'in house providing: la Corte di Giustizia torna a parlare di controllo analogo*", in www.filodiritto.com, gennaio 2005. In senso contrario D. IARIA, il quale dubita che la pubblica amministrazione possa avocare a sé la scelta su come affidare il servizio, giustificando così la sottrazione di una fetta di attività del mercato, Atti del Convegno "*Il punto sui servizi pubblici locali*", Università degli Studi di Siena, 10 febbraio 2006.

(14) D. CASALINI, "*L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house*", 2003.

dipartimento per le politiche comunitarie, il 19 ottobre 2001, n. 12727, avente ad oggetto la materia dell'affidamento a società miste della gestione di servizi pubblici locali.

Tale circolare avverte che la Commissione dell'Unione europea ha avviato nei confronti dello Stato italiano una procedura di infrazione per la violazione delle disposizioni comunitarie in materia di affidamento della gestione dei servizi pubblici locali.

Il ministero, tenuto conto dell'intervento dell'organo comunitario, ha così ritenuto opportuno fornire alcuni elementi interpretativi volti a chiarire quale sia la normativa applicabile in tema di affidamento di servizi dagli enti locali, anche alla luce della disciplina risultante dal D. Lgs. 267 del 18 agosto 2000, Testo Unico sull'ordinamento degli enti locali (TUEL).

La circolare afferma che la normativa europea in tema di appalti pubblici, ed in particolare di servizi, non trova applicazione, secondo l'orientamento espresso dalla Corte di Giustizia, qualora manchi un vero e proprio rapporto contrattuale tra due soggetti, come nel caso, secondo la terminologia della Corte, di "delegazione interorganica" o di servizio affidato, in via eccezionale, *in house*.

In questa circolare il requisito del "controllo analogo", richiesto dal giudice comunitario affinché operi la deroga *in house* (v. *infra*), viene individuato nel "rapporto equivalente", ai fini degli effetti pratici, ad una relazione di subordinazione gerarchica, che si verifica quando sussiste un controllo gestionale e finanziario stringente dell'ente pubblico sull'ente societario. Questa impostazione incontra numerosi e autorevoli dissensi in dottrina (15).

La circolare, inoltre, ricorda che, qualora non ricorrano gli estremi previsti dalla giurisprudenza *Teckal*, l'aggiudicazione della concessione del servizio deve in ogni caso avvenire nel rispetto dei principi di trasparenza e di parità di trattamento: la necessità di seguire procedure ad evidenza pubblica deriva dalle norme e dai principi del Trattato (16).

6. La giurisprudenza della Corte di Giustizia ed il contributo degli Avvocati Generali.

Di notevole importanza per lo studio della tematica degli appalti *in house* è stato l'apporto prestato dagli Avvocati Generali, che, con le loro con-

(15) Tra gli autori che respingono questo significato talmente restrittivo del concetto di controllo analogo si segnala M. URSO, "Il requisito del controllo analogo negli affidamenti *in house*", nella rivista *Urbanistica e Appalti*, n. 12/2006 laddove l'Autore segnala come nella sentenza *Teckal* non si richieda un rapporto di subordinazione gerarchica, e come il giudice comunitario fondi il sistema esclusivamente sul controllo della società affidataria e sulla possibilità di indirizzarne l'attività; A. LE DONNE e C. PIEROTTI, "Gestione *in house* dei servizi pubblici locali: contaminazioni, suggestioni, soluzioni", in *ASTRID-Rassegna*, n. 5/2006, dove si parla di controllo "analogo, ma non identico".

(16) In questo senso, Commissione dell'Unione europea, "Comunicazione interpretativa sulle concessioni nel diritto comunitario", 2000.

clusioni, hanno individuato gli elementi che devono essere presi in considerazione per stabilire la natura giuridica del rapporto intercorrente tra l'amministrazione aggiudicatrice ed il soggetto, collegato all'amministrazione, aggiudicatario dell'appalto.

Come già in precedenza visto, affrontando il "problema" degli appalti *in house* il nodo centrale da sciogliere concerne l'applicabilità, anche a tali particolari fattispecie, delle procedure ad evidenza pubblica, o se, al contrario, sussista la possibilità per l'amministrazione aggiudicatrice di ricorrere all'affidamento diretto (17).

Per rispondere a tale quesito ritengo opportuno seguire le osservazioni svolte dagli Avvocati Generali nelle cause in cui sono state affrontate tali particolari ipotesi di affidamento di appalti.

È mia intenzione ora, quindi, sottolineare brevemente i momenti più significativi della giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia, vere e proprie tappe per una completa definizione della disciplina degli appalti *in house* (18).

6.1. Sentenza 10 novembre 1998, causa 306/96 BHI Holding contro Arnhem e Rheden.

Nella causa Arnhem la materia del contendere era rappresentata dall'affidamento effettuato da due comuni olandesi, interessati a svolgere congiuntamente l'attività di smaltimento dei rifiuti, ad una società da essi costituita proprio per lo svolgimento di tale attività.

Una società di diritto privato, specializzata nella raccolta e nel trattamento dei rifiuti, ha intrapreso la via giudiziaria sostenendo che l'affidamento alla società comunale era da ritenersi illegittimo, in quanto non conforme alla procedura di aggiudicazione stabilita dalla direttiva 92/50, relativa agli appalti pubblici di servizi.

Il giudice nazionale, il *Gerechtshof*, una volta sospeso il giudizio, ha effettuato, ai sensi dell'art. 234 del Trattato, un rinvio pregiudiziale alla Corte di Lussemburgo chiedendo se una società di capitali, costituita da due enti pubblici locali, potesse essere ritenuta un'amministrazione aggiudicatrice e, quindi, ricadere nell'eccezione prevista all'articolo 6 della direttiva 92/50, che esclude l'obbligo di seguire le procedure ad evidenza pubblica nel

(17) C. ALBERTI, "Appalti in house, concessioni in house ed esternalizzazione", in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2001.

(18) Sul fenomeno di "un governo dei giudici", MENGOZZI, "La rule of law e il diritto comunitario di formazione giurisprudenziale" in *Rivista di diritto europeo*, 1992. L'Autore evidenzia come "La Corte di Giustizia ha assunto, per la precisazione del diritto comunitario e la sua progressiva integrazione nel tempo, un ruolo che trascende quello tradizionalmente proprio dei giudici degli Stati membri, specie di quelli dell'Europa continentale (...) Esiste una parte sempre più importante del diritto comunitario che è di formazione giurisprudenziale"; M.P. CHITI, "I signori del diritto comunitario: la Corte di Giustizia e lo sviluppo del diritto amministrativo europeo", in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1991.

caso in cui il soggetto aggiudicatario dell'appalto sia a sua volta un'amministrazione aggiudicatrice.

In particolare, l'art. 6 della direttiva 92/50 stabilisce che la disciplina risultante dalla stessa "non si applica agli appalti pubblici di servizi aggiudicati ad un ente che sia esso stesso un'amministrazione aggiudicatrice, in base ad un diritto esclusivo di cui esso benefici in virtù delle disposizioni legislative, regolamentari o amministrative pubblicate, purché tali disposizioni siano compatibili con il Trattato".

Dopo aver preliminarmente affermato che l'attività di raccolta dei rifiuti è riconducibile ai bisogni di carattere generale, in quanto attività correlata ad esigenze di salute pubblica e di tutela ambientale, che i privati non riuscirebbero da soli a garantire, il giudice comunitario ha statuito che la forma giuridica della società non ha alcuna valenza, dovendosi invece utilizzare ai fini della qualificazione di un'amministrazione come aggiudicatrice un criterio di tipo esclusivamente funzionale.

La Corte di Giustizia, quindi, non ha dato nessun peso alla forma giuridica delle disposizioni che istituiscono l'organismo.

La sentenza *Arnhem* è di notevole rilevanza, in quanto può essere individuata come il primo tassello di un indirizzo giurisprudenziale della Corte di Giustizia che, ad oggi, appare ormai ben consolidato.

Un altro tassello di questo orientamento può essere individuato nella sentenza *Coillte Teoronta* (19), nella quale si discuteva circa la configurabilità o meno dell'Ufficio irlandese delle Foreste ("Coillte Teoronta") come organismo di diritto pubblico. Il giudice comunitario si è avvalso di questa occasione per confermare l'assoluta irrilevanza della qualifica formale che un soggetto possa assumere sulla scorta del diritto interno ai fini della sua possibile qualificazione come organismo di diritto pubblico: si è, in questo modo, ribadita la prevalenza dell'interpretazione funzionale su quella meramente formale.

6.2. Sentenza 9 settembre 1999, causa 108/98 R.I.SAN S.r.l. contro Comune di Ischia.

Il Tribunale amministrativo della Regione Campania ha sottoposto alla Corte di Giustizia due questioni pregiudiziali nell'ambito di una controversia pendente tra la società R.I.SAN. S.r.l. ed il Comune di Ischia, a proposito delle modalità di organizzazione del servizio di raccolta dei rifiuti urbani attuate dall'ente pubblico territoriale.

L'ente comunale aveva istituito, ai sensi della normativa nazionale, legge 142/1990, una società per azioni a capitale misto, alla quale aveva poi affidato il servizio di raccolta dei rifiuti nel territorio comunale; a tale servizio aveva in precedenza provveduto la R.I.SAN. S.r.l. Il capitale della socie-

(19) Corte di Giustizia delle Comunità europee, sentenza 17 dicembre 1998.

tà istituita dall'ente locale era detenuto per il 51% dal comune stesso, e per il 49% dalla GEPI (20).

La R.I.SAN. davanti al giudice amministrativo ha lamentato che la scelta del socio privato avrebbe dovuto essere oggetto di una procedura ad evidenza pubblica, e che il servizio in questione doveva essere attribuito in esito a tale procedura.

Il giudice *a quo* ha ritenuto pregiudiziale ai fini della decisione della causa che la Corte CE si pronunciasse circa l'applicabilità alla fattispecie in esame della deroga di cui all'art. 90.2 del Trattato (21).

È mia intenzione sottolineare come a partire dalle cause Arnhem e R.I.SAN. gli Avvocati Generali, rispettivamente, La Pergola e Alber, nelle loro conclusioni abbiano optato per un approccio funzionale piuttosto che per uno formale, andando nelle proprie valutazioni oltre la mera qualificazione giuridica del soggetto come società per azioni.

Gli Avvocati Generali hanno affermato che la qualificazione giuridica di società per azioni non è di per sé elemento idoneo ad escludere a priori l'appartenenza di questa società all'amministrazione aggiudicatrice.

Al contrario, è necessario un ragionamento più complesso, e che coinvolge tutta una serie di indici da tenere in considerazione per dimostrare la "dipendenza" tra l'amministrazione aggiudicatrice e la società per azioni.

In particolare, La Pergola ed Alber hanno messo in evidenza due aspetti sintomatici della dipendenza: da una parte l'intreccio finanziario, dall'altra la dipendenza amministrativa, organizzativa e gestionale tra i due soggetti.

In entrambe le cause vi era la presenza di un intreccio finanziario, ma, appunto, tale circostanza non era di per sé sufficiente per affermare di essere in presenza di un servizio *in house*.

Gli Avvocati Generali hanno sostenuto la presenza dell'ulteriore necessario elemento di collegamento, e cioè l'influenza esercitata dall'amministrazione sul soggetto aggiudicatario del servizio. La Pergola, nelle sue conclusioni, ha parlato di "mancanza di terzietà", e della conseguente esistenza di una delega interorganica tra l'amministrazione aggiudicatrice ed il soggetto aggiudicatario del servizio.

Riassumendo, nelle cause R.I.SAN e Arnhem la dipendenza finanziaria sommata a quella gestionale ed organizzativa tra l'amministrazione aggiudicatrice e la società pubblica escludevano le due fattispecie dall'ambito di applicazione della direttiva comunitaria sui servizi.

(20) Società partecipante a società miste degli enti locali per la gestione dei servizi pubblici locali.

(21) Articolo 90.2 Trattato: "Le imprese incaricate della gestione dei servizi di interesse economico generale sono sottoposte alle norme del Trattato sulla concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non ostacoli l'adempimento della missione affidata a tali imprese".

La Corte di Giustizia, seguendo il ragionamento degli Avvocati Generali, ha stabilito la non obbligatorietà del ricorso alla gara di affidamento, così potendo l'amministrazione aggiudicatrice decidere di svolgerlo direttamente, oppure attraverso il ricorso ad un soggetto legato alla stessa da un rapporto di delega interorganica, escludendo così l'applicazione della direttiva 92/50.

6.3. Sentenza 18 novembre 1999, causa 107/98 Teckal S.r.l. contro Comune di Viano.

Il Tribunale amministrativo regionale dell'Emilia Romagna, nell'ambito della causa dinanzi ad esso pendente tra la Teckal S.r.l. ed il Comune di Viano, ha posto, con una ordinanza del 10 marzo 1998, una questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia relativa all'interpretazione dell'art. 6 della direttiva 92/50/CEE, che coordina le procedure d'aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi (22).

Oggetto della controversia pendente dinanzi al giudice nazionale era l'aggiudicazione, operata dall'ente territoriale, della gestione del servizio di riscaldamento di alcuni edifici comunali.

Procedendo ad un rapido studio della normativa nazionale, l'art. 22 della sopra citata legge 142/90 stabiliva che i comuni devono provvedere alla gestione dei servizi pubblici che hanno per oggetto la produzione di beni e le attività volte a realizzare fini sociali ed a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali. Gli enti locali, secondo tale normativa, potevano fornire tali servizi in concessione a terzi, in economia, o attraverso l'istituzione di una società per azioni a prevalente capitale pubblico locale.

Con delibera n. 18 del 24 maggio 1997, il consiglio comunale di Viano ha affidato all'AGAG (23) la gestione del servizio di riscaldamento di alcuni edifici comunali. Tale delibera non è stata preceduta da alcuna procedura di gara.

La Teckal è un'impresa privata che opera nel settore dei servizi di riscaldamento, fornendo gasolio e procedendo alla manutenzione degli impianti di riscaldamento a gasolio e di quelli a gas.

La società Teckal ha proposto un ricorso contro la delibera comunale dinanzi al giudice amministrativo competente, sostenendo che il Comune di Viano avrebbe dovuto ricorrere alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici previste dalla normativa comunitaria in materia.

(22) Per il contenuto della disposizione si consenta il rinvio a quanto indicato nel par. 6.1.

(23) Consorzio costituito da diversi comuni, tra cui quello di Viano, per la gestione dei servizi dell'energia e dell'ambiente. In base all'art. 1 del proprio statuto, esso è dotato di personalità giuridica e di autonomia imprenditoriale. Inoltre lo statuto prevede che gli organi direttivi di tale consorzio non rispondono della loro gestione dinanzi ai comuni.

Nella causa *Teckal*, dunque, la Corte di Giustizia è stata chiamata ad affrontare un'ulteriore ipotesi *in house*.

Sulla scia delle conclusioni dell'Avvocato Generale G. Cosmas, il giudice comunitario ha asserito il principio che nell'ipotesi in cui l'amministrazione aggiudicatrice intenda stipulare un contratto di appalto con un soggetto che è anch'esso amministrazione aggiudicatrice, si applicherà la normativa comunitaria (e nel caso in questione si trattava della direttiva 93/36, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture) esclusivamente se tale ente è un ente distinto da essa sul piano formale, ma è altresì autonomo rispetto ad essa sul piano decisionale.

In tal modo, la Corte ha stabilito un principio che dalle sentenze *Arnhem* e *RI.SAN*. poteva solamente desumersi. Ma il giudice comunitario per valutare la terzietà del soggetto aggiudicatario ha utilizzato proprio i parametri elaborati dalla giurisprudenza *Arnhem* e *RI.SAN*. (indipendenza finanziaria e amministrativa), così instaurando un consolidato orientamento giurisprudenziale.

Al contrario, secondo il giudizio della Corte, qualora l'amministrazione aggiudicatrice eserciti sul soggetto aggiudicatario un "controllo analogo" a quello esercitato sui propri servizi, e tale ente realizzi la parte più importante della propria attività con l'amministrazione che lo controlla, si prescinderebbe dall'ambito di applicazione della direttiva, perché "un contratto non può essere considerato come stipulato tra persone distinte se l'operatore realizza la parte più importante della propria attività con l'ente territoriale che lo controlla" (24).

Uno dei punti centrali della sentenza qui citata è certamente il concetto di "controllo analogo". Secondo l'Avvocato generale Kokott, "con l'espressione «controllo analogo a...», la sentenza *Teckal* vuole sottolineare che le possibilità di influenza esercitate su imprese pubbliche non debbono necessariamente coincidere con quelle esercitate sui propri servizi. Determinante è piuttosto il fatto che all'interno di tale società l'amministrazione aggiudicatrice sia concretamente in grado di realizzare pienamente gli obiettivi fissati nell'interesse pubblico. Solo quando un'impresa concretamente si rende autonoma al punto da mettere l'amministrazione aggiudicatrice nell'impossibilità di far valere appieno i propri interessi all'interno dell'impresa, non si potrà più parlare di «controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi»".

Sembra, dunque, a giudizio di chi scrive, che la Corte richieda "solamente" un controllo "analogo", ma non esattamente coincidente, identico a quello tipico del vertice amministrativo rispetto agli apparati dell'ente pubblico; e comunque non deve trattarsi di un controllo debole né meramente formale, in quanto l'ente locale deve avere la possibilità di far valere in maniera completa i propri interessi nell'ambito dell'impresa (25).

(24) Punto 50 della sentenza *Teckal*.

(25) In questo senso A. COLAVECCHIO, "Gli affidamenti *in house* a "future" società *miste*", in www.giustamm.it, n. 3/2005.

Questa tesi trova autorevole sostegno nell'interpretazione che l'Avvocato generale Kokott fornisce all'espressione «un controllo analogo a ...», laddove sostiene che “le possibilità di influenza esercitate su imprese pubbliche non debbono necessariamente essere identiche a quelle esercitate sui propri servizi”. L'Avvocato generale ha adottato nelle sue conclusioni un approccio sostanzialistico, considerando “non tanto il fatto che la pubblica amministrazione, sotto l'aspetto formale, abbia le stesse possibilità giuridiche di influenza che essa ha nei confronti dei propri servizi, quanto il fatto che all'interno di tale società l'amministrazione aggiudicatrice sia in qualunque momento concretamente in grado di realizzare pienamente gli obiettivi fissati nell'interesse pubblico” (26).

Affinché si applichi “l'eccezione *Teckal*” deve essere soddisfatto anche il secondo requisito indicato dalla Corte: la società “realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti che la controllano”.

L'Avvocato generale Stix-Hackl nelle sue conclusioni presentate nella causa *Stadt Halle* (v. *infra*) ha affermato che, a tal fine, “assumono rilievo le attività effettive, e non anche le attività astrattamente consentite dalla legge o dallo statuto sociale”.

Anche l'Avvocato generale Kokott ha privilegiato il ricorso ad un criterio di valutazione basato su elementi di fatto piuttosto che di diritto: egli ha sostenuto l'opportunità di prendere, come punto di riferimento, la concreta attività di ciascuna impresa, in quanto “l'attività svolta concretamente da un'impresa è il migliore criterio per accertare se tale impresa si muove all'interno del mercato come le altre, o se, al contrario, sia così strettamente collegata alla pubblica amministrazione che i contratti con l'amministrazione aggiudicatrice possano essere equiparati a procedure interne, e dunque giustificare una deroga alla disciplina in materia di aggiudicazione di pubblici appalti” (27).

Un dato è certo: qualunque sia il significato e la portata che si voglia attribuire alla deroga, il principio affermato dalla Corte di Lussemburgo nella sentenza *Teckal* sarà in più occasioni richiamato dallo stesso giudice comunitario (28).

Una di queste è rappresentata dalla sentenza *Arge* (29), dove la Corte ha anche esplicitato che se una forma di controllo analogo a quello che l'ammi-

(26) Conclusioni dell'Avvocato generale nell'ambito della causa *Parking Brixen*.

(27) Paragrafo 81 delle conclusioni nell'ambito della causa C- 458/03 *Parking Brixen*. A. CRISAFULLI, ritiene che per valutare la prevalenza occorra guardare al fatturato della società, in “Affidamento diretto dei servizi pubblici locali (in house providing) e compatibilità col Trattato CE”, in www.lapraticaforense.it.

(28) A. LE DONNE e C. PIEROTTI individuano la sentenza *Teckal* come la “madre” dell'*in house*, in “Gestione in house dei servizi pubblici locali: contaminazioni, suggestioni, soluzioni”, in *ASTRID- Rassegna*, n. 5/2006.

(29) Corte di Giustizia delle Comunità europee, sentenza 15 giugno 2000, causa 94/99 *Arge* contro *Bundesministerium fur Land und Forstwirtschaft*.

nistrazione esercita sui propri servizi può sussistere in caso di partecipazione pubblica totalitaria, lo stesso non può dirsi con sicurezza quando la partecipazione pubblica è “solamente” maggioritaria. E comunque è necessario che la partecipazione azionaria si traduca in un vincolo di diretta subordinazione, che non sicuramente sussiste quando, come nella sentenza Arge, la partecipazione nel soggetto aspirante ad una gara bandita da un ente locale è detenuta da parte dello Stato.

Le sentenze richiamate rappresentano i primi tentativi della Corte di Giustizia di affrontare il peculiare e delicato “problema” degli appalti *in house*.

Riassumendo, secondo il giudice comunitario esclusivamente nell’ipotesi in cui l’amministrazione aggiudicatrice concluda un contratto con un soggetto che è qualificabile in termini di delega interorganica con la stessa si esulerà dall’ambito di applicazione della normativa comunitaria. E per compiere tale valutazione si deve ricercare la contemporanea presenza nel rapporto tra i due soggetti della dipendenza formale, di quella economica e di quella amministrativa.

Unicamente nell’ipotesi in cui tutti i richiamati requisiti risultino contemporaneamente soddisfatti, l’amministrazione aggiudicatrice risulterà un’unica persona con il soggetto aggiudicatario, una sorta di *longa manus*, cosicché le norme contenute nelle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici potranno non trovare applicazione.

7. *Gli ultimi interventi della Corte di Giustizia.*

Quella dell’*in house* è una tematica in continuo sviluppo, attorno alla quale l’intervento della Corte di Giustizia, ma anche della Commissione, è spesso reso necessario dalle condotte degli enti pubblici degli Stati membri dell’Unione.

Sono di seguito indicate le più recenti pronunce della Corte di Giustizia in materia di appalti *in house*. La presenza in questi ultimi anni di un ingente numero di pronunce giurisprudenziali inerenti la questione “*in house*” se da una parte rende evidente l’importanza dell’argomento, dall’altra sottolinea che si è in presenza di un fenomeno in rapida e continua evoluzione, così che risulta necessario, per un corretto approccio alla materia, conoscere le statuizioni del giudice comunitario che si succedono nell’arco di brevi periodi di tempo (30).

7.1. *Sentenza 11 gennaio 2005, Stadt Halle contro TREA Leuna.*

Con questa pronuncia la Corte di Giustizia ha chiarito che nell’ambito di un rapporto intercorrente tra un’amministrazione aggiudicatrice ed una

(30) G. MARCHEGIANI, “*Gli affidamenti in house e la sindrome del cavallo a dondolo. Sentenze a confronto*”, in www.giustamm.it n. 5/2005 ritiene che quella *in house* sia una materia che richiede un approccio prudente e graduale, nella consapevolezza dei vari interessi in gioco che hanno causato le difficoltà interpretative.

società da essa giuridicamente distinta, nella quale tale amministrazione detenga una partecipazione insieme con una o più imprese private, non è ravvisabile una situazione di controllo analogo a quello esercitato dall'ente sui propri servizi.

Il giudice nazionale tedesco, l'*Oberlandesgericht Naumburg* ha posto due domande pregiudiziali alla Corte di Giustizia nell'ambito della controversia che vedeva come parti contrapposte la *Stadt Halle* (Città di Halle) e la società *RPL Lochau* alla società *TREA Leuna*.

La controversia concerneva la regolarità, rispetto alle norme comunitarie, dell'affidamento senza pubblica gara di un appalto di servizi (trattamento di rifiuti), effettuato dalla *Stadt Halle* a favore della *RPL Lochau*, una società mista a prevalente capitale pubblico.

La *TREA Leuna*, società anch'essa interessata a fornire quegli stessi servizi, ha presentato un ricorso dinanzi alla competente sezione camerale per gli appalti pubblici del Commissariato di Governo di Halle, affinché l'amministrazione comunale desse avvio ad una pubblica gara di appalto.

L'amministrazione comunale si è difesa sostenendo che la società *RPL Lochau* sarebbe un'emanazione della *Stadt Halle*, poiché da essa controllata; si tratterebbe, dunque, di un'operazione *in house providing*, alla quale, come tale, non si applicherebbero le norme comunitarie in materia di appalti pubblici.

Dopo che il *Regierungsprasidium* aveva accolto la domanda della *TREA Leuna*, l'*Oberlandesgericht Naumburg*, il giudice d'appello adito dalla *Stadt Halle* ha deciso di sospendere il procedimento, e ha chiesto se, qualora un'amministrazione aggiudicatrice intenda concludere con una società di diritto privato da essa giuridicamente distinta, nella quale detiene una partecipazione maggioritaria e sulla quale esercita un certo controllo, un contratto a titolo oneroso relativo a servizi rientranti nell'ambito di applicazione *ratione materiae* della direttiva servizi, tale amministrazione sia tenuta ad applicare le procedure ad evidenza pubblica previste dalla direttiva comunitaria.

A tale riguardo il giudice comunitario ha statuito che "l'attribuzione di un appalto pubblico ad una società mista senza fare appello alla concorrenza pregiudicherebbe quello che è l'obiettivo di una concorrenza libera e non falsata, ed il principio della parità di trattamento dei soggetti interessati".

Ne consegue che nelle ipotesi di affidamento a società mista le procedure previste dalla direttiva comunitaria devono necessariamente essere applicate.

Nella sentenza della Corte di Giustizia 11 gennaio 2005 viene, in sostanza, affermato che l'affidamento a società mista non può mai essere definito *in house*.

Il giudice comunitario, inoltre, con questa pronuncia ha chiarito che un'autorità pubblica ha la possibilità di adempiere gli interessi pubblici su di essa incombenti mediante i propri strumenti, amministrativi, tecnici e di altro tipo, senza essere obbligata a fare ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi.

Nel caso di utilizzo di propri strumenti, non è possibile parlare di contratto a titolo oneroso concluso con una entità giuridicamente distinta dall'amministrazione aggiudicatrice e non sussistono, così, i presupposti per l'applicazione delle norme comunitarie in materia di appalti pubblici.

Il giudice comunitario sembra, quindi, pronunciarsi nel senso dell'inesistenza nell'ambito dell'ordinamento comunitario di alcun obbligo di esternalizzare gli appalti, nel senso di imporne l'affidamento all'esterno attraverso le procedure di gara. In tal modo ha espressamente legittimato il sistema dell'*in house providing*, inteso come lo svolgimento del servizio attraverso le strutture interne dell'amministrazione (31).

In linea con la sentenza *Teckal*, in questa pronuncia la Corte non ha escluso che possano sussistere alcune circostanze al cui verificarsi il ricorso alla concorrenza non è obbligatorio, nonostante la controparte sia un'entità giuridicamente distinta dall'amministrazione aggiudicatrice. Ciò, in particolare, si verifica nelle ipotesi in cui l'amministrazione aggiudicatrice esercita sull'entità distinta un controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi, e tale entità realizza la parte più importante della propria attività con l'autorità pubblica che la controlla. Ma il giudice comunitario, con questa sentenza, ha statuito che la partecipazione, seppur minoritaria, di un'impresa privata al capitale di una società in cui partecipi altresì l'amministrazione aggiudicatrice esclude sempre e comunque che tale amministrazione possa esercitare sulla detta società un "controllo analogo" a quello che essa esercita sui propri servizi.

Il giudice di Lussemburgo ha statuito che il concetto di "controllo analogo" (32) implica che il soggetto su cui tale controllo viene esercitato abbia come sua finalità esclusiva il perseguimento dell'interesse pubblico, e ciò non sarebbe possibile nel caso di partecipazione al soggetto stesso da parte di un imprenditore privato, che per sua natura tende a perseguire anche un interesse proprio, diverso dall'interesse pubblico in senso stretto (33).

Concludendo, la partecipazione di un socio privato, anche se minoritaria, secondo la Corte impedisce di considerare la società in questione come

(31) Si veda nota numero 12.

(32) In dottrina si auspica che la Corte fornisca ulteriori elementi utili a definire il concetto di "controllo analogo", precisando quale forma ed intensità deve avere il pubblico potere esercitato sulla società perché questa possa considerarsi una organizzazione strumentale dell'amministrazione, e non un soggetto del tutto autonomo. In particolare, F. BUONANNO "*Servizi pubblici locali: appalti in house e rispetto delle regole comunitarie sulla concorrenza*" in *AvvocatiAmministrativisti.it*.

Secondo M. Calcagnile, "la figura dell'*in house providing* non può essere riconosciuta qualora, tra l'amministrazione pubblica e la figura di gestione, vi sia separatezza organizzativa ed autonomia decisionale dimostrate, ad esempio, dal fatto che si addivenga alla stipula di un contratto quale incontro di "distinte volontà", opera citata.

(33) A. CLARIZIA, "*Il privato inquina: gli affidamenti in house solo a soggetti a totale partecipazione pubblica*", in *www.giustamm.it*.

un'articolazione organizzativa dell'ente committente, non consente di parlare di società *in house* e di procedere all'affidamento senza gara.

In secondo luogo, l'attribuzione di un appalto pubblico ad una società mista senza fare appello alla concorrenza pregiudicherebbe l'obiettivo di una concorrenza libera e non falsata, ed il principio della parità di trattamento dei soggetti interessati: una siffatta procedura garantirebbe ad un'impresa privata un vantaggio nei confronti dei suoi concorrenti.

Nell'ambito dell'ampio dibattito dottrinario sul punto, se alcuni autori hanno ritenuto le argomentazioni sulle quali si fonda questo orientamento del giudice comunitario "quantomeno opinabili" (34), altri, al contrario, hanno accolto favorevolmente questa impostazione fortemente restrittiva, riconoscendola come "lapalissiana" (35).

Qualche perplessità solleva la considerazione dell'interesse privato come necessariamente e aprioristicamente incompatibile con l'interesse pubblico che guida l'ente locale (36).

Inoltre, a tale orientamento della Corte si può obiettare che l'attribuzione di un appalto pubblico ad una società mista non pregiudicherebbe l'obiettivo di una concorrenza libera e non falsata qualora il privato debba essere scelto con procedure di evidenza pubblica.

Autorevole dottrina ha sottolineato che la conseguenza di questo orientamento giurisprudenziale sia la fine dell'utilizzo dello strumento societario (con la connessa perdita delle capacità imprenditoriali dei soggetti privati) in quanto, da una parte, l'amministrazione non potrà più aprirsi ai privati a causa della conseguente perdita della possibilità di affidare direttamente il servizio, e, dall'altra, il privato non avrà più interesse a partecipare ad una società pubblica, dominata dalle logiche politiche (37).

Il descritto convincimento viene ribadito dalla Corte di Giustizia, pochi mesi dopo, con la decisione nella causa *Co.Na.Me.* (38) a mezzo della quale il giudice comunitario ha escluso la possibilità di affidamenti *in house* nelle

(34) M. URSO, "Il requisito del controllo analogo negli appalti *in house*", nella rivista *Urbanistica e Appalti*, n. 12/2006; in senso critico si segnala anche M. Didonna, "...sorprende l'aver ritenuto, con intenzione generalizzante, l'antagonismo genetico dell'interesse pubblico con quello portato dai privati, atteso che odiernamente numerose funzioni pubblicistiche e differenti ordinamenti legislativi nazionali le assegnano direttamente proprio alla cura dei privati (ritenendola più efficace)", in "Il caso, chiuso, degli appalti *in house*", nella rivista *Urbanistica e Appalti*, n. 4/2006.

(35) Cfr. la nota a sentenza di C. GUCCIONE, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 2005; in senso favorevole si indica anche R. URSI, "Una svolta nella gestione dei servizi pubblici locali: non c'è casa per le società a capitale misto", in *Foro It.*, 2005, IV.

(36) Cfr. V. OTTAVIANO, "Sull'impiego a fini pubblici della società per azioni", in *Rivista delle società e Scritti giuridici*, II.

(37) M.P. CHITI, "Verso la fine del modello di gestione dei servizi pubblici locali tramite società miste", in *Foro Amm. TAR*, 2006.

(38) Decisione 21 luglio 2005, C-231/03.

ipotesi in cui il soggetto aggiudicatore sia partecipato da privati. La presenza del privato sarebbe idonea, *ex se*, a precludere la spendibilità di un “controllo analogo” (39).

7.2. Sentenza 13 ottobre 2005 Parking Brixen GmbH contro Comune di Bressanone.

La causa 458/03 riguarda l'affidamento di un contratto da parte del Comune di Bressanone ad una società controllata al 100%. Non si tratta, quindi, di una società mista pubblico-privata. Si è, dunque, in una situazione differente da quella affrontata a Lussemburgo nella causa *Stadt Halle*.

Il 23 luglio 2003 il *Verwaltungsgericht Autonome Sektion für die Bozen* ha effettuato una domanda pregiudiziale alla Corte di Giustizia concernente l'interpretazione della direttiva 92/50, nell'ambito della controversia dinanzi ad esso pendente tra, da una parte, la società *Parking Brixen* e, dall'altra, il Comune di Bressanone e la società *Stadtwerke Brixen AG* in ordine all'aggiudicazione a quest'ultima della gestione dei parcheggi situati nel territorio comunale.

Davanti al giudice nazionale la *Parking Brixen* ha contestato l'attribuzione alla *Stadtwerke Brixen* della gestione dei parcheggi in quanto, secondo la parte ricorrente, l'amministrazione comunale avrebbe dovuto applicare la normativa comunitaria in materia.

Le parti convenute hanno affermato l'inesistenza dell'obbligo di effettuare una pubblica gara nel caso di specie, in quanto il Comune controlla per intero la società per azioni: la *Stadtwerke Brixen* non sarebbe, dunque, un ente indipendente dall'ente comunale.

Il giudice comunitario ha osservato che dall'ordinanza di rinvio il controllo dell'amministrazione comunale sulla società partecipata è di tipo precario. In particolare rilevano in tal senso due fattori: l'apertura obbligatoria, a breve termine, della società ad altri capitali; i considerevoli poteri conferiti al consiglio di amministrazione della società.

La Corte ha statuito che qualora un ente concessionario fruisca di un elevato margine di autonomia, caratterizzato da elementi come quelli messi in luce dall'ordinanza di rinvio, è escluso che l'autorità pubblica concedente eserciti sull'ente concessionario un “controllo analogo” a quello esercitato sui propri servizi.

Nel caso di specie, l'amministrazione pubblica deteneva sì il 100% delle quote societarie al momento dell'affidamento della gestione dei servizi, ma sulla stessa gravava l'obbligo di cedere la posizione di azionista unico in cambio di una partecipazione di maggioranza entro due anni dalla trasformazione dell'azienda speciale (40).

(39) Cfr. M. DIDONNA, *op. cit.*

(40) Si veda l'art. 88 del Testo Unico sull'ordinamento dei comuni della Regione Trentino-Alto Adige.

Il semplice fatto che l'amministrazione aggiudicatrice sia obbligata ad aprire il capitale della società per azioni alla partecipazione di terzi, ed il fatto che gli organi di tale società godano di ampi poteri, esclude che l'ente pubblico possa esercitare su tale società un "controllo analogo".

Il principio affermato nella sentenza *Parking Brixen*, non condiviso da una parte della dottrina (41), pone gravi incertezze in un contesto, quale quello nazionale, caratterizzato dalla presenza di società a socio unico strutturate analogamente alla società di Bressanone.

Inoltre, alcune perplessità può suscitare la sanzione di illegittimità dell'affidamento diretto in presenza di una previsione statutaria di apertura ai privati, in concreto non verificata, in quanto l'eventuale lesione dell'interesse pubblico non appare attuale (42): in tal modo il giudice comunitario ha stabilito che il conflitto tra interesse pubblico e interesse privato, che impone il procedimento di gara, può essere anche meramente potenziale e futuro (43).

La giurisprudenza amministrativa più recente ha affermato che la decisione *Parking Brixen* fornisce un'interpretazione autentica della sentenza *Teckal*, ed ha sostenuto l'insufficienza dei poteri spettanti all'ente pubblico come socio ai fini dell'esistenza del "controllo analogo", escludendo così dall'eccezione *in house* le ipotesi in cui il consiglio di amministrazione della società pubblica detiene poteri ampi e non bilanciati da efficaci poteri di controllo (44).

Se con la sentenza *Stadt Halle* la Corte ha escluso la possibilità di affidamenti diretti quando il soggetto aggiudicatore è partecipato da privati, con la più recente sentenza *Parking Brixen* il giudice comunitario si è spinto ancora oltre sancendo l'illegittimità dell'affidamento diretto nel caso in cui, nonostante la titolarità totalmente pubblica del gestore, non sembra comunque possibile che la pubblica amministrazione possa esercitare quel "controllo analogo" (45).

7.3. Sentenza 10 novembre 2005 Commissione contro Repubblica di Austria.

La Commissione europea il 28 gennaio 2004 ha proposto un ricorso ai sensi dell'art. 226 del Trattato con il quale ha chiesto alla Corte di accertare

(41) A. GRAZIANO, "Servizi pubblici locali: modalità di gestione dopo le riforme di cui alla legge 2003 n.326 e alla legge 2003 n.350 e compatibilità con il modello dell'*in house providing* alla luce delle ultime pronunce della Corte di Giustizia", in www.giustizia-amministrativa.it

(42) In questo senso, M. URSO, *op. cit.*

(43) M. DIDONNA, *op. cit.*

(44) Si veda Consiglio di Stato, 13 luglio 2006, n. 4440.

(45) A. CLARIZIA, "La Corte suona il *de profundis* dell'*in house providing*", in www.giustamm.it n. 10/2005, in cui l'Autore ha indicato come in tal modo il giudice comunitario ha voluto rinnegare l'esistenza degli affidamenti *in house*.

e di dichiarare che, poiché il contratto relativo allo smaltimento dei rifiuti della città di Modling è stato stipulato senza l'osservanza delle norme di procedura e di pubblicità risultanti dalla direttiva 92/50/CEE, la Repubblica di Austria è venuta meno agli obblighi che su di essa incombono in base a tale direttiva.

Ritengo opportuno richiamare questa pronuncia del giudice comunitario in quanto confermativa dell'indirizzo intrapreso nella sentenza *Stadt Halle*.

Nel maggio 1999 il consiglio comunale ha creato un organismo indipendente allo scopo di fornire prestazioni di servizi in materia di gestione ecologica dei rifiuti, e di realizzare le relative operazioni commerciali. È stata così istituita la società *Stadtgemeinde Modling Abfallwirtschaftsgmbh* (in seguito: Abfall), il cui capitale sociale è interamente detenuto dalla città di Modling.

Il 25 giugno 1999 il consiglio comunale ha incaricato, a titolo esclusivo, della gestione dei rifiuti sul territorio comunale la società Abfall, ma, nel mese di ottobre, ha ceduto il 49% delle quote della Abfall alla società *Saubermacher*.

Dal 1 dicembre 1999 al 31 marzo 2000 la società Abfall ha svolto la sua attività esclusivamente per conto della città di Modling. Successivamente essa ha fornito prestazioni anche a soggetti terzi, in particolare ad altri comuni dello stesso distretto.

Dopo aver invitato la Repubblica d'Austria a presentare le proprie osservazioni, il 2 aprile 2003 la Commissione ha inviato un parere motivato, nel quale ha constatato le violazioni delle disposizioni della direttiva 92/50/CEE, in quanto l'amministrazione comunale non aveva indetto una gara d'appalto per l'attribuzione del contratto relativo allo smaltimento dei rifiuti.

In risposta a tale parere motivato, la Repubblica d'Austria ha affermato che la conclusione del contratto in questione non rientrava nell'ambito di applicazione delle direttive sugli appalti pubblici, in quanto riguardava un'operazione interna tra il Comune e la società Abfall.

Non essendo rimasta soddisfatta di tale risposta, la Commissione ha deciso di proporre ricorso all'organo giurisdizionale comunitario.

In particolare, la Commissione ha sostenuto che, dal momento che ricorrono tutte le condizioni per l'applicazione della direttiva 92/50/CEE, le norme di procedura definite dalla stessa e le sue regole di pubblicità erano pienamente applicabili al caso di specie, e che non sussisteva alcun elemento che potesse dimostrare l'esistenza di un rapporto interno tra il Comune di Modling e la società Abfall. L'organo comunitario ha a tal fine richiamato la sentenza *Teckal*.

In particolare, la Commissione ha sostenuto che, nel caso in cui un'impresa privata detenga delle quote nella società aggiudicataria, occorre presumere che l'amministrazione aggiudicatrice non possa esercitare su tale società "un controllo analogo a quello da essa esercitato sui propri servizi". Quindi, una partecipazione minoritaria di un'impresa privata sarebbe sufficiente ad escludere l'esistenza di un'operazione interna.

Nella sentenza *Stadt Halle* la Corte ha già esaminato la questione, statuendo che la partecipazione, anche di minoranza, di un'impresa privata nel capitale di una società in cui partecipa altresì l'autorità aggiudicatrice esclude in ogni caso che tale autorità possa esercitare un "controllo analogo" a quello da essa esercitato sui propri servizi (46), e che l'aggiudicazione di un appalto pubblico ad un'impresa ad economia mista senza fare appello alla concorrenza comprometterebbe l'obiettivo di una concorrenza libera e non falsata, in quanto tale procedura offrirebbe alla società privata presente nel capitale di tale impresa un vantaggio rispetto ai suoi concorrenti (47).

7.4. Sentenza 6 aprile 2006, Associazione Nazionale Autotrasporto Viaggiatori contro Comune di Bari.

La presente questione è sorta nell'ambito di una controversia tra l'Associazione Nazionale Autotrasporto Viaggiatori (in prosieguo: "ANAV") da un lato, e il Comune di Bari e l'AMTAB Servizio S.p.A. dall'altro, e concernente l'affidamento effettuato a quest'ultima del servizio di trasporto pubblico sul territorio di detto Comune.

L'art.14 del D.L. 30 settembre 2003, n. 269 ha modificato l'art. 113 del D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267, Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali.

La nuova versione, quinto comma, stabilisce che l'erogazione del servizio deve avvenire secondo le discipline di settore e nel rispetto della normativa comunitaria, con conferimento della titolarità del servizio: a società di capitali individuate attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica; a società a capitale misto nelle quali il socio privato viene scelto attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica; a società a capitale interamente pubblico, a condizione che l'ente titolare del capitale sociale eserciti sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente che la controlla.

Nella causa in questione l'AMTAB è una società per azioni il cui capitale è interamente posseduto dal Comune di Bari, e la cui attività consiste nel fornire un servizio di trasporto pubblico sul territorio dell'ente locale.

Con provvedimento datato 17 luglio 2003, l'amministrazione comunale ha avviato una procedura di gara ad evidenza pubblica al fine di affidare il servizio di trasporto pubblico; tuttavia, essendo intervenuta la modifica dell'art. 113 del D.Lgs. 267/2000, il Comune ha abbandonato tale procedura e ha affidato direttamente il servizio all'AMTAB.

(46) Sentenza *Stadt Halle*, punto 49.

(47) Sentenza *Stadt Halle*, punto 51.

L'ANAV ha chiesto al Tribunale amministrativo regionale per la Puglia di annullare il provvedimento di affidamento del servizio, lamentando la violazione del diritto comunitario.

Di fronte a tale censura il giudice amministrativo ha sospeso il procedimento e ha posto un quesito alla Corte: la compatibilità con il diritto comunitario, ed in particolare con gli obblighi di trasparenza e di libera concorrenza, dell'art. 113, comma quinto del D.Lgs. 267/2000, come modificato dal legislatore del 2003, nella parte in cui non pone alcun limite alla libertà di scelta dell'Amministrazione pubblica tra l'affidamento mediante procedura di gara ad evidenza pubblica e l'affidamento diretto a società da essa interamente controllata.

In altri termini, il giudice nazionale ha sottoposto la questione circa l'esistenza del gioco concorrenziale in Italia, messo in pericolo dal sistema dell'*in house providing*, che assegna un potere di scelta ampio, secondo alcuni troppo (48), in relazione al possibile affidamento del servizio.

La parte ricorrente ha sostenuto che, attraverso il D.L. 269/2003, il legislatore nazionale ha realizzato una controriforma nel settore dei servizi pubblici locali, in netta controtendenza rispetto alle istanze di liberalizzazione del sistema attuato, dopo le sollecitazioni della Commissione europea, dall'art. 35 della Legge 28 dicembre 2001, n. 448, che prevedeva come generale il ricorso alla gara ad evidenza pubblica per l'affidamento di appalti o concessioni aventi ad oggetto la gestione di servizi pubblici locali.

Il dubbio che ha portato il giudice *a quo* a sollevare una questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia riguarda la portata del nuovo art. 113: nell'ordinanza del T.A.R. è segnalato come anche le stesse istituzioni comunitarie, pur riconoscendo l'ammissibilità della fattispecie di affidamento *in house*, la considerino una ipotesi eccezionale, così dando per scontato che l'ipotesi "normale" sia costituita dall'affidamento mediante procedura ad evidenza pubblica. Il legislatore italiano del 2003, invece, inverte questo rapporto, rendendo generale un sistema che il diritto comunitario vorrebbe meramente eccezionale (49).

Lo stesso dubbio è stato posto alla Corte di Giustizia dal Consiglio di Stato (50), che ha espresso la preoccupazione che l'affidamento diretto, divenuto una pratica assai frequente, possa sottrarre aree assai ampie di attività economica all'iniziativa imprenditoriale privata.

Il Consiglio di Stato, dunque, ha manifestato una tensione verso la correzione del sistema e verso l'apertura definitiva del mondo dei servizi pubblici, in modo da favorire sì la concorrenza, ma anche la crescita dei servizi stessi sotto i profili dell'efficienza, dell'economicità e della trasparenza.

(48) PAOLO LOTTI, "Affidamento in house nei servizi pubblici locali e pregiudizio per la concorrenza" nella rivista *Urbanistica e Appalti*, n. 2/2005.

(49) In questo senso, P. LOTTI, *op. cit.*

(50) Consiglio di Stato, sentenza 22 aprile 2004, n. 2316.

I giudici di Lussemburgo hanno risposto a tale quesito affermando che una normativa nazionale che riprende testualmente le condizioni indicate dalla Corte (“controllo analogo”; svolgimento della parte più importante della propria attività con l’autorità concedente), come fa l’art. 113, quinto comma, del D.Lgs. 267/2000, come modificato, è in linea di principio conforme al diritto comunitario.

La Corte, però, ha precisato che, trattandosi di un’eccezione alle regole generali del diritto comunitario, le due condizioni devono essere interpretate restrittivamente, e l’onere di dimostrare l’effettiva sussistenza delle circostanze eccezionali che giustificano la deroga a quelle regole grava sul soggetto che intende avvalersene (51).

La Corte ha poi aggiunto che qualora durante la vigenza del contratto, il capitale della società partecipata fosse aperto ad azionisti privati, la conseguenza di ciò sarebbe l’affidamento di una concessione di servizi pubblici ad una società mista senza procedura concorrenziale, e la partecipazione, ancorché minoritaria, di un’impresa privata nel capitale di una società alla quale partecipa anche l’autorità concedente esclude che la detta autorità possa esercitare su tale società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi (52): se la società concessionaria è una società aperta 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 (53).

7.5. *Sentenza 11 maggio 2006 Carbotermo S.p.A. e Consorzio Alisei contro Comune di Busto Arsizio e AGESP S.p.A.*

Nella causa 340/2004 il giudice comunitario ha esaminato il caso in cui un ente locale eserciti la sua influenza sulla società aggiudicataria non direttamente, ma attraverso una società *holding*, considerando le implicazioni che possono incidere sulla sussistenza del “controllo analogo”.

La *AGESP Holding S.p.A.* è una società per azioni il cui capitale sociale appartiene per il 99,98% al Comune di Busto Arsizio.

La *AGESP* è una società per azioni costituita dalla *AGESP Holding* ed il cui capitale sociale appartiene per il 100% a quest’ultima.

Con deliberazione del 18 dicembre 2003 l’ente comunale ha affidato un appalto per la fornitura di combustibili, nonché per la manutenzione e riqualificazione tecnologica degli impianti termici degli edifici comunali direttamente alla *AGESP*.

L’amministrazione comunale ha motivato tale decisione adducendo che tale impresa soddisfaceva i due requisiti stabiliti dalla giurisprudenza comu-

(51) V. sentenze *Stadt Halle*, punto 46, e *Parking Brixen*, *cit.*, punto 63.

(52) V. in tal senso, sentenza *Stadt Halle*, punto 49.

(53) V. in tal senso, sentenza *Coname*, *cit.*, punto 26.

nitaria per concludere appalti pubblici senza gara. In particolare, nella decisione l'ente comunale sostiene che la detenzione del 99% del capitale dell'impresa attesta un rapporto di subordinazione nei confronti di quest'ultima, e che anche l'ulteriore requisito era soddisfatto nel caso di specie.

La Carbotermo ed il Consorzio Alisei hanno impugnato dinanzi al Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia la deliberazione che ha affidato l'appalto all'AGESP, in quanto non ricorrevano le condizioni che rendono inapplicabile la direttiva.

Il giudice amministrativo ha sospeso il procedimento e ha sottoposto la questione alla Corte CE.

Il giudice di Lussemburgo ha analizzato lo statuto della società partecipata, rilevando che esso attribuisce al consiglio di amministrazione i più ampi poteri per la gestione ordinaria e straordinaria della stessa, e non riserva al Comune di Busto Arsizio nessun potere di controllo o diritto di voto particolare per limitare la libertà d'azione riconosciuta a detto consiglio.

Il controllo esercitato dall'amministrazione comunale, in queste condizioni, si risolve sostanzialmente nei poteri che il diritto societario riconosce alla maggioranza dei soci, la qual cosa limita il suo potere di influire sulle decisioni della società (54).

Esaminando la problematica *in house* ad ipotesi di "partecipazioni indirette", la Corte ha statuito l'incompatibilità di un affidamento diretto nei casi in cui la gestione non è affidata al soggetto a cui l'ente locale partecipa direttamente, bensì ad una società da questa controllata, in quanto in queste ipotesi il controllo dell'ente pubblico sulle decisioni della società controllata subisce un potenziale indebolimento (55).

La Corte ha affermato in questa pronuncia l'impossibilità di ricorrere ad un affidamento diretto di un appalto pubblico ad una società per azioni il cui consiglio di amministrazione possiede ampi poteri di gestione esercitabili in maniera autonoma ed il cui capitale sociale è detenuto non dall'amministrazione aggiudicatrice, bensì da un'altra società, di cui l'amministrazione aggiudicatrice sia socio di maggioranza.

È probabilmente ravvisabile, nella sua più recente pronuncia, un atteggiamento meno rigido del giudice comunitario in ordine ai presupposti del controllo analogo, laddove, pur confermando che l'ente pubblico deve potere influenzare le decisioni della società partecipata in maniera determinante «sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti», ha riconosciuto

(54) Nel senso che i normali strumenti che il socio esercita in assemblea, secondo le regole del diritto commerciale, non sono idonei a garantire la possibilità di intervenire in maniera cogente sui poteri e sulle decisioni degli organi gestionali dell'impresa, neppure nel caso di partecipazione totalitaria, si veda R. Goso, "Modelli di gestione dei servizi pubblici locali: affidamento mediante gara pubblica e *in house providing*", nella rivista *Urbanistica e Appalti*, n. 5/2006.

(55) In questo senso, MANGIAVACCHI L., *op. cit.*

una presunzione di controllo analogo in quelle ipotesi in cui la società sia posseduta per intero dall'amministrazione aggiudicatrice, anche se tale situazione non viene ritenuta decisiva.

Dall'analisi delle indicate sentenze si è potuto riscontrare il tentativo della Corte di Giustizia di elaborare criteri precisi per la soluzione delle ipotesi *in house*.

L'esistenza di un ente distinto è facile da concepire, in quanto è sufficiente accertare che l'operatore economico sia costituito sotto una forma giuridica diversa da quella dell'amministrazione aggiudicatrice.

Al contrario, non sempre è agevole rendersi conto del grado di effettiva autonomia di cui l'ente dispone. In particolare, la natura del controllo esercitato dal soggetto pubblico su un organismo giuridicamente distinto, o il livello a partire dal quale si può ritenere che quest'ultimo svolga la parte essenziale della sua attività con l'autorità pubblica dalla quale dipende, in determinate circostanze possono suscitare (ancora) gravi incertezze (56).

Tuttavia, malgrado il persistere di queste incertezze, ad avviso di chi scrive risulta evidente che i più recenti indirizzi della Corte di Lussemburgo mostrino una decisa tensione del giudice comunitario verso la chiusura al fenomeno dell'*in house providing*.

Non resta che attendere ulteriori precisazioni da parte del giudice comunitario.

8. Giurisprudenza nazionale in materia di affidamenti *in house*.

Anche i giudici nazionali in questi ultimi anni si sono trovati dinanzi al sistema dell'*in house providing*. In particolare, sono di seguito richiamate alcune sentenze del giudice amministrativo particolarmente significative.

8.1. T.A.R. Lombardia-Milano, sentenza 17 luglio 2006, n. 1837.

Con questa sentenza il T.A.R. di Milano ha accolto il ricorso presentato dalla parte ricorrente, impresa privata, che intendeva farsi affidataria della gestione del servizio di pulizia ed igiene presso il Comune di Cormano, contro le determinazioni dell'amministrazione comunale che aveva proceduto all'affidamento diretto del servizio ad un ente societario (A.M.S.A. S.p.A. e la collegata AMSATRE S.r.l.) completamente partecipato da un altro ente locale (il Comune di Milano).

Il modello dell'*in house providing*, ha statuito il giudice amministrativo in questa sentenza, implica che la società affidataria sia nient'altro che una sorta di diramazione organizzativa dell'ente locale, priva di una sua

(56) In questo senso, IGOR SECCO, "La compatibilità con il diritto comunitario del modello di affidamento diretto dei servizi pubblici locali" in Osservatorio di diritto comunitario e nazionale sugli appalti pubblici.

autonomia imprenditoriale e di capacità decisionali distinte da quelle dell'ente stesso (57).

Il tribunale amministrativo ha affermato che il requisito del “controllo analogo”, richiesto dai giudici comunitari e ripreso dal legislatore italiano (58), implica un “controllo strutturale” sul soggetto affidatario da parte dell'amministrazione aggiudicatrice quale condizione necessaria e imprescindibile per la configurazione dell'*in house providing*.

Il controllo strutturale, tuttavia, secondo il T.A.R. non implica necessariamente l'integrale partecipazione pubblica al capitale sociale, ma può consistere tanto nel potere di nominare la maggioranza dei soggetti che compongono gli ordini di amministrazione, direzione o vigilanza dell'ente *in house*, quanto nell'adozione di qualsiasi altro mezzo idoneo ad assicurare un'effettiva dipendenza formale, economica ed amministrativa di quest'ultimo rispetto all'amministrazione controllante (59).

Secondo l'orientamento della giurisprudenza comunitaria e nazionale, il controllo analogo sussiste ogniqualvolta si accerti l'esistenza di uno stringente controllo gestionale e finanziario dell'ente pubblico sulla società partecipata, in modo tale che i compiti affidati alla società saranno trattati come se fossero stati ad essa delegati dall'amministrazione.

Nel caso di specie, il giudice amministrativo ha ritenuto che l'amministrazione comunale non fosse nella condizione di esercitare quel controllo gestionale e finanziario stringente, tale da assimilare il rapporto esistente tra i due soggetti ad una relazione di vera e propria subordinazione gerarchica, come ritenuto indispensabile dalla più recente giurisprudenza amministrativa (60).

8.2. Consiglio di Stato, sezione V, sentenza 13 luglio 2006 n. 4440.

La pronuncia in commento presenta aspetti di rilevante interesse nell'enunciazione della sostanza del requisito del “controllo analogo”.

Con questa decisione il Consiglio di Stato ha accolto la regola, di derivazione comunitaria, secondo la quale le società a capitale pubblico non possono vedersi affidare direttamente appalti e concessioni da parte degli enti

(57) Punto 4.3 della sentenza.

(58) L'articolo 113, comma 5 del D. Lgs. n. 267/2000, nella formulazione dettata dal legislatore del 2003, dispone alla lett. c) che i servizi di rilevanza economica possono essere erogati anche a mezzo di “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”.

Nel senso che la scelta compiuta dal legislatore statale trovi la sua *ratio* nell'esigenza di adeguare l'ordinamento interno alle regole europee, M. CALCAGNILE, C. BONORA, *op. cit.*

(59) Cfr. Consiglio di Stato, Sezione V, 22 aprile 2004, n. 2316.

(60) Cfr. Consiglio di Stato, Sezione VI, 25 gennaio 2005, n. 168.

pubblici di riferimento, stante l'insufficienza del controllo societario di diritto commerciale per assicurare quel "controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi", condizione per l'operatività dell'eccezione dell'*in house providing* (61).

Secondo una parte della dottrina, in passato il giudice comunitario aveva lasciato intendere che il possesso della totalità del capitale da parte dell'ente pubblico aggiudicatore consentisse la possibilità di configurare un assetto in cui l'ente proprietario della S.p.A. locale potesse detenere quel "controllo analogo". In particolare, quando il giudice comunitario nella sentenza *Stadt Halle* (v. *supra*) ha affermato che l'affidamento a società mista non può mai essere definito *in house*, si poteva ipotizzare, *a contrario*, che la sussistenza del "controllo analogo" fosse ravvisabile in quelle ipotesi in cui l'amministrazione aggiudicatrice fosse titolare dell'intero pacchetto azionario (62). In tal senso si è pronunciato il Consiglio di Stato nella decisione n. 7345 del 22 dicembre 2005 (63).

Con la sentenza *Parking Brixen* (v. *supra*), però, la Corte di Giustizia ha approfondito l'analisi delle caratteristiche del "controllo analogo", rendendo di fatto impossibile un'interpretazione in tal senso (64).

Ai principi affermati a Lussemburgo si è conformato il Consiglio di Stato con questa decisione, con la quale ha annullato il provvedimento comunale che affidava direttamente la gestione dei parcheggi pubblici ad una società a capitale comunale.

In primo luogo, i giudici di Palazzo Spada hanno stabilito che il possesso dell'intero capitale sociale da parte dell'ente pubblico, pur astrattamente idoneo a garantire il controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi interni, perde tale qualità se lo statuto della società consente che una quota di esso, seppur minoritaria, possa essere alienata a terzi (65).

In secondo luogo, il giudice amministrativo ha preso in considerazione l'ampiezza dei poteri del consiglio di amministrazione secondo la disciplina risultante dallo statuto. A tale riguardo ha affermato che se il consiglio di amministrazione dispone della facoltà di adottare tutti gli atti ritenuti neces-

(61) In senso analogo, Consiglio di Stato, sezione V, 30 agosto 2006, n. 5072.

(62) G. LECCISI, "Ancora dubbi sul concetto di controllo analogo in materia di in house. Nota a sentenza del C.d.S. del 13 luglio 2006, n. 4440", in www.giustamm.it.

(63) In ragione dell'indicata tendenza della giurisprudenza amministrativa nazionale ad identificare il "controllo analogo" con il semplice controllo societario totalitario, M. GIORELLO ha denunciato la distonia tra la giurisprudenza comunitaria e quella interna, in "L'affidamento dei servizi pubblici locali tra diritto comunitario e diritto italiano", in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2004, n. 3, 4.

(64) MANGIAVACCHI L., *op. cit.*, ritiene che fino alla sentenza *Parking Brixen* la giurisprudenza comunitaria aveva identificato il controllo analogo, *sic et simpliciter*, nel possesso della totalità del capitale sociale da parte dell'ente pubblico controllante.

(65) Nel caso di specie, nello statuto era prescritto che il Comune dovesse conservare solamente il 51% del capitale sociale.

sari per il conseguimento dell'oggetto sociale, i poteri attribuiti alla maggioranza dei soci dal diritto societario non sono sufficienti a consentire all'ente di esercitare un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi. L'autonomia del C.d.A. incide sulla qualità del controllo.

Riassumendo, il Consiglio di Stato, nel confermare i principi della sentenza *Parking Brixen*, ha statuito che i requisiti dell'affidamento *in house* non sussistono nel caso in cui il capitale della società affidataria sia "aperto" ai privati. Rilevante, a tal fine, è altresì l'ampiezza dei poteri del consiglio di amministrazione, valutati secondo la disciplina risultante dallo statuto.

Con questa sentenza, la giurisprudenza amministrativa italiana mira esplicitamente ad allineare, in maniera rigorosa, la propria posizione a quella della Corte di Lussemburgo (66).

9. I riflessi del decreto Bersani in materia di appalti.

Il tema dell'*in house* torna di grande attualità a seguito della previsione contenuta nell'art. 13 della legge 4 agosto 2006, n. 248, di conversione del D.L. 4 luglio 2006, n. 223 (c.d. decreto Bersani) (67). Si tratta del decreto meglio noto come pacchetto "cittadino-consumatore", il cui obiettivo di fondo consiste nell'introdurre un maggiore tasso di concorrenza e liberalizzazione nel sistema economico nazionale.

La disciplina contenuta nel decreto Bersani riapre la strada alla possibilità di configurare l'affidamento *in house*, nel tentativo di invertire quell'indirizzo giurisprudenziale (sopra ampiamente analizzato) particolarmente

(66) Corte di Giustizia delle Comunità europee, sentenza 13 ottobre 2005 *Parking Brixen*; sentenza 11 maggio 2006 *Carbotermo*.

(67) Si riporta qui, per comodità di lettura, il testo dell'articolo citato:

"1. Al fine di evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità degli operatori, le società, a capitale interamente pubblico o misto, costituite dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti, nonché, nei casi consentiti dalla legge, per lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative di loro competenza, *debbono operare esclusivamente con gli enti costituenti o affidanti*, non possono svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, né in affidamento diretto né con gara, e *non possono partecipare ad altre società o enti*.

2. Le predette società sono ad *oggetto sociale esclusivo* e non possono agire in violazione delle regole di cui al comma 1.

3. Al fine di assicurare l'effettività delle precedenti disposizioni, le società di cui al comma 1 cessano entro dodici mesi dalla entrata in vigore del presente decreto le attività non consentite. A tale fine possono cedere le attività non consentite a terzi oppure scorporarle, anche costituendo una separata società da collocare sul mercato, secondo le procedure del decreto legge 31 maggio 1994, n.332, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 1994, n. 474, entro ulteriori dodici mesi.

4. *I contratti conclusi in violazione delle prescrizioni dei commi 1 e 2 sono nulli.*" (corsivi aggiunti).

restrittivo (68). Ed è in questo contesto, decisamente sfavorevole al fenomeno dell'*in house* a favore di società, che si inserisce il decreto Bersani.

La *ratio* della disciplina ivi prevista è evitare effetti distorsivi della concorrenza. Ma allo stesso tempo il legislatore si è mostrato sensibile alla necessità di non precludere del tutto l'utilizzo da parte degli enti pubblici di un modello caratterizzato da una particolare efficienza gestionale.

Il legislatore nazionale è intervenuto solamente sul tema degli appalti *in house*, lasciando dunque fuori il settore dei servizi pubblici locali: ne consegue che le società di gestione dei servizi pubblici locali sono sottratte alla disciplina risultante dal decreto Bersani, in vista di una loro generale riforma (69).

Per quanto riguarda l'ambito soggettivo di applicazione della normativa, la disciplina prevista dall'art. 13 è riferita esclusivamente alle società, a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali o locali. Manca, come si può vedere, ogni riferimento ad amministrazioni o ad enti statali, cosicché le relative società sono da ritenersi escluse dall'ambito di applicazione della disposizione (70).

L'art. 13 stabilisce un particolare regime giuridico per le società che rientrano nell'ambito di applicazione di questa normativa (71).

Innanzitutto tali società non possono svolgere prestazioni a favore di altri soggetti, pubblici o privati che siano. In altre parole, la normativa richiede una corrispondenza soggettiva tra enti pubblici titolari del capitale sociale ed enti beneficiari delle prestazioni effettuate da tale società.

La società deve svolgere tutta la sua attività, e non solo la parte principale di essa, a favore dell'ente socio: deve operare solo per quest'ultimo. Sotto questo profilo il decreto Bersani detta una disciplina più rigorosa rispetto agli indirizzi della giurisprudenza comunitaria, che non esige l'esclusività a favore dell'ente affidante e che, invece, ammette che la società pubblica svolga anche un'attività a favore di altri soggetti (anche se essa deve avere solo carattere marginale) (72).

In secondo luogo, è stabilito per queste società il divieto di partecipare ad altre società o enti (comma 1). Lo scopo della disposizione è evidente-

(68) R. MANGANI, "Il decreto Bersani resuscita l'*in house*?", in www.giustamm.it; in termini analoghi V. ANTONIAZZI, "Novità nell'affidamento diretto *in house*", in www.avvocatiinteam.com.

(69) Il governo ha predisposto su proposta del Ministro degli Affari Regionali Linda Lanzillotta il disegno di legge 20 luglio 2006, che verte in materia di servizi pubblici locali.

(70) In questo senso, S. ROSTAGNO, "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.

(71) R. GIANI, "Le novità del decreto Bersani in materia di giustizia, appalti e pubblica amministrazione", nella rivista *Urbanistica e appalti*, n.10/2006. L'operare delle società pubbliche in violazione dei limiti previsti dall'art.13 è sanzionato con la previsione della nullità (comma 4).

(72) Da ultimo, Corte CE 11 maggio 2006, punto 63.

mente evitare che, attraverso l'acquisizione di partecipazioni azionarie, si eluda in via indiretta l'obbligo di svolgere attività esclusivamente per i propri azionisti. Ma anche un altro obiettivo può avere ispirato questa disposizione: la possibilità di agire tramite società controllate consentirebbe alla società *in house* di sfruttare il vantaggio competitivo che deriva loro dall'essere affidatarie dirette e privilegiate di alcuni servizi, affrontando così la concorrenza da una posizione di vantaggio, anche derivante dagli utili conseguiti attraverso le attività "protette" (73).

Infine, è prescritto che tali società abbiano come oggetto sociale esclusivo la produzione di beni e servizi strumentali all'attività degli enti partecipanti, o lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative di loro competenza. In tal modo, il legislatore ha voluto evitare che queste società possano diversificare i loro ambiti di attività estendendole in settori diversi ove deve pienamente operare il regime della concorrenza.

Il legislatore nazionale stabilendo questa disciplina sembra aver voluto configurare un nuovo modello di affidamento *in house* a favore di società, in modo da superare quella posizione giurisprudenziale che nega la possibilità di configurare il requisito del "controllo analogo" nelle ipotesi in cui il soggetto partecipato sia costituito in forma societaria.

Al sussistere delle indicate condizioni, ed in particolare, se la società opera in via esclusiva per l'ente pubblico di riferimento, si elimina alla radice il rischio che, attraverso la sua presenza in settori diversi, si producano effetti distorsivi della concorrenza. A queste condizioni ritengo che l'affidamento *in house* a favore di società dovrebbe legittimamente riprendere campo, in quanto il dichiarato obiettivo di «evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità degli operatori» non potrebbe essere pregiudicato (74) dalla presenza di società che rispondano agli indicati requisiti.

Dubbi, invece, permangono ancora in relazione alle società miste, in cui le censure mosse dal giudice comunitario, e concernenti la presenza del socio privato, appaiono difficilmente superabili.

(73) L. MANASSERO, "Profili problematici dell'art.13 del D.L.4 luglio 2006, n. 233 in tema di affidamento *in house*", in www.altalex.com.

(74) R. MANGANI, *op. cit.*, ritiene che la strada tracciata dal decreto Bersani si presenti come un intelligente tentativo per consentire gli affidamenti *in house* almeno a favore delle società a totale partecipazione pubblica.