

ISSN 1720-4526

Diritto amministrativo

RIVISTA TRIMESTRALE

Giuffrè editore · Milano

1/2006

ANNO XIV - FASCICOLO 1 - 2006

Poste Italiane s.p.a. - Spedizione in a.p.
D.L. 353/2003 (conv. in L. 27/02/2004 n° 46)
art. 1, comma 1, DCB (VARESE)

In questo numero:

**Pubblico e privato
nell'attività dell'amministrazione**

ROBERTO CAVALLO PERIN - DARIO CASALINI

**L'IN HOUSE PROVIDING:
UN'IMPRESA DIMEZZATA**

SOMMARIO: 1. La partecipazione privata all'organizzazione pubblica e i principi comunitari. — 2. *L'in house providing* come esercizio del potere di auto-organizzazione della pubblica amministrazione non soggetto alle regole di concorrenza. — 3. (*Segue*): la personalità giuridica e il controllo analogo. — 4. (*Segue*): la destinazione principale dell'attività. — 5. Le forme di partenariato pubblico-privato: le società a capitale misto pubblico privato. — 6. Le forme associative tra amministrazioni aggiudicatrici: le società a capitale pubblico. — 7. I contratti, gli accordi e le convenzioni « accessorie » stipulati tra l'amministrazione controllante e l'organizzazione costituita o partecipata.

1. Le amministrazioni aggiudicatrici dispongono di beni, servizi e lavori per contratto o creando nuovi soggetti giuridici, o anche solo partecipando ad essi. Tali opzioni richiedono l'osservanza delle norme europee poste a tutela della concorrenza con la differenza che gli appalti sono disciplinati dalle direttive Ce in materia di appalti pubblici di forniture di beni e di servizi, mentre per l'istituzione di enti strumentali e le forme di partenariato pubblico-privato si è ricordato — in comunicazioni interpretative o Libri verdi — che valgono le norme del Trattato sulla concorrenza e le interpretazioni sui principi che di esse ha dato la giurisprudenza della Corte di Giustizia delle comunità europee (1).

Si è chiarito che la natura pubblica o privata dell'operatore economico non appare di per sé un elemento capace di chiarire l'ambito di applicazione della disciplina comunitaria sulla concor-

(1) Sul significato giuridico delle comunicazioni della Commissione CE si veda: R. CAVALLO PERIN, *I principi come disciplina giuridica del pubblico servizio tra ordinamento interno e ordinamento europeo*, in *Dir. amm.*, 2000, 41 s.

renza (2), poiché ha assunto rilievo la definizione di non dipendenza di quest'ultimo dall'amministrazione aggiudicatrice.

L'interpretazione dell'ambito soggettivo di applicazione della disciplina comunitaria sugli appalti pubblici si è per il vero inizialmente soffermata sulla nozione di amministrazione aggiudicatrice, la cui precisazione ha determinato un progressivo ampliamento della categoria di soggetti tenuti all'osservanza delle direttive CE in materia, con sentenze che si sono pronunciate contro i tentativi di elusione delle norme sugli appalti pubblici.

Analisi minuziose che, vagliando i diversi modelli organizzativi utilizzati dalle amministrazioni pubbliche, hanno portato la giurisprudenza e poi la disciplina delle direttive comunitarie ad attrarre all'area delle amministrazioni aggiudicatrici organizzazioni che formalmente si distinguono dallo Stato e dagli enti territoriali.

Una particolare dipendenza dalle amministrazioni statali o degli enti territoriali di organizzazioni formalmente distinte dalle prime ha portato ad assoggettare alle norme sulla concorrenza i

(2) Espressamente in tal senso il *Libro verde relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni*, adottato dalla Commissione CE il 30 aprile 2004, COM(2004) 327 def., § 63: «l'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni non dipende infatti dal carattere pubblico, privato o misto del co-contraente dell'organismo aggiudicatore»; secondo l'art. 1, § 8, direttiva 18/2004, può essere «imprenditore», «fornitore», «prestatore di servizi» «una persona fisica o giuridica o un ente pubblico o un raggruppamento di tali persone e/o enti che offra sul mercato, rispettivamente, la realizzazione di lavori e/o opere, prodotti o servizi» (ma già l'art. 1, lett. c) direttiva 92/50 che include tra i prestatori di servizi, gli «enti pubblici che forniscono servizi»); C. giust. CE, 11 gennaio 2005, C-26/03, *Stadt Halle c. TREA Leuna*, § 47, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2004, 3023 ss. e 2005, 665 ss. con nota di E. Scorti, *Le società miste tra in house providing e partenariato pubblico privato: osservazioni a margine di una recente pronuncia della Corte di giustizia*, e in *Serv. pubbl. app.*, 2005, 453 ss. con nota di F. Rossi, *Gli affidamenti (quasi) in house: la partecipazione pubblica totalitaria come elemento essenziale. Problemi e quesiti*. L.R. PERFETTI, *L'organismo di diritto pubblico e le sue nuove incerte frontiere. Il caso Grandi Stazioni tra diritti speciali ed esclusivi ed obblighi di gara*, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2004, 870 ss. propone di vincolare l'osservanza delle regole di gara all'attribuzione di un vantaggio pubblico, sia esso un finanziamento o un diritto speciale ed esclusivo, prescindendo dalla qualificazione del soggetto come organismo di diritto pubblico.

rapporti contrattuali instaurati dall'organizzazione con i terzi per ottenere la fornitura di beni, o i servizi necessari.

Con l'elaborazione della nozione di « organismo di diritto pubblico », poi dell'organizzazione *in house providing*, si è invece posto il diverso problema della soggezione alla disciplina comunitaria del differente rapporto tra enti territoriali e organismo di diritto pubblico, ogni qualvolta lo stesso implichi l'affidamento all'organismo di prestazioni di beni e servizi a favore o per conto dell'ente territoriale. Per l'organismo di diritto pubblico l'art. 18 della direttiva CE 31 marzo 2004, n. 2004/18 prevede ora che la stessa disciplina « non si applica agli appalti pubblici di servizi aggiudicati da un'amministrazione aggiudicatrice a un'altra amministrazione aggiudicatrice o a un'associazione di amministrazioni aggiudicatrici in base a un diritto esclusivo di cui esse beneficiano in virtù di disposizioni legislative, regolamentari o amministrative pubblicate, purché tali disposizioni siano compatibili con il trattato », mentre secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia non si applicano i principi sulla concorrenza nel caso di affidamenti ad un'organizzazione *in house providing*.

La Corte di giustizia è stata chiamata, anche di recente (3), a considerare i rapporti giuridici tra l'ente territoriale e le società da questo partecipate con cui si dispongono affidamenti di prestazioni o se ne disciplina l'organizzazione della produzione. Ove tali rapporti non siano direttamente qualificati appalti pubblici, occorre valutarne la soggezione ai principi europei che discipli-

(3) C. giust. CE, 22 luglio 2005, causa C-231/03, *Coname c. Comune di Cingia de' Botti*, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2005, 2001 ss.; Conclusioni dell'Avv. gen. J. Kokott, 1° marzo 2005, causa C-458/03, *Parking Brixen GmbH*; Cons. Stato, Sez. V, 22 aprile 2004, n. 2136/o (rinvio pregiudiziale alla C. giust. CE, presso cui il ricorso è pendente con il numero di causa C-216/04), in *Foro amm.-C.d.S.*, 2004, 1134 ss. con nota di S. COLOMBARI, « *Delegazione interorganica* » ovvero « *in house providing* » nei servizi pubblici locali; Tar Puglia, Sez. II, ord. 8 settembre 2004, n. 885/o, in *Urb. e app.*, 2005, 224 con nota di P. LOTTI; Tar Lombardia, 27 maggio 2004, che ha sollevato la questione pregiudiziale (C-340/04) sulla legittimità dell'affidamento diretto tramite società holding. Non solleva questioni interpretative innanzi alla Corte di giustizia Cons. Stato, Sez. V, 19 febbraio 2004, n. 679, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2004, 1160 ss. con nota di C. MELLONE, *L'affidamento diretto di servizi pubblici locali a società partecipate dai comuni, tra amministrazione indiretta e privilegi extra legem*.

nano il mercato comune (4) ed eventualmente affermare la coerenza delle libertà economiche sancite dal Trattato CE non solo qualora l'amministrazione si rivolga al mercato, per acquisire la prestazione *una tantum* o la stabile partecipazione di soggetti privati alla propria organizzazione, ma anche ove l'amministrazione ritenga di sottrarre al mercato la produzione di prestazioni alle quali intenda provvedere direttamente con propria organizzazione.

La Corte di giustizia ha ritenuto incompatibile con l'ordinamento europeo l'affidamento diretto di prestazioni di servizi ad una società partecipata (1%) ai sensi dell'art. 113, comma 1, d.lgs. n. 267 del 2000 (nella versione antecedente la riforma di cui all'art. 35, comma 1, l. 28 dicembre 2001, n. 448 non applicabile *ratione temporis*) e, nel relativo periodo transitorio, ai sensi dell'art. 15, d.lgs. 23 maggio 2000, n. 164, *Attuazione della direttiva n. 98/30/CE recante norme comuni per il mercato interno del gas naturale, a norma dell'art. 41, l. 17 maggio 1999, n. 144*, poiché non risultavano (5) soddisfatte le condizioni dell'*in house providing* (6).

(4) Da ultimo C. giust. CE, 11 gennaio 2005, C-26/03, *Stadt Halle e TREA Leuna*, § 22 ss. ove si rileva che l'indizione formale di una procedura d'appalto non può in nessun caso condizionare la tutela giurisdizionale riconosciuta alle imprese che producono le prestazioni di beni, servizi o lavori oggetto dell'affidamento diretto per ottenere l'accertamento della legittimità di questo.

(5) Il caso C. giust. CE, 22 luglio 2005, causa C-231/03 *Coname c. Comune di Cingia de Botti* concerneva l'affidamento diretto di prestazioni di servizio di manutenzione della rete e di servizio pubblico di distribuzione del gas disposto da un Comune ad una società a capitale totalmente pubblico (senza divieti statutari all'ingresso di soci privati: la Padania Acque S.p.a.) di cui l'ente locale possiede meno dell'1% del capitale sociale, per la restante parte distribuito tra 111 Comuni e la Provincia di Cremona. Cessato il contratto biennale di appalto per il servizio di manutenzione, conduzione e sorveglianza della rete gas metano con il precedente prestatore (Consorzio Co.Na.Me.), il Comune di Cingia de' Botti ha ritenuto di non indire una procedura ad evidenza pubblica per la scelta del nuovo gestore ma ha disposto l'affidamento del servizio alla Padania Acque S.p.a. con cui ha stipulato una convenzione che prevede la successione diretta ed automatica della Padania Acque S.p.a. al Consorzio uscente allo scadere del contratto (art. 6 della Convenzione).

(6) Tar Lombardia, Sez. Brescia, ord. 14 maggio 2003, n. 681, in *Foro amm.-Tar*, 2003, 1515. Per i più recenti contributi in tema di *in house providing* si rinvia a S. COLOMBARI, « *Delegazione interorganica* » ovvero « *in house providing* »

Il cessato contratto di appalto tra il Comune ed il Consorzio aveva ad oggetto il servizio di « manutenzione, conduzione e sorveglianza della rete gas metano » e non il servizio pubblico di erogazione del gas, mentre la questione pregiudiziale è posta proprio riguardo l'affidamento diretto della « gestione del servizio pubblico di distribuzione del gas ».

La Corte europea qualifica l'affidamento in questione come « concessione » del diritto comunitario la cui disciplina (ora art. 1, § 4, e 17, Direttiva CE n. 2004/18, cit.) (7) esclude l'applicazione della direttiva europea, ma al contempo risolve il successivo problema della sottoposizione dell'affidamento ai principi sanciti dagli artt. 43 e 49 del Trattato CE (8) con l'istituto giurisprudenziale *in house providing*.

L'impostazione della questione pregiudiziale fornita dalla Corte chiarisce che per il diritto comunitario la concessione a terzi e la costituzione di forme di partenariato pubblico-privato pongono i medesimi problemi di tutela della concorrenza (con i con-

nei servizi pubblici locali, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2004, 1134 ss. ed E. SCOTTI, *Le società miste tra in house providing e partenariato pubblico privato: osservazioni a margine di una recente pronuncia della Corte di giustizia*, *ivi*, 2005, 665 ss. e ID., *Organizzazione pubblica e mercato: società miste, in house providing e partenariato pubblico privato*, in questa Rivista, 2005, 915 ss. e dottrina *ivi* citata, cui si aggiunga M. MAZZAMUTO, *Brevi note su normativa comunitaria e In house providing*, in *Dir. Unione Europea*, 2001, 537 ss.; C. ALBERTI, *Appalti in house, concessioni in house ed esternalizzazione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2001, 494 ss.; M. CAPANTINI, *Contratto di servizio ed affidamenti in house*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2004, 801 ss.; G. MARCHEGIANI, *Alcune considerazioni in tema di diritto comunitario concernente le concessioni ed i c.d. « affidamenti in house »*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 945 ss.; P. ALBERTI, *L'affidamento in house dei servizi pubblici locali*, in *Econ. dir. del terziario*, 2003, 589 ss.; M. LUCCA, *Il paradosso degli affidamenti in house nei servizi pubblici locali, tra meccanismi di incompiuta liberalizzazione e incompatibilità comunitaria*, in *www.LexItalia.it*; G. GRECO, *Imprese pubbliche, organismi di diritto pubblico, affidamenti « in house »: ampliamento o limitazione della concorrenza?*, in *Le società pubbliche*, Padova, 2004; J. ARNOULD, *Les contrats de concession, de privatisation et de services « in house » an regard des règles communautaires*, in *Rev. fr. droit adm.*, 2000, 1, 2 ss.

(7) Quali l'art. 6, direttiva 92/50/CEE; gli artt. 11 e 13, direttiva 93/38/CEE; l'art. 3, § 4, direttiva 93/37/CEE.

(8) C. giust. CE, 7 dicembre 2000, C-324/98, *Telaustria e Telefonadress*, in *Racc.*, I-10745, § 56; Id., ord. 30 maggio 2002, C-358/00, *Buchhändler-Vereinigung*, in *Racc.*, I-4685, § 28.

seguenti vincoli concorsuali), ove l'amministrazione pubblica trasferisca ad un soggetto terzo la domanda di prestazioni propria o degli utenti (9). Il trasferimento della domanda di servizi pubblici ad un terzo impone che questa sia offerta sul mercato al miglior contraente. Si vedrà che non è considerata terzo l'organizzazione *in house*.

Nelle conclusioni dell'Avvocato generale si afferma che l'affidamento di una prestazione di servizi, lavori o forniture — a prescindere dalla sua qualificazione giuridica nell'ordinamento nazionale — è sottoposto innanzitutto ai principi e alle libertà economiche sanciti dal diritto europeo « primario » (Trattato CE) ed eventualmente anche alla disciplina dettata da fonti comunitarie derivate (le direttive CE sugli appalti pubblici), e che l'osservanza dei principi e delle libertà economiche impone all'amministrazione aggiudicataria taluni « obblighi procedurali di carattere positivo », consistenti nell'indizione di una procedura selettiva adeguatamente pubblicizzata e non discriminatoria ed il cui esito sia motivato (10).

Le eccezioni alla scelta dell'affidatario con gara si distinguono tra quelle previste direttamente dal diritto comunitario « primario » del Trattato (ad es., gli artt. 86, § 2, 296 e 297 Trattato CE, rispettivamente in materia di servizi di interesse economico generale, sicurezza pubblica e situazioni di crisi) e quelle disciplinate dal diritto comunitario delle direttive (art. 6, direttiva 92/50 e 13, direttiva 93/38; ora art. 17 e 18, Direttiva Ce n. 2004/18, cit. e artt. 23 ss., Direttiva CE 31 marzo 2004, n. 2004/17).

(9) Cons. Stato, Sez. V, 1° luglio 2005, n. 3672, in *www.dirittodeiservizipubblici.it*; R. CAVALLO PERIN, *La struttura della concessione di servizio pubblico locale*, Torino, 1998; G. CAIA, *La società a prevalente capitale pubblico locale come formula organizzativa di cooperazione tra Comuni*, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2002, 1231 ss., ripercorre l'evoluzione giurisprudenziale sulla distinzione tra concessione e affidamento a società a partecipazione pubblica prevalente, a conferma della tradizionale analogia delle questioni che pongono le due modalità, pur alternative, di erogazione del servizio pubblico.

(10) Nelle Concl. Avv. gen. C. Sixt-Hackl, 12 aprile 2005, C-231/03, *Co.-Na.Me. c. Com. Cingia de' Botti*, § 44 ss. e § 83 ss.: viene individuato come fondamento di tali obblighi a contenuto positivo l'art. 10, Trattato CE, precisando che « a questi precetti di diritto primario...va attribuita grande importanza proprio al di fuori dell'ambito di applicazione delle direttive sugli appalti » (§ 55).

L'istituto dell'*in house providing* è applicabile non solo agli affidamenti suscettibili di essere oggetto di appalto pubblico, come statuito dalla prima giurisprudenza comunitaria, ma altresì alle forme di partenariato pubblico-privato (dunque al procedimento di costituzione delle società miste), come espressamente affermato dalla Commissione CE nel *Libro verde relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni*, del 30 aprile 2004 (11).

Le tre forme giuridiche dell'appalto pubblico, della concessione e del partenariato pubblico-privato non sono alternative tra loro eguali: nel diritto comunitario la distinzione tra appalto e concessione si fonda sul diverso rischio d'impresa assunto dall'appaltatore o dal concessionario (art. 1, § 3-4, Direttiva CE n. 2004/18, cit.), quella tra appalto e concessione da un lato e *in house providing* dall'altro si afferma nella qualità sia dell'appaltatore (12) sia del concessionario (13) di essere rispetto all'affidante un soggetto terzo (« formale » e « sostanziale », per esprimersi nei termini della Corte di giustizia) mentre non è tale l'organizzazione *in house* che si qualifica per rivolgere la propria attività prevalente a favore o per conto dell'amministrazione aggiudicatrice ed al tempo stesso per essere sottoposta ad un controllo di quest'ultima.

(11) COM(2004) 327 def., § 63; E. SCOTTI, *Le società miste tra in house providing e partenariato pubblico privato: osservazioni a margine di una recente pronuncia della Corte di giustizia*, cit., 670-671 ravvisa nel *Libro Verde* il « fondamento giustificativo » degli affidamenti diretti a società miste.

(12) In tale prospettiva si pone la Corte di Giustizia nella decisione in commento (cfr. § 9-10 e 22 ss.), nonché il *Libro verde relativo ai partenariati pubblico-privati*, cit., che si riferisce ripetutamente ad un « diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ».

(13) Con riferimento alla concessione, R. CAVALLO PERIN, *Comuni e province nella gestione dei servizi pubblici*, Napoli, 1993, 108 ss.; G. PERICU, *L'attività consensuale dell'amministrazione pubblica*, in *Dir. amm.*, II, Bologna, 1998, 1665 e s. esclude che l'amministrazione pubblica concedente sia legittimata ad impartire direttive al concessionario, a garanzia dell'autonomia imprenditoriale di questo. Ulteriore conferma pare trarsi dal fatto che uno dei criteri comunitari che differenziano la concessione dall'appalto è la sopportazione del rischio economico in ordine alla remunerazione delle prestazioni richieste, ove tale ripartizione del rischio verrebbe certamente alterata dall'esercizio di un « controllo analogo » del concedente sul concessionario.

Pare utile la distinzione tra affidamenti che si affermano in forza di un rapporto giuridico esterno tra soggetti tra loro indipendenti, come gli appalti, gli accordi, le convenzioni, le concessioni, siano essi a fonte contrattuale o unilaterale, di diritto pubblico o privato, e gli affidamenti che si fondano sul controllo di un soggetto giuridico solo formalmente diverso, di diritto pubblico o privato, sia esso di origine contrattuale o costituito per atto unilaterale amministrativo o legislativo, il cui incarico principale è produrre servizi a favore dell'ente affidante o, nel caso di servizi pubblici, a favore degli utenti e per conto dell'affidante (14).

(14) Una più ampia elaborazione delle questioni qui solo accennate è in R. CAVALLO PERIN, *Commento agli artt. 112, 113, 113-bis*, in R. CAVALLO PERIN-A. ROMANO, *Commentario al Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali*, Padova, in corso di pubblicazione. Per i principali studi sulle questioni connesse alle modalità di gestione dei servizi pubblici e alla tutela della concorrenza si rinvia a: G. PIPERATA, *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, Milano, 2005; A. MALTONI, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, Torino, 2005; G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, 2005; S. VARONE, *Servizi pubblici locali e concorrenza*, Torino, 2004; F. LIGUORI, *I servizi pubblici locali. Contendibilità del mercato e impresa pubblica*, Torino, 2004; C.F. FERRARI, *Servizi pubblici locali e forme miste di gestione pubblico-privati*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2004, 1871 ss.; R. VILLATA, *Pubblici Servizi*, III ed., Milano, 2003, 93 ss.; C. SAN MAURO, *Il servizio pubblico locale: strumenti, organizzazione, gestione*, Milano, 2003; L.R. PERFETTI, *I servizi pubblici locali. La riforma del settore operata dall'art. 35 della L. 448/2001 ed i possibili profili evolutivi*, in *Dir. amm.*, 2002, 575 ss.; A. VIGNERI, *La liberalizzazione dei servizi pubblici locali*, in *Le Regioni*, 2002, 1091 ss.; V. DOMENICHELLI, *I servizi pubblici locali tra diritto amministrativo e diritto privato*, in *Dir. amm.*, 2002, 311 ss.; R. DAMONTE, *La gestione dei servizi pubblici locali dopo la Finanziaria*, in *Urb. e app.*, 2002, 253 ss.; M. DUGATO, *I servizi pubblici locali*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, *Diritto amministrativo speciale*, vol. II, II ed., Milano, 2003, 2581 ss. e M. DUGATO, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali*, Milano, 2001; L. AMMANNATI, *Servizi pubblici, società per azioni a partecipazione pubblica locale e concorrenza*, in L. AMMANNATI-M.A. CABIDDU-P. DE CARLI, *Servizi pubblici, concorrenza, diritti*, Milano, 2001; F. TRIMARCHI (a cura di), *Le società miste per i servizi locali*, Milano, 1999; G. DI GASPARÉ, *I servizi pubblici locali verso il mercato*, in *Dir. pubbl.*, 1999, 197 ss.; L. VASQUES, *I servizi pubblici locali nella prospettiva dei principi della libera concorrenza*, Torino, 1999; A. NIUTTA-A. POLICE, *Forma e realtà nelle società per la gestione dei servizi pubblici locali*, in *Riv. dir. comm.*, 1999, 477 ss.; G. ROSSI, *I servizi pubblici locali fra vincoli e autonomie*, in *Quaderni del pluralismo*, 1998, 1 ss.; G.F. CAMPOBASSO, *La costituzione di società miste per la gestione dei servizi pubblici locali: profili societari*, in *Riv. soc.*, 1998, 390 ss.; D. SORACE, *Pubblico e privato nella gestione dei servizi pubblici locali mediante società per azioni*,

2. La creazione di un mercato comune e l'applicazione delle regole di tutela della concorrenza per garantirne il mantenimento incontrano il limite del potere di organizzazione della pubblica amministrazione riconosciuta agli Stati membri dalle istituzioni comunitarie (15).

Tale limite non rappresenta una deroga alla disciplina europea delle libertà economiche tutelate nel mercato comune, ma è definizione di ciò che non è mercato. Infatti la disciplina della concorrenza per l'aggiudicazione degli appalti pubblici e delle concessioni presuppone un rapporto con il mercato, ma la libera de-

in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1997, 51 ss.; M. CAMMELLI-A. ZIROLDI, *Le società a partecipazione pubblica nel sistema locale*, Rimini, 1997; F.G. SCOCA, *La S.p.a. mista tra soggetto privato ed organismo pubblico*, in G. DI GIANDOMENICO-R. FAGNANO-G. RUTA (a cura di), *Le società miste locali per la gestione dei servizi pubblici*, Napoli, 1997, 172 ss.; G. DI GIANDOMENICO-R. FAGNANO-G. RUTA (a cura di), *Le società miste locali per la gestione dei servizi pubblici*, Napoli, 1997; V. MARTELLI, *Servizi pubblici locali e società per azioni*, Milano, 1997; G. VESPERINI, *Le società partecipazione pubblica locale operanti nel settore dei servizi pubblici*, in G. SANVITI (a cura di), *I modelli di gestione dei servizi pubblici locali*, Bologna, 1995, 313 ss.; A. ANDREANI, *Questioni nuove nella recente legislazione in tema di società di capitali con partecipazione degli enti locali*, in *Dir. amm.*, 1995, 245 ss.; F. LUCIANI, *La gestione dei servizi pubblici locali mediante società per azioni*, *ivi*, 275 ss.; P. PIRAS, *Servizi pubblici e società per azioni a partecipazione comunale*, Milano, 1994; R. CAVALLIO PERIN, *Comuni e province nella gestione dei servizi pubblici*, Napoli, 1993.

(15) Di recente, proprio con riferimento alla materia che qui interessa, C. giust. CE, 11 gennaio 2005, C-26/03, *Stadt Halle e TREA Leuna*, § 48 e Concl. Avv. Gen. J. Kokott, 1 marzo 2005, causa C-458/03, *Parking Brixen GmbH*, § 42, 71 e 80, ove si rileva che « un intervento così incisivo sulla supremazia organizzativa degli Stati membri e segnatamente sull'autogoverno di tanti Comuni non è necessario alla luce della funzione di apertura del mercato alla concorrenza svolta dalla disciplina dei pubblici appalti »; ma v. anche C. giust. CE, 11 marzo 2003, C-186/01, *Dory*, in *Racc.*, I-2479, sulle scelte degli Stati membri relative all'organizzazione delle forze armate. C.E. GALLO, *Disciplina e gestione dei servizi pubblici economici: il quadro comunitario e nazionale nella più recente giurisprudenza*, in questa *Rivista*, 2005, 347 ss.; R. URSI, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica tra outsourcing e in house providing*, in questa *Rivista*, 2005, 208 rileva che « la scelta discrezionale dell'ente locale di optare tra esternalizzazione ovvero autoproduzione a mezzo società non è sindacabile nell'ottica del diritto comunitario »; ma cfr. già Cons. Stato, Sez. IV, 13 febbraio 1996, n. 147, in questa *Rivista*, 1996, 439; Id., Sez. V, 23 aprile 1998, n. 477, in *Urb. e app.*, 1998, 1328; Id., 18 settembre 2003, n. 5316, in www.giustizia-amministrativa.it; Tar Lazio, Roma, Sez. II, 28 settembre 2005, n. 7590, in *Giust. amm.*, n. 10/2005.

cisione dell'amministrazione di rivolgersi ad esso non può essere coartata per realizzare l'apertura al mercato di taluni settori di attività in cui l'amministrazione pubblica vorrebbe invece ricorrere all'autoproduzione (16).

L'*in house providing*, come elaborato dalla giurisprudenza europea e confermato nel *Libro verde relativo ai partenariati pubblico-privati* (17), può essere intesa come espressione di sintesi a tutela della scelta dell'amministrazione di autoprodurre le prestazioni di cui necessita, negando che la scelta assuma rilevanza per il diritto comunitario e conseguentemente l'applicazione della disciplina a garanzia della concorrenza, sia dei principi sanciti nel Trattato Ce per le concessioni e la costituzione di partenariati

(16) Concl. Avv. Gen. J. Kokott, 1 marzo 2005, causa C-458/03, *Parking Brixen GmbH*, cit., § 68-70: se « le amministrazioni aggiudicatrici, prima di stipulare contratti con loro società controllate organizzate in forma di società per azioni o a responsabilità limitata, [fossero] obbligate a rispettare sempre, *anche nel caso in cui esse siano il loro unico socio*, i requisiti imposti dalla disciplina in materia di appalti e ad affidare, ove possibile, l'esecuzione dei loro servizi ai terzi privati migliori offerenti [...], attraverso il semplice affidamento di servizi a siffatte società in settori così sensibili quali, ad esempio, l'approvvigionamento idrico, si arriverebbe in ultima analisi al coattivo avvio *della privatizzazione di tali servizi*. È vero che in determinati casi la trasformazione di aziende autonome in società per azioni o a responsabilità limitata può essere intesa come il primo passo concreto in direzione della privatizzazione dei relativi settori di intervento. Non è detto però che ciò debba sempre accadere. Si potrebbe, infatti, trattare anche di una semplice misura organizzativa interna, con cui si mira ad una fornitura di servizi più efficiente ed economica e ad una disciplina del pubblico impiego più flessibile per gli impiegati, senza che in questo modo l'ente interessato necessariamente deleghi anche lo svolgimento dei propri compiti. Se si applicasse la disciplina in materia di aggiudicazione di pubblici appalti anche a negozi giuridici tra amministrazioni aggiudicatrici e loro società controllate al 100%, le forme giuridiche di diritto privato non potrebbero essere più utilizzate ai fini di una mera riorganizzazione interna. Al relativo ente resterebbe soltanto l'alternativa tra la privatizzazione dei suoi servizi e l'esecuzione diretta di essi per mezzo dei propri servizi amministrativi oppure di aziende autonome, integrate nella gerarchia amministrativa e prive di significativa autonomia ». G. CAIA, *Autonomia territoriale e concorrenza nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali*, in www.giustizia-amministrativa.it, rileva la vicinanza dell'*in house providing* al « vecchio » modello delle aziende speciali municipalizzate; analogamente M. CAMMELLI, *Concorrenza, mercato e servizi pubblici: due riforme*, in *Riv. trim. appalti*, 2003, 517 ss.

(17) COM(2004) 327 def., § 57 ss.

pubblico-privato, sia delle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici (18).

La prevalenza del diritto europeo sull'ordinamento giuridico nazionale apre la questione del rapporto tra garanzia europea dell'auto-produzione (*in house providing*) e disciplina normativa nazionale che impone alle amministrazioni aggiudicatrici di rivolgersi al mercato per il reperimento delle prestazioni di cui abbisognano, avviando processi di esternalizzazioni coatte in taluni settori di attività, tra cui quello della distribuzione del gas (19).

La legge statale che abbia ad oggetto un obbligo di regioni, province, città metropolitane e comuni di rivolgersi al mercato, negando in radice l'auto-produzione, appare comprimere illegittimamente la loro autonomia costituzionale (art. 114 Cost.), che è riconosciuta dallo stesso Trattato dell'Unione (art. 5), poiché il nucleo imprescindibile di ogni autonomia pubblica è la capacità di darsi un'organizzazione, né una consimile scelta del legislatore statale parrebbe trovare fondamento in Costituzione (art. 117, comma 2).

L'attribuzione della competenza legislativa esclusiva statale in materia di rapporti con l'Unione europea (20) e di tutela della concorrenza (art. 117, comma 2, lett. a), e), Cost.) non può giungere sino a negare l'autonomia costituzionale riconosciuta alle re-

(18) R. URSI, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica tra outsourcing e in house providing*, cit., 2005, 200, nota 51, ravvisa una « conferma » seppur « alquanto indiretta » della natura organizzativa del rapporto di *in house providing* nell'estensione della responsabilità erariale agli amministratori di società di gestione di servizi pubblici locali: Cass., Sez. un., 26 febbraio 2004, n. 3899, in questa *Rivista*, 2004, I, 375. Sia inoltre consentito rinviare a D. CASALINI,

L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house, Napoli, 2003, 255 ss.

(19) Sul punto *infra*, § 6; ma analogo discorso può valere per il servizio di smaltimento dei rifiuti solidi urbani, su cui da ultimo Cons. Stato, Sez. V, 16 marzo 2005, n. 1074, in *www.LexItalia.it*, n. 3/2005, ove invece per il servizio idrico integrato, si veda la Circolare del Ministero dell'Ambiente e della tutela del territorio 6 dicembre 2004, *Affidamento in house del servizio idrico integrato*, in *Edilizia e territorio*, 2004, 32 ss.

(20) Corte cost., 7 ottobre 2003, n. 307.

gioni e agli altri enti territoriali (21), precludendo a quest'ultimi la scelta tra mercato e autoproduzione, poiché si rivelerebbe lesiva della loro autonomia giuridica, pubblica (art. 114 Cost.), ma ancora prima della stessa capacità giuridica di diritto privato riconosciuta agli enti pubblici per i loro rapporti giuridici patrimoniali.

Se per il nostro ordinamento sono da ritenersi d'eccezione le ipotesi di monopolio legale e naturale nella produzione di beni e servizi (artt. 41, 43 e 117, comma 1, Cost.; art. 86 Trattato CE) (22), appare non compatibile con la disciplina a tutela della personalità e dell'autonomia privata ogni obbligo legale alle organizzazioni o agli individui di procurarsi presso terzi beni e servizi. Non si tratta dell'obbligo a contrarre dei produttori monopolisti (art. 2597 c.c.) o della disciplina, un tempo nota, degli ammassi (artt. 837 e 2617 c.c.; r.d. 15 giugno 1936, n. 1273, conv. in l. 18 gennaio 1937, n. 223; l. 4 luglio 1950, n. 454; l. 21 agosto 1953, n. 589), i quali riguardano i produttori, o il lato dell'offerta economica, ma dell'ipotesi di una legge statale che avrebbe ad oggetto una obbligazione a trasformare ogni bisogno in una domanda economica, ove l'obbligo a contrarre non riguarderebbe l'offerente produttore ma il consumatore.

Verso gli enti pubblici, oltre la normale tutela dell'autonomia privata, si afferma anche la garanzia costituzionale della loro autonomia pubblica (art. 114 Cost.), la quale non pare tollerare al-

(21) Ove l'autonomia è la capacità di darsi un ordinamento giuridico: A. ROMANO, voce *Autonomia nel diritto pubblico*, in *Dig. disc. pubbl.*, II, Torino, 1987, 31 ss.; M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1966, *passim*. Cfr. Corte cost., 29 ottobre 1985, n. 243, sulla compatibilità dell'istituzione del sistema di tesoreria unica di cui alla l. 29 ottobre 1984, n. 720, *Istituzione del sistema di tesoreria unica per enti ed organismi regionali* con l'autonomia finanziaria regionale sancita dall'art. 119 Cost. Per una prima disamina della giurisprudenza costituzionale in materia di servizi pubblici dopo la riforma del Titolo V, parte II, Cost.: C.F. FERRARI, *Servizi pubblici locali e forme miste di gestione pubblico-privati*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2004, 1895 ss.

(22) In tal senso, ad es., la l. 6 dicembre 1962, n. 1643, *Istituzione dell'Ente nazionale per la energia elettrica e trasferimento ad esso delle imprese esercenti le industrie elettriche*, su cui v. Corte cost., 7 marzo 1964, n. 14. Ma adesso cfr. art. 2, comma 2, d.lgs. 16 marzo 1999, n. 79, *Attuazione della direttiva 96/92/CE recante norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica*, ove definisce l'« autoproduttore ».

cun obbligo di esternalizzazione da parte di leggi statali o regionali che pretendano di disciplinare, invece che la propria amministrazione pubblica, quella di comuni, province o città metropolitane (artt. 117, comma 6, e 118 Cost.) (23).

Tale scelta del legislatore statale si affermerebbe oltre gli stessi confini della nozione di concorrenza riconosciuta dall'ordinamento comunitario (24), poiché il c.d. valore costituzionale o materia trasversale « tutela della concorrenza » presuppone anche per il legislatore nazionale un mercato, poiché il mercato è l'oggetto della tutela anche per la disciplina nazionale sulla concorrenza ed è noto anche all'ordinamento europeo che la definizione di mercato non raggiunge gli spazi interni all'organizzazione pubblica (25).

L'attribuzione della competenza legislativa esclusiva in materia di determinazione delle funzioni fondamentali (art. 117, comma 2, lett. *p*), Cost.) di comuni, province e città metropolitane, concerne la loro individuazione e distribuzione tra gli enti territoriali, secondo il principio di sussidiarietà verticale (art. 118, comma 1, Cost.) ma non legittima ingerenze nell'autonomia che

(23) I vincoli di bilancio derivanti dal patto di stabilità o comunque previsti dalle leggi finanziarie annuali possono delimitare l'autonomia locale, poiché esercizio della funzione statale di coordinamento della finanza pubblica, ma mai compimerla indebitamente con l'imposizione di scelte organizzative coattive: Corte cost., 14 novembre 2005, n. 417; Id., 27 gennaio 2005, n. 35; Id., 29 gennaio 2005, n. 64; Id., 17 dicembre 2004, n. 390; Id., 29 dicembre 2004, n. 425; Id., 22 luglio 2004, n. 260; Id., 16 gennaio 2004, n. 17; Id., 13 gennaio 2004, n. 4; Id., 15 dicembre 2004, n. 388; Id., 30 dicembre 2003, n. 376; Id., 21 ottobre 2003, n. 314.

(24) Un ulteriore chiarimento può provenire dalla prossima pronuncia della Corte di giustizia sulla questione della libertà di scelta tra *in house providing* e *outsourcing*, sollevata da Tar Puglia, Sez. II, ord. 8 settembre 2004, n. 885/o, in *Foro amm.-Tar*, 2004, 2648 ss. e 3110 ss. con note di F. GAVERINI, *Alle « radici » dell'in house providing: la giustizia amministrativa italiana si rimette alla Corte di giustizia CE*, e A. ISONI, *La delegazione interorganica nella gestione dei servizi pubblici locali. Tutela della concorrenza o prevalenza delle esigenze del servizio?* su cui si vedano le Concl. dell'Avv. gen. L.A. Geelhoed, 12 gennaio 2006, causa C-410/04, ANAV c. *Com. Bari*.

(25) Corte cost., 15 novembre 2004, n. 345, con nota di A. CONCARO e I. PELLIZZONE, in *Le Regioni*, 3/2005 e Id., 26 gennaio 2004, n. 36, sull'imposizione statale dell'obbligo di utilizzare le convenzioni Consip.

gli enti stessi esercitano per l'adempimento di tali competenze attribuite dalla legislazione statale (26).

È stato escluso dalla Corte costituzionale che il titolo giuridico della disciplina delle funzioni fondamentali (art. 117, comma 2, lett. *p*), Cost.) possa legittimare una disciplina delle forme di gestione dei servizi pubblici locali (27), ma più in generale tale fondamento non può essere inteso per affermare un'ingerenza dello Stato nell'organizzazione e nello svolgimento delle funzioni attribuite agli enti territoriali, poiché trattasi di materie che la stessa Costituzione riserva espressamente alla loro autonomia regolamentare (art. 117, comma 6, Cost.).

La legislazione statale che voglia imporre maggiori livelli di efficienza nella gestione dei servizi, individuando per es. bacini d'utenza più ampi, può infatti diversamente allocare le competenze sulla provincia o sulla città metropolitana, ove necessario sulla regione, infine, ove si tratti di attività divenute di rilievo nazionale, portando funzioni e servizi sul livello di governo dell'amministrazione statale, ed eventualmente disponendo per una loro esternalizzazione (art. 118, Cost.).

Per le funzioni non solo si può dubitare che gli enunciati di legge contenenti principi e criteri direttivi in materia di organizzazione pubblica (art. 97, comma 1, Cost.) possano involgere l'obbligo degli enti territoriali di contrattualizzare con i terzi ogni necessità di provvista di beni e servizi ma è fondato ritenere che a ciò osti il principio di imparzialità dell'amministrazione pubblica (art. 97, comma 1, Cost.), il quale, comunque lo si voglia intendere, presuppone che gli organi della pubblica amministrazione abbiano al proprio servizio — per l'esercizio delle loro funzioni — professionalità (uffici) che l'ordinamento circonda di particolari vincoli e cautele (accesso mediante concorso pubblico, incompatibilità, ecc.).

Se è normale che i privati assolvano per l'amministrazione

(26) Tra le molte, Corte cost., 16 gennaio 2004, n. 16.

(27) Corte cost., 27 luglio 2004, n. 272, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2004, 1971 ss. che dichiara l'illegittimità costituzionale degli artt. 113, comma 7, e 113-bis, d.lgs. n. 267 del 2000, come modificati dall'art. 35, commi 1 e 15, della l. 28 dicembre 2001, n. 448.

compiti tecnici istruttori o di certificazione o di servizi — ed è noto che talvolta ci si è spinti in via d'eccezione a considerare l'ipotesi di « delegazione » ai privati di « attività vincolata » — non si è sinora giunti a prospettare la devoluzione ad organizzazioni private di interi settori di funzioni di attività amministrativa. Mancano infatti nelle organizzazioni private quei vincoli e cautele all'organizzazione che sono normali nella disciplina delle organizzazioni pubbliche, che consentano di trasferire senz'altro a quest'ultime l'esercizio di funzioni amministrative.

L'*in house providing* si distingue dalle ipotesi specifiche di deroga alla disciplina in materia di appalti pubblici (da ultimo previste dalle direttive CE 31 marzo 2004, n. 2004/18, art. 18 e n. 2004/17, artt. 23 ss.) poiché è definizione dell'organizzazione pubblica come limite alle regole di concorrenza imposte dall'Unione europea (28).

La possibilità di produrre talune prestazioni con i propri uffici o mediante enti strumentali (29) (*in house providing*) concerne le attività dell'amministrazione pubblica a prescindere dal riferimento agli artt. 45 e 86, Trattato CE che individuano le funzioni (« le attività che partecipano sia pure occasionalmente all'esercizio di pubblici poteri » *ex art. 45*) e i servizi (i « servizi di interesse economico generale » nella misura strettamente necessaria a non ostacolarne l'erogazione, *ex art. 86*) che l'amministrazione può sottrarre all'applicazione di talune regole poste a tutela della concorrenza, ma ancor più prescinde dalla stessa definizione della concorrenza, proprio perché il soggetto non ha inteso rivolgersi al mercato.

La costituzione di un rapporto di *in house providing* è espressione del potere di organizzazione delle pubbliche amministra-

(28) Di diverso avviso pare R. URSI, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica tra outsourcing e in house providing*, cit., 194 ss., ove il diritto esclusivo pare individuarsi come conseguenza dell'obbligo di prestazione dedotto nell'oggetto sociale del produttore *in house* verso le amministrazioni socie e titolari del diritto di credito (su cui *infra* § 7).

(29) La distinzione, pur equivoca e terminologicamente infelice, tra « *in house providing* » e « quasi *in house providing* » ricalca quella tra gestione diretta ed ente strumentale: cfr. *infra* nota 33.

zioni, ove il legame che unisce l'amministrazione territoriale all'ente *in house* ha carattere organizzativo e non richiede l'esperimento di procedure ad evidenza pubblica poiché non è terzo l'ente *in house* rispetto all'amministrazione controllante, in ragione della sussistenza dei requisiti del « controllo analogo » e della destinazione prevalente dell'attività (30). L'identità sostanziale tra amministrazione affidataria e prestatore *in house* fa sì che questo sia ritenuto parte dell'organizzazione amministrativa di quella, non ponendosi la prima in contatto col mercato, onde non valgono le regole concorrenziali imposte alle amministrazioni che ad esso si rivolgono (31).

Quest'ultimi due limiti, che caratterizzano l'organizzazione *in house*, valgono ad escludere non solo la disciplina della concorrenza nella scelta del gestore (non è terzo, non è mercato), ma anche che i principi sulla concorrenza siano di ostacolo all'operare di tale organizzazione *in house* nella successiva fase di competizione tra produttori di servizi o fornitori di beni.

(30) Si ha terzietà tra le parti del rapporto giuridico quando queste sono non solo « distinte sul piano formale » (soggettività giuridica) ma altresì « autonome sul piano decisionale »: C. giust. CE, 18 novembre 1999, causa C-107/98, *Teckal S.r.l. c. Comune di Viano e AGAC*, § 51, in www.europa.eu.int, che per prima definì l'*in house providing*. Ma cfr. già Cons. Stato, Sez. V, 23 aprile 1998, n. 477, in *Giur. it.*, 1998, 2184 ss. e da ultimo Tar Campania, Sez. I, 30 marzo 2005, n. 2784, in *Foro amm.-Tar*, 2005, 1164 ss. S. VARONE, *Note in tema di affidamenti in house e diritto comunitario*, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2004, 2416 ss.

(31) Se non per le prestazioni che lo stesso ente *in house* richiede a terzi per soddisfare il proprio fabbisogno, con conseguente obbligo di osservanza delle procedure ad evidenza pubblica: D. CASALINI, *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house*, cit., 283 ss. Ciò non esclude le preoccupazioni che solleva un'interpretazione estensiva dell'istituto: per tutti, G. GRECO, *Gli affidamenti « in house » di servizi e forniture, le concessioni di pubblico servizio e il principio della gara*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, 1461 ss.; da ultimo S. VARONE, *Note in tema di affidamenti in house e diritto comunitario*, in questa *Rivista*, 2004, 2422 ss.; ma cfr. le preoccupazioni di Concl. Avv. Gen. G. Cosmas, 1° luglio 1999, C-107/98, *Teckal S.r.l. c. Comune di Viano e A.G.A.C.*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2001, 1393 e la Circolare del Ministero dell'Ambiente e della tutela del territorio 6 dicembre 2004, *Affidamento in house del servizio idrico integrato*, in *Edilizia e territorio*, 2004, 32 ss. (Tar Lombardia, Milano, Sez. III, ord. 19 febbraio 2004, n. 498, in *Giust. amm.*, n. 3/2004, consente l'affidamento *in house* quale soluzione transitoria nelle more dell'approvazione del piano d'ambito per la gestione del servizio idrico integrato).

L'attività prevalente per i soci controllanti impedisce all'organizzazione *in house* di operare come un libero imprenditore e competitore nel mercato dei servizi e delle forniture di beni, poiché è ammessa unicamente un'attività minore per il mercato (impresa dimezzata), volta a realizzare economie di scala o sinergie produttive utili alla prestazione dell'attività principale legata all'autoproduzione, cioè alla soddisfazione dei fini istituzionali degli enti controllanti; che nel caso di servizi pubblici degli enti territoriali vale soddisfazione dei bisogni della popolazione residente, popolazione che di questi è l'elemento costitutivo e caratterizzante (32).

3. Le pubbliche amministrazioni esercitano la propria autonomia per procurarsi i beni e i servizi di cui necessitano costituendo o partecipando in una posizione di controllo ad un'apposita organizzazione destinata a svolgere la parte principale dell'attività a favore delle stesse amministrazioni che la controllano.

Fuori da tale ipotesi, ogni affidamento diretto (senza gara) di prestazioni di beni, servizi o lavori costituisce un'elusione o una violazione dei principi e delle libertà economiche sanciti dal Trattato CE ed in particolare della disciplina sugli appalti pubblici (33).

Le precisazioni più interessanti sui requisiti dell'*in house providing* provengono dalle conclusioni degli Avvocati generali e dalle motivazioni con cui la Corte di giustizia ha negato il controllo analogo.

Il presupposto implicito di molte argomentazioni intorno agli

(32) A. ROMANO, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, 24; R. CAVALLO PERIN, *La configurazione della cittadinanza amministrativa*, in questa *Rivista*, 2004, 201 ss.

(33) Per una ricostruzione dell'iter legislativo che ha condotto all'espressa previsione normativa dell'*in house providing* come modalità di gestione delle reti e dei servizi pubblici locali ex art. 113, d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, *Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali* e dei relativi rilievi della Commissione CE: S. COLOMBARI, « *Delegazione interorganica* » ovvero « *in house providing* » nei servizi pubblici locali, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2004, 1141 ss. e dottrina ivi citata.

affidamenti *in house* è la personalità giuridica dell'ente affidatario; la sua assenza infatti definisce di per sé l'organizzazione come parte integrante, struttura interna, dell'organizzazione pubblica, con la conseguenza che difetta ogni rapporto giuridico contrattuale in senso proprio, che esclude ogni sua sottoposizione alla disciplina europea della concorrenza e che talvolta produce speciose distinzioni terminologiche tra organizzazioni « *in house* e *quasi in house* » oppure tra « *in house in senso stretto e in senso lato* » che non giovano alla comprensione del fenomeno (34).

Così la « personalità giuridica » (35) nell'organismo di diritto pubblico è posta letteralmente come condizione della sua definizione, ove la sua assenza determina normalmente la qualificazione dell'ente come amministrazione « tradizionale » (Stato, ente territoriale o associazione tra questi) (36).

(34) Da ultimo, v. le Concl. dell'Avv. Gen. C. Sixt-Hackl, 23 settembre 2004, in causa C-26/03, *Stadt Halle c. TREA Leuna*, § 49 e 55, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2004, 2408 ss., che, con non pochi fraintendimenti, distingue tra affidamenti « *in house* » (gestione diretta) e « *quasi in house* » (affidamenti a società controllate), forse in analogia alla distinzione inglese tra *in house providing* (corrispondente alla nostra gestione « in economia ») e *contracting out* (che ricomprende tutte le forme contrattuali di esternalizzazione della produzione). Ancora le Concl. dell'Avv. gen. J. Kokott, 1 marzo 2005, causa C-458/03, *Parking Brixen GmbH*, § 2, ove si distingue tra l'*in house providing in senso stretto*, qualora l'ente strumentale non sia dotato di personalità giuridica propria (dunque « vera e propria procedura amministrativa interna »), e quello *in senso lato*, intercorrente tra amministrazioni aggiudicatrici e società loro controllate dotate di personalità giuridica propria, che pone la « difficile questione » di accertare l'obbligo di svolgere una procedura ad evidenza pubblica. V. anche F. Goisis, *Contributo allo studio delle società in mano pubblica come persone giuridiche*, Milano, 2004.

(35) In assenza di chiarificazioni giurisprudenziali sul punto, si rinvia a D. CASALINI, *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house*, cit., 221 ss. ove si manifesta il dubbio che l'accezione comunitaria corrisponda alla nozione disciplinata nel nostro ordinamento nazionale, ovvero richiami tutti i fenomeni di soggettività giuridica in esso previsti.

(36) In tal senso si evidenzia la vicinanza del modello dell'*in house providing* al modello delle aziende speciali, già sottolineata da G. CAIA, *Autonomia territoriale e concorrenza nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali*, cit.: il venir meno del primo lascia all'amministrazione territoriale soltanto « l'alternativa tra la privatizzazione dei suoi servizi e l'esecuzione diretta di essi per mezzo dei propri servizi amministrativi oppure di aziende autonome, integrate nella gerarchia amministrativa e prive di significativa autonomia. In taluni casi le società controllate esistenti potrebbero addirittura essere ritrasformate in aziende autonome »

Ove sussiste la personalità giuridica si apre la normale verifica nell'organizzazione dell'ente affidatario della qualità di soggetto terzo rispetto all'amministrazione pubblica aggiudicatrice.

Anzitutto l'amministrazione aggiudicatrice deve avere un « controllo analogo » sul produttore *in house* destinatario della richiesta di produzione. Il « controllo analogo » è il primo sintomo rivelatore della capacità dell'ente territoriale controllante di influenzare le scelte di gestione e di organizzazione della produzione dell'ente *in house*, che vale ad escludere un'effettiva negoziazione tra parti delle condizioni di fornitura del bene o di prestazione del servizio.

La pluralità degli enti controllanti non nega a priori la qualificazione del rapporto come *in house providing*, ove ciascun ente possa partecipare del « controllo analogo » (37). Invece la mera partecipazione al capitale sociale, soprattutto se di entità minima, non consente di riconoscere l'esistenza di un controllo analogo effettivo dell'amministrazione richiedente sull'ente associativo produttore (38).

Il controllo analogo è escluso nelle società miste — per chi le ritenga ancora ammissibili (39) — ove la partecipazione privata,

(Concl. dell'Avv. gen. J. Kokott, 1° marzo 2005, causa C-458/03, *Parking Brixen GmbH*, § 70); Cons. Stato, Sez. VI, 22 novembre 2004, n. 7636, in *Cons. St.*, 2004, I, 2457 ammette un rapporto *in house* con un'azienda speciale.

(37) Da ultimo, Concl. Avv. gen. C. Sixt-Hackl, 12 gennaio 2006, C-340/04, § 31 ss.

(38) Cons. Stato, Sez. V, 22 aprile 2004, n. 2316, con nota di S. COLOMBARI, « Delegazione interorganica » ovvero « *in house providing* » nei servizi pubblici locali, in questa *Rivista*, 2004, 1134 ss., spec. 1147, e di A. CLARIZIA, *Appalti in house: il Consiglio di Stato tenta di forzare la Corte di Giustizia*, in *www.giustam.it*. V. le circolari della Presidenza del Consiglio dei ministri, Dipartimento per le Politiche comunitarie, 19 ottobre 2001, n. 12727, § 4, in *G.U.*, 13 novembre 2001, n. 264 (che richiede « un rapporto equivalente, ai fini degli effetti pratici, ad una relazione di subordinazione gerarchica » che sussiste in presenza di un « controllo gestionale e finanziario stringente »), 1° marzo 2002, n. 3944, § 6, in *G.U.*, 3 maggio 2002, n. 102 e 6 giugno 2002, n. 8756, in *G.U.*, 31 luglio 2002, n. 178.

(39) In tal senso pare doversi interpretare l'affermazione della Corte di giustizia nel caso *Stadt Halle*, ove si ritiene che la partecipazione privata ad una società in mano pubblica escluda il « controllo analogo »: nel caso esaminato dalla Corte, infatti, la società TREA Leuna, sulla cui qualificazione di ente *in house* si dibatteva, era partecipata per una quota del 24,9% da un'impresa privata cui l'or-

anche minoritaria, sia suscettibile di condizionare in modo determinante le scelte dell'ente associativo, riducendo o addirittura escludendo il potere dell'amministrazione affidante: in tal senso possono assumere rilievo negativo i patti che riservano al socio privato l'indicazione dell'amministratore delegato in un quadro di *governance* societaria in cui i poteri di amministrazione sono sbilanciati a favore di quest'ultimo.

L'appartenenza della totalità del capitale all'amministrazione pubblica controllante induce a ritenere che questa non incontri alcuna difficoltà ad imporre le proprie scelte alla società *in house*, nelle cui decisioni non trova spazio alcun interesse economico « esterno » potenzialmente contrastante con quello pubblico di cui l'amministrazione controllante è titolare e che soddisfa attraverso il rapporto di *in house providing*.

L'ingresso nel capitale sociale di soggetti, pubblici o privati, diversi dalle amministrazioni pubbliche affidanti, introduce interessi economici potenzialmente configgenti, che possono alterare l'influenza dominante degli enti affidanti nella determinazione della volontà degli organi dell'ente associativo. In tali casi può risultare più difficile la prova del controllo analogo, cioè della garanzia per l'amministrazione aggiudicatrice di poter imporre la propria volontà nelle scelte gestionali che potrebbero pregiudicare l'interesse pubblico perseguito con la costituzione del rapporto *in house* (40), poiché l'espressione *in house* non è riferibile all'organizzazione pubblica nel suo complesso, ma è il punto di vista

dinamento tedesco attribuisce la titolarità di « taluni diritti particolari » riconosciuti al socio di minoranza di una S.r.l. con partecipazione superiore al 10% (C. giust. CE, 11 gennaio 2005, C-26/03, *Stadt Halle e TREA Leuna*, cit., § 19 e 49 ss.).

(40) Concl. Avv. Gen. J. Kokott, 1 marzo 2005, causa C-458/03, *Parking Brixen GmbH*, § 52 e 72: « Determinante è piuttosto il fatto che all'interno di tale società [*in house*] l'amministrazione aggiudicatrice sia in qualunque momento *concretamente* in grado di realizzare pienamente gli obiettivi fissati nell'interesse pubblico. Solo quando un'impresa [precedentemente *in house*] concretamente si emancipa (si rende autonoma) al punto da mettere l'amministrazione aggiudicatrice nell'impossibilità di far valere appieno i propri interessi all'interno dell'impresa suddetta non si potrà più parlare di un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi ».

delle singole pubbliche amministrazioni affidanti (41), senza per ciò escludere che da quel punto di vista il controllo analogo sia reso possibile in ragione di rapporti particolari con altri enti pubblici affidanti.

Permangono tuttavia differenze sull'interpretazione dei requisiti richiesti per configurare un'organizzazione *in house* tra giurisprudenza europea ed italiana nei casi di affidamento diretto ad enti a partecipazione pubblica totalitaria.

La Corte di giustizia, fin dal caso *Teckal* e da ultimo nel caso *Coname*, esclude che la partecipazione pubblica totalitaria ad un ente giustifichi di per sé affidamenti diretti in favore di questo, ove il rapporto tra l'amministrazione aggiudicatrice e l'ente produttore non sia un *in house providing*.

Il Consiglio di Stato ha invece ritenuto legittimi gli affidamenti degli enti territoriali di prestazioni di servizio pubblico locale dati senza gara a società a capitale interamente pubblico anche ove i primi erano soci con piccole quote di partecipazione, dando rilievo al requisito ulteriore — tutto nazionale — del capitale interamente pubblico, come elemento capace di escludere radicali conflitti di interessi (42).

Si può affermare che la presunzione di « controllo analogo » è più forte ove la partecipazione pubblica totalitaria sia di un'unica amministrazione aggiudicatrice, poiché è agevole rite-

(41) Così R. URSI, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica tra outsourcing e in house providing*, cit., 197-198.

(42) Cons. Stato, Sez. V, 19 febbraio 2004, n. 679, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2004, I, 461, e 1161, con nota di C. MELLONE, *L'affidamento diretto di servizi pubblici locali a società partecipate dai comuni, tra amministrazione indiretta e privilegi extra legem*, e in *Foro it.*, 2004, III, 196 ss. con nota di R. URSI, *Brevi considerazioni sui presupposti dell'approvvigionamento « in house » di servizi pubblici locali alla luce del nuovo testo dell'art. 113, comma 5, lett. c) del testo unico sugli enti locali*, ove tra il Comune affidante, titolare del 3% del capitale sociale della società affidataria (per il restante 51% appartenente ad altro Comune e per il 46% ad una impresa pubblica), e questa si ravvisa un rapporto di *in house providing* in assenza di ogni altro elemento che concorra a soddisfare il requisito del « controllo analogo »; Id., 6 febbraio 2003, n. 637, *ivi*, 2003, 576; Id., 6 maggio 2002, n. 2418, in *Cons. St.*, 2002, I, 1045; Id., Sez. V, 30 aprile 2002, n. 2297, in *www.LexItalia.it*; Tar Puglia, Lecce, Sez. II, 21 aprile 2004, n. 2549, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 849 con nota di A. MASSERA; Tar Campania, Sez. I, 30 marzo 2005, n. 2784, cit.

nere che l'unico socio imponga la propria volontà nelle decisioni gestionali della propria struttura, volgendola al perseguimento del suo pubblico interesse che è la causa giuridica della creazione dell'organizzazione *in house* come ente strumentale, ed è del pari normale rilevare in concreto una destinazione prevalente dell'attività di tale organizzazione a favore o per conto dell'unico socio.

Nel caso di pluralità di amministrazioni aggiudicatrici, l'accertamento dell'esercizio di un « controllo analogo » da parte del singolo affidatario richiede una più attenta analisi dei suoi reali poteri di ingerenza sulle decisioni dell'ente *in house* affidatario. La risposta negativa nei casi *Teckal* e *Coname* deriva dall'assenza di ogni prova di controllo analogo diversa dalla semplice titolarità in capo all'ente territoriale aggiudicante di una quota di partecipazione ad una società interamente pubblica rispettivamente dello 0,9% e dello 0,97% del capitale sociale, che è stata ritenuta del tutto inadeguata (43). Le conclusioni permangono negative ove sia presa in considerazione (44) la norma statutaria che consente la futura apertura del capitale sociale alla partecipazione minoritaria di soci privati (non oltre il 49%), poiché ad essa sarà applicabile la disciplina sui partenariati pubblico-privati (*infra* § 5).

La necessità di una partecipazione pubblica totalitaria al capitale dell'ente *in house* può essere intesa come limite che impedisce ogni possibilità di azionariato diffuso o di collocazione in borsa di società di gestione di servizi pubblici con affidamento *in house* (senza gara). Letteralmente occorre ricordare tuttavia che soprattutto nel diritto nazionale la partecipazione pubblica totalitaria e il controllo analogo sono due requisiti distinti che non possono essere tra essi confusi (art. 113, comma 4, lett. a) e comma 5, lett. c), d.lgs. n. 267 del 2000) e che la relazione *in house* nel

(43) Concl. Avv. Gen. G. Cosmas, 1 luglio 1999, C-107/98, *Teckal S.r.l. c. Comune di Viano e A.G.A.C.*, § 16 ss.; Tar Lombardia, Sez. Brescia, ord. 14 maggio 2003, n. 681, con soluzione anticipata dal medesimo Tar Lombardia, Sez. Brescia, 30 agosto 2000, n. 675, in *Trib. amm. reg.*, 2000, I, 2987 ss. sull'illegittimità della convenzione tra due Comuni per l'utilizzo associato della società per azioni controllata da uno di essi ed incaricata della gestione di un servizio pubblico locale a suo favore.

(44) Cons. Stato, Sez. V, 25 giugno 2002, n. 3448, in www.giustizia-amministrativa.it.

diritto comunitario si afferma a prescindere da una partecipazione totalitaria pubblica.

La soluzione opposta impedirebbe alle amministrazioni aggiudicatrici di procedere ad una dismissione del capitale sociale non rilevante per il controllo strutturale senza interrompere l'affidamento *in house*: così come è avvenuto per l'ENEL, le Poste Italiane, le Ferrovie dello Stato (45).

In sede teorica occorre riconoscere che l'accertamento del permanere del « controllo analogo » anche in presenza di una partecipazione « esterna » interessa la qualificazione — come *in house* — del rapporto tra amministrazione controllante e società partecipata da un capitale eterogeneo (« società mista »), più precisamente se permane il controllo analogo delle amministrazioni pubbliche che hanno affidato alla società così partecipata la produzione di prestazioni di beni e servizi senza esperire una gara.

La posizione economica che acquisisce il privato in società pone ulteriori problemi di tutela della concorrenza nella fase di scelta del contraente (« per il mercato ») ove la partecipazione sia associata ad un appalto o concessione di prestazioni alla società (su cui si rinvia *infra*, § 5) (46), più precisamente si tratta in questo caso del rapporto giuridico della società con il privato che è

(45) La cessione anche totale delle quote partecipative dell'ente locale non pregiudica infatti gli affidamenti se non incide sulla permanenza del controllo analogo: Concl. dell'Avv. gen. L.A. Geelhoed, 12 gennaio 2006, causa C-410/04, *ANAV c. Com. Bari*, § 18; ma cfr. art. 113, comma 12, d.lgs. n. 267 del 2000. Precluso l'accesso all'azionariato diffuso, residua solo la possibilità di realizzare partecipazioni incrociate tra società tutte in mano pubblica, aprendo il problema della qualificazione giuridica delle società cessionarie dei pacchetti azionari pubblici, che siano a loro volta partecipate da soggetti privati: ad es. nel 2003 sono state cedute quote di ENEL, ENI e Poste Italiane alla Cassa Depositi e Prestiti S.p.a., il cui 30% è stato a sua volta ceduto a 65 Fondazioni bancarie.

(46) La distinzione non pare chiara nella motivazione della Corte sul caso *Stadt Halle*, ove il corretto rilievo che la partecipazione al capitale « offrirebbe ad un'impresa privata... un vantaggio rispetto ai concorrenti » assume rilevanza ai fini della valutazione del controllo analogo, che è questione affatto differente: C. giust. CE, 11 gennaio 2005, C-26/03, *Stadt Halle e TREA Leuna*, cit., § 51; Cons. Stato, Sez. V, 1 luglio 2005, n. 3672, cit. *Contra*, per l'inapplicabilità delle procedure di gara ai contratti associativi: G. CAIA, *Società a prevalente capitale pubblico locale: scelta dei soci e procedure di affidamento del servizio*, in *Nuova rass.*, 1995, 1082 ss.

sottoposto dal diritto comunitario alla disciplina sulla concorrenza, proprio perché trattasi di un'organizzazione *in house* o di un organismo di diritto pubblico.

Il « controllo analogo » è espressione che individua i poteri di influenza o ingerenza di cui necessita l'amministrazione controllante per garantire il « perseguimento degli obiettivi di interesse pubblico », che sono la causa della costituzione del rapporto *in house providing*. La titolarità del 100% del capitale dell'ente strumentale può consentire di presumere che i poteri di controllo sussistano in capo al socio unico affidante, soprattutto ove risulti che l'attività sia svolta per conto o a favore dello stesso unico socio (47).

Qualunque partecipazione di soggetti terzi, siano essi enti pubblici ed ancor più se organizzazioni private, di per sé pone in forse la presunzione ed apre di necessità alla verifica della sussistenza o permanenza del controllo analogo da parte dei soci che

(47) Secondo le Concl. Avv. Gen. J. Kokott, 1 marzo 2005, causa C-458/03, *Parking Brixen GmbH*, § 74-75: « Se l'amministrazione aggiudicatrice è azionista unico della sua società controllata, allora i suoi interessi e quelli della società controllata possono in linea di principio essere considerati sostanzialmente coincidenti, anche qualora la società controllata sia organizzata in forma di società per azioni o a responsabilità limitata, dato che l'azionista unico partecipa al 100% degli utili realizzati e può autonomamente decidere sul loro impiego. Laddove non sia necessario tenere conto degli interessi economici di terzi privati, dato che la pubblica amministrazione detiene il 100% delle quote societarie, l'affermazione dell'interesse pubblico all'interno della società è garantita anche senza un potere direttivo in senso tecnico già con gli strumenti del diritto societario e, in particolare, per mezzo della presenza all'interno degli organi societari del rappresentante nominato esclusivamente dalla pubblica amministrazione. Difatti risulterebbe alquanto insolito che tali organi, che, di regola, si caratterizzano anche per lo stretto legame personale con la pubblica amministrazione, si discostassero nella gestione degli affari di ordinaria amministrazione dalle direttive impartite dall'ente locale che li ha nominati in misura tale da poter pregiudicare la realizzazione degli obiettivi stabiliti nell'interesse generale. Inoltre i rappresentanti dovrebbero temere per l'avvenire la revoca o, in ogni caso, la non riconferma del loro mandato »; C. giust. CE, Sez. VI, 16 ottobre 2003, C-283/00, *Commissione Ce c. regno di Spagna*, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2003, 3544 ss., con nota di D. CASALINI, *Appalti pubblici e organizzazioni in house: un caso spagnolo*. *Contra*, Cons. Stato, Sez. V, 22 aprile 2004, n. 2316, cit., che solleva la questione interpretativa innanzi alla Corte di giustizia nel caso di un Comune unico socio del produttore *in house*.

sono amministrazioni affidanti (48). È stato negato il controllo analogo in una società a prevalente capitale pubblico (51%) ove al socio privato sia attribuito un « diritto di veto » su deliberazioni aventi ad oggetto « l'aumento o la riduzione del capitale sociale, la modifica dell'oggetto sociale come descritto nello Statuto, la fusione ovvero l'alienazione o la divisione di quote della società », rafforzato dal potere di nomina di uno dei due amministratori, ai quali spettano « congiuntamente la gestione e la rappresentanza dell'impresa nelle relazioni interne ed esterne e che hanno poteri di firma congiunta » (49).

Il controllo analogo dell'organizzazione *in house* è più incisivo e si distingue dal requisito dell'influenza pubblica dominante richiesta per la qualificazione dell'organismo di diritto pubblico (50), ove è stato ritenuto sufficiente il potere ministeriale di scioglimento della società e di nomina dei liquidatori (51).

(48) Infatti « qualora un terzo privato sia socio di un'impresa, anche se in forma di mera partecipazione di minoranza, il fatto che la pubblica amministrazione debba tenere conto degli interessi economici di questi può costituire un impedimento alla piena realizzazione degli obiettivi propri dell'interesse pubblico » (Concl. Avv. Gen. J. Kokott, 1 marzo 2005, causa C-458/03, *Parking Brixen GmbH*, § 74), ponendo l'esigenza di accertare se i poteri che residuano in capo all'amministrazione aggiudicatrice le consentono l'effettivo esercizio di un controllo analogo.

(49) Le attività degli amministratori delegati non sono delimitate da delibere preventive dell'assemblea generale. Siffatti poteri del socio privato escludono il controllo analogo da parte del Comune di Mödling che, disponendo della maggioranza dei voti dell'assemblea generale, mantiene il potere di assumere autonomamente le deliberazioni e di destituire gli amministratori (Concl. Avv. Gen. L.A. Geelhoed, 21 aprile 2005, causa C-29/04, *Commissione CE c. Repubblica d'Austria*, § 36, 39 e 46 ss.).

(50) Oltre alla sentenza in commento: C. giust. CE, 15 ottobre 2005, C-458/03, *Parking Brixen GmbH*, cit.; C. giust. CE, 11 gennaio 2005, C-26/03, *Stadt Halle e TREA Leuna*, cit.; C. giust. CE, 18 novembre 1999, causa C-107/98, *Teckal S.r.l. c. Comune di Viano e AGAC*, cit.; Concl. Avv. Gen. L.A. Geelhoed, 21 aprile 2005, causa C-29/04, *Commissione CE c. Repubblica d'Austria*, cit.

(51) In caso di gravi irregolarità, colpa grave nella gestione, carenza degli organi di vertice (art. L422-7 del *Code de la construction et de l'habitation*) o se l'organismo gestisce meno di 1500 alloggi, ne ha costruiti meno di 500 o ha concesso meno di 300 mutui (art. L423-1 del *Code*), oltre al potere ministeriale di ingiungere con decreto la cessione degli alloggi che eccedono il numero di 50000 (art. L423-2 del *Code*), e ai poteri di ispezione della commissione interministeriale

Il « controllo analogo » è un controllo strutturale per il quale può non essere sufficiente il controllo della maggioranza assembleare, o il potere di nomina della maggioranza dei componenti gli organi di amministrazione della società ove i poteri siano conferiti ad un amministratore delegato che è stato scelto (designato) dai soci privati a cui risponde della gestione, poiché occorre pervenire a provare che gli enti territoriali affidanti dispongono di penetranti poteri di indirizzo sull'amministrazione dell'organizzazione *in house* (52).

È noto che di per sé la partecipazione di maggioranza al capitale sociale può non garantire affatto la nomina della maggioranza degli amministratori, né un'effettiva influenza sull'operato di questi (53); analogamente la nomina degli organi di amministrazione può non assicurare all'amministrazione affidante adeguati poteri di influenza su tali organi (54), tenuto conto della partecipazione e dei poteri di gestione riconosciuti al partner privato (55).

(C. giust. CE, 1° febbraio 2001, C-237/99, *Commissione CE c. Repubblica francese*, in *Dir. pub. comp. eur.*, 2001, 934 ss. con nota di S. CAMPAILLA); talune indicazioni possono trarsi da C. giust. CE, 27 febbraio 2003, C-373/00, *Adolf Truley GmbH c. Bestattung Wien GmbH*, sul controllo sulla gestione che soddisfa il requisito dell'influenza pubblica dominante nei confronti di un organismo di diritto pubblico; sia consentito rinviare a D. CASALINI, *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house*, cit., 135 ss. e 257 ss.

(52) C. giust. CE, 7 dicembre 2000, causa C-94/99, *ARGE Gewässerschutz c. Bundesministerium für Land-und Forstwirtschaft*, in *www.curia.eu.int*; Concl. Avv. Gen. L.A. Geelhoed, 21 aprile 2005, causa C-29/04, *Commissione CE c. Repubblica d'Austria*, cit.; C. giust. CE, 15 ottobre 2005, C-458/03, *Parking Brixen GmbH*, § 64 ss.; Cons. Stato, Sez. V, 22 aprile 2004, n. 2316, cit.; G. CAIA, *Autonomia territoriale e concorrenza nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, § 5.3. *Contra* Tar Campania, Sez. I, 30 marzo 2005, n. 2784, in *Foro amm.-Tar*, 2005, 1164 ss. con nota di O.M. CALSOLARO, *In House providing: il Tar Napoli interpreta il concetto di controllo analogo*, ove la nomina della maggioranza del consiglio di amministrazione e del collegio sindacale, unitamente al controllo dell'assemblea, sono ritenuti sufficienti ad integrare il controllo analogo.

(53) C. giust. CE, 18 novembre 1999, causa C-107/98, *Teckal S.r.l. c. Comune di Viano e AGAC*, cit. e la pronuncia in commento.

(54) C. giust. CE, 15 ottobre 2005, C-458/03, *Parking Brixen GmbH*, cit., § 67.

(55) C. giust. CE, 11 gennaio 2005, C-26/03, *Stadt Halle e TREA Leuna*, cit.,

Il controllo analogo deve essere tale da garantire all'amministrazione aggiudicatrice la « possibilità di influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti » dell'ente *in house*, che si presume esclusa da un oggetto sociale ampio ed eterogeneo (56), dall'apertura della società a capitali esterni, dall'« espansione territoriale delle attività della società a tutta l'Italia e all'estero », dai « considerevoli poteri conferiti al Consiglio di amministrazione, senza che in pratica venga esercitato alcun controllo gestionale da parte del comune » (57).

Nell'ordinamento giuridico nazionale la riforma del diritto societario (58) ha ulteriormente ridotto i poteri gestori dell'assem-

§ 19 e 49; Concl. Avv. Gen. L.A. Geelhoed, 21 aprile 2005, causa C-29/04, *Commissione CE c. Repubblica d'Austria*, cit.

(56) In C. giust. CE, 22 luglio 2005, C-231/03, *Coname c. Com. Cingia de' Botti*, cit., si rileva che « la società ha cominciato ad operare in nuovi importanti settori, in particolare quelli del trasporto di persone e merci, dell'informatica e delle telecomunicazioni », conservando « la vasta gamma di attività precedentemente esercitate dall'azienda speciale, tra cui quella di adduzione dell'acqua e di depurazione delle acque reflue, di fornitura di calore ed energia, di smaltimento dei rifiuti e di costruzione di strade ».

(57) Si tratta della trasformazione della ASM Bressanone da azienda speciale in società per azioni: C. giust. CE, 15 ottobre 2005, C-458/03, *Parking Brixen GmbH*, cit., § 65-67; Concl. Avv. gen. C. Sixt-Hackl, 12 gennaio 2006, C-340/04, *Carbotermo c. Com. Busto Arsizio*, § 52 ss.

(58) Il d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6 ha riscritto il Capo V del Titolo III del Libro V del codice civile: sul punto F. GALGANO, *Diritto commerciale. Le società*, Bologna, 2003, 263 e 297 ss. e Id., *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, vol. XXIX, Padova, 2003, 197 ss. e 243 ss.; G. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, Torino, 2004; F. BONELLI, *Gli amministratori di S.p.a. dopo la riforma delle società*, Milano, 2004; B. PETRAZZINI, P. MONTALENTI, N. ABRIANI, M.C. BREIDA, in G. COTTINO, G. BONFANTE, O. CAGNASSO, P. MONTALENTI (diretto da), *Il nuovo diritto societario*, Bologna, 2004, 469 ss., 664 ss. e 669 ss., 1117 ss.; C. MONTAGNANI, G.D. MOSCO, A. GUACCERO, in G. NICCOLINI, A. STAGNO D'ALCONTRES (a cura di), *Società di capitali. Commentario*, Napoli, 2004, 446 ss., 579 ss., 865 ss.; M. SANDULLI, V. SANTORO (a cura di), *La riforma delle società*, Torino, 2003, 251 ss., 388 ss., 673 ss. e ulteriore bibliografia ivi indicata. G. SIGISMONDI, *Le società miste nella disciplina dell'art. 35, l. 20 dicembre 2001, n. 448*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2003, 32 ss.; A. PERICU, *Servizi pubblici locali e diritto comunitario*, in *Riv. giur. quad. pubbl. serv.*, 2003, 80; R. URSI, *Riflessioni sulla governance della società in mano pubblica*, in questa Rivista, 2004, 747 ss. e Id., *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica tra outsourcing e in house providing*, ivi, 2005, 202 ss., rileva che l'abrogazione della norma di cui all'art. 2364, comma 1, n. 4), c.c. ha privato l'amministrazione terri-

blea a vantaggio di quelli degli amministratori (artt. 2364 e 2380-bis, 2409-novies c.c.), evidenziando un più netta scissione tra proprietà (partecipazione al capitale sociale) e gestione (riservata esclusivamente agli organi di amministrazione) che conferma che ai fini del controllo analogo può essere del tutto insufficiente il potere di nomina della maggioranza dei componenti gli organi di amministrazione, ancor più ove accompagnata dalla stipulazione di patti parasociali (poiché il vincolo riguarda i soci e non direttamente gli organi di amministrazione), sia esso fondato sulla partecipazione al capitale, o su specifiche previsioni statutarie (*ex* artt. 2449 e 2450 c.c.).

Sempre al fine della definizione del controllo analogo, richiede una più attenta verifica la presenza di una situazione di controllo ai sensi del diritto commerciale (art. 2359 c.c.) (59), la

toriale controllante di uno strumento per la « trasfusione immediata delle valutazioni di strategia », espresse negli indirizzi di cui all'art. 42, comma 2, lett. g), d.lgs. n. 267 del 2000, in atti di gestione della società partecipata; v. anche F. FRACCHIA, *La costituzione delle società pubbliche e i modelli societari*, in *Dir. econ.*, 2004, 607 ss.

(59) Il patto parasociale vincola l'esercizio del diritto di voto e ha ad oggetto il contenuto delle deliberazioni assembleari, potendo determinare la nomina degli organi di amministrazione: Cass., Sez. I, 23 novembre 2001, n. 14865, in *Riv. not.*, 2002, 1049 ss. con nota di C. VOCATURO, *Patti parasociali: validi anche se relativi alla nomina degli organi sociali e a tempo indeterminato*; in dottrina v. anche D. CREMASCO, L. LAMBERTINI, *Governo delle imprese e patti parasociali*, Padova, 2004; P. FIORIO, *Commento agli artt. 2341-bis e 2341-ter*, in G. COTTINO, G. BONFANTE, O. CAGNASSO, P. MONTALENTI (diretto da), *Il nuovo diritto societario*, Bologna, 2004, 132 ss.; F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, Padova, 2004, vol. III, tomo II, 92 ss.; V. DONATIVI, *Commento agli artt. 2341-bis e 2341-ter*, in G. NICCOLINI, A. STAGNO D'ALCONTRES (a cura di), *Società di capitali. Commentario*, Napoli, 2004, 155 ss.; M. SANDULLI, V. SANTORO (a cura di), *La riforma delle società*, Torino, 2003, 84 ss. e ulteriore bibliografia ivi indicata; A. PAVONE LA ROSA, *I patti parasociali nella nuova disciplina delle società per azioni*, in *Giur. comm.*, 2004, I, 5 ss.; R. COSTI, *I patti parasociali e il collegamento negoziale*, ivi 2004, I, 200 ss.; B. MEDI, S. SICA, *I patti parasociali nella riforma del diritto societario*, ivi, 2003, I, 590 ss.; R. LENER, *Appunti sui patti parasociali nella riforma del diritto societario*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, 45 ss.; G. SBISÀ, *La disciplina dei patti parasociali nella riforma del diritto societario*, in *Nuova giur. civ.*, 2004, II, 481 ss.; B. LIBONATI, *Assemblea e patti parasociali*, in *Riv. dir. comm.*, 2002, I, 463 ss.; G. RAGUSA MAGGIORE, *Patti parasociali e procedure di privatizzazione*, in *Dir. fallim.*, 2002, I, 141 ss.; R. ALGHISI, *La disciplina dei patti parasociali*, in *Impresa*, 2003, 646 ss.; A. GRIECO, *Patti parasociali e riforma societaria*, in *Giust. civ.*, 2003, II, 525 ss.; G. RIOLFO, *I patti*

previsione statutaria del potere di approvazione o di veto (60) su determinate deliberazioni sociali dell'assemblea oppure — ove lo si ritenga compatibile con il diritto societario — dei singoli soci.

I maggiori problemi alla nozione di controllo analogo derivano — per tutt'altra ragione — dalla disciplina sulla responsabi-

parasociali, Padova, 2003; G. SEMINO, *I patti parasociali nella riforma delle società di capitali: prime considerazioni*, in *Società*, 2003, 345 ss.; S. D'ANDREA, G. GUFFANTI (a cura di), *Requisiti, validità ed efficacia dei nuovi patti parasociali*, in *Dir. pratica soc.*, 2003, fasc. 22, 11 ss.; R. TORINO, *Note in tema di efficacia dei patti parasociali di blocco e di contendibilità del controllo societario nell'ordinamento giuridico italiano e francese*, in *Riv. dir. comm.*, 1999, I, 717 ss. R. URSI, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica tra outsourcing e in house providing*, cit., 205-206. Ritengono invece idonea allo scopo la stipulazione di patti parasociali: S. COLOMBARI, « *Delegazione interorganica* » ovvero « *in house providing* » nei servizi pubblici locali, cit., 1148 e Tar Lombardia, Sez. III, 16 ottobre 2003, n. 4807, in *Foro amm.-Tar*, 2003, 2855 ss.

(60) Cfr. Circolare del Ministero dell'Ambiente e della tutela del territorio 6 dicembre 2004, *Affidamento in house del servizio idrico integrato*, in *Edilizia e territorio*, 2004, 32 ss.; S. COLOMBARI, « *Delegazione interorganica* » ovvero « *in house providing* » nei servizi pubblici locali, cit., 1147-1148, ritiene adeguate allo scopo anche forme di consultazione tra enti locali e organo di amministrazione della società o l'attribuzione ai primi di poteri ispettivi; Tar Lombardia, Sez. Brescia, 4 aprile 2001, n. 222, in *Giorn. dir. amm.*, 2001, 1127. La previsione statutaria di poteri speciali del socio pubblico (c.d. *golden share*) è ritenuta inammissibile ove precluda a terzi l'acquisizione di una partecipazione al capitale privatizzato di ex-imprese pubbliche, in violazione della libertà di circolazione dei capitali e di stabilimento, salva la sussistenza di ragioni di interesse pubblico generale: C. giust. CE, 13 maggio 2003, C-98/01, *Commissione CE c. Regno Unito*, sull'illegittimità dei poteri speciali conservati a favore dello Stato britannico nei confronti della British Airports Authority, che possiede e gestisce sette aeroporti internazionali nel Regno Unito, già privatizzata in virtù dell'Airports Act 1986 dell'8 luglio 1986, nella parte in cui limitano i diritti di voto acquisibili con l'acquisizione di quote azionarie; Id., 4 giugno 2002, cause C-367/98, *Commissione CE c. Repubblica portoghese*, C-483/99, *Commissione CE c. Repubblica francese*, e C-503/99, *Commissione CE c. Regno del Belgio*; Concl. Avv. Gen. A. Tizzano, 22 gennaio 2004, C-42/01, *Repubblica portoghese c. Commissione CE*; non attengono invece all'attribuzione di poteri speciali d'ingerenza le Concl. Avv. Gen. J. Kokott, 3 marzo 2005, C-174/04, *Commissione CE c. Repubblica Italiana*, ove si propende per l'illegittimità della norma nazionale italiana (art. 1, d.l. 25 maggio 2001, n. 192, conv. in l. 20 luglio 2001, n. 301) che sospende i diritti di voto dei pacchetti azionari di imprese di approvvigionamento di energia elettrica e gas, detenuti da imprese controllate da altri Stati membri operanti nel medesimo settore, dettata al fine di impedire l'accesso al mercato italiano delle francesi EDF e GDF; P. MANZINI, *Note sulle « relazioni pericolose » tra Stato e imprese nel quadro del diritto comunitario*, in *Dir. Unione europea*, 2002, 487 s.

lità conseguente ai poteri di direzione e coordinamento di una controllante (art. 2497-*septies* c.c., introdotto dall'art. 5, d.lgs. 6 febbraio 2004, n. 37), su cui non appare possibile soffermarsi, se non per concludere che nelle strutture complesse, soprattutto nelle società di capitali — ove risulta crescente l'importanza della disciplina statutaria — ciò che conta è la *risultante relativa* dei poteri delle amministrazioni affidanti, con riferimento a quella società ed in ragione di determinati affidamenti, complesso di poteri dai quali deve risultare provato un controllo analogo degli affidanti sull'amministrazione dell'organizzazione *in house*, non importa poi se tali poteri sono di diritto pubblico o di diritto privato, una pluralità mista oppure omogenea degli stessi. In tal senso relativo debbono essere interpretate le affermazioni che ogni qualvolta dichiarano l'insufficienza dei poteri di diritto privato oppure di altre posizioni ritenute utili ad altro fine e per altra disciplina.

Il controllo analogo è relativo: anche un'eccessiva parcellizzazione delle quote di capitale non impedisce il permanere di un rapporto *in house providing* tra l'ente affidatario e i soci affidanti, ma impone che dal punto di vista di quest'ultimi gli stessi risultino titolari di poteri idonei a condizionare le scelte del produttore *in house*. Ove soltanto talune tra le amministrazioni aggiudicatrici partecipino al controllo analogo, il rapporto *in house providing* gioverà solo a quest'ultime, mentre ad altri enti pubblici sarà precluso, senza gara, ogni affidamento all'organizzazione *in house*, anche ove gli stessi siano soci.

Per il diritto comunitario è irrilevante se il controllo analogo sia esercitato dall'ente territoriale direttamente o attraverso partecipazioni intermedie come le società holding (61), ma la prospet-

(61) Da ultimo è paradigmatico il caso della Città di Halle che controllava il 75,1% del capitale della società sulla cui qualificazione come ente *in house* si discuteva (c.d. società « pronipote »), per il tramite di due società holding l'una partecipata al 100% dall'ente locale (c.d. società « figlia ») e l'altra avente questa come unico socio (c.d. società « nipote »): Concl. dell'Avv. Gen. C. Sixt-Hackl, 23 settembre 2004, in causa C-26/03, *Stadt Halle c. TREA Leuna*, § 6 ss. e 59; sul punto è pendente presso la Corte di giustizia la questione pregiudiziale (C-340/04) sollevata da Tar Lombardia, con ordinanza 27 maggio 2004, sulla legittimità dell'affidamento diretto di forniture tramite società *holding* su cui v. già le Concl. Avv. gen. C. Sixt-Hackl, 12 gennaio 2006, C-340/04, § 22 ss.; condivide la possibilità di

tazione lascia ancora irrisolta la questione se sia necessaria la partecipazione alla società *in house* dell'ente territoriale affidatario, perché assume rilievo il secondo requisito dell'organizzazione *in house*: il limite dell'attività prevalente della società a favore o per conto degli enti pubblici controllanti.

4. È certo che la parte principale dell'attività dell'organizzazione *in house* deve essere destinata all'ente o agli enti territoriali che esercitano il controllo analogo (62). Ove vi sia una pluralità di amministrazioni controllanti, si può ritenere che la destinazione principale debba essere valutata rispetto al complesso degli enti controllanti, sommando le prestazioni che il produttore *in house* svolge nei confronti o per conto di ciascun ente che esercita un « controllo analogo », poiché ciò è sufficiente a negare all'organizzazione *in house* il principale carattere dell'autonomia imprenditoriale, cioè la sua capacità di destinare liberamente al mercato i propri prodotti, operando esclusivamente nell'interesse economico delle organizzazioni controllanti.

Si può affermare che lo schema causale dell'organizzazione *in house* appare differente rispetto alla definizione del contratto di società indicato dal nostro ordinamento (art. 2247 c.c.) secondo il quale il conferimento di beni o servizi avviene da parte dei soci per l'esercizio in comune dell'attività economica ed allo scopo principe di dividerne gli utili, ove per economica si intende qualsiasi produzione di utilità liberamente offerta nel mercato dei prodotti. La ragione istitutiva o causa giuridica dell'organizzazione *in*

partecipazione indiretta S. COLOMBARI, « *Delegazione interorganica* » ovvero « *in house providing* » nei servizi pubblici locali, cit., 1145. Ma Tar Toscana, Sez. I, 15 gennaio 2001, n. 25, poi annullata per motivi processuali da Cons. Stato, Sez. V, 24 settembre 2001, n. 5004, ha escluso che la partecipazione indiretta giustificasse l'affidamento diretto di prestazioni. Può essere utile rammentare che la partecipazione indiretta è invece pacificamente ammessa per la qualificazione di un ente come organismo di diritto pubblico: da ultimo C. giust. CE, Sez. VI, 16 ottobre 2003, C-283/00, *Commissione CE c. regno di Spagna*, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2003, 3544 ss.

(62) Concl. Avv. Gen. P. Lèger, 15 giugno 2000, causa C-94/99, *ARGE Gewässerschutz c. Bundesministerium für Land-und Forstwirtschaft*, § 65-66, 75 e 79-80.

house è l'esercizio in comune di una attività principale di produzione per conto o a favore degli enti pubblici controllanti, senza perciò negare i caratteri propri di una organizzazione economica (63).

Il requisito dell'attività principale determina inoltre il venire meno della ragione istitutiva dell'ente *in house* ogni qualvolta venga a cessare la necessaria domanda di beni e servizi proveniente dai soci controllanti, per dismissione del servizio pubblico, per mancato rinnovo dell'affidamento, o per cessazione della qualità di socio degli enti affidanti. Il requisito dell'attività principale evidenzia una dipendenza economico-giuridica (causa) dell'organizzazione *in house* che completa quella decisionale del « controllo analogo », e che dimostra l'appartenenza dell'ente *in house* all'organizzazione pubblica dell'amministrazione controllante.

L'organizzazione *in house* non solo non può svolgere in via principale qualsiasi attività economica, ma si caratterizza anzitutto per la produzione di attività che è istituzionale degli enti pubblici controllanti, o ad essa servente, che è perciò delimitata dall'ordinamento secondo la cura dei bisogni attribuiti dalla legge alla competenza di un determinato ente pubblico (es. servizi pubblici), dell'ente pubblico che ha inteso divenire socio di controllo dell'organizzazione *in house*.

L'attività principale e l'oggetto sociale dell'organizzazione *in house* non sono dunque liberamente scelti dai soci in ragione del maggiore utile economico che una determinata scelta d'impresa possa assicurare alla società e poi ai soci stessi.

L'interesse del socio alla produzione *in house* — anche ove si tratti di attività rivolta agli utenti (servizi pubblici) — è *ex lege* vincolato alla soddisfazione dei fini pubblici attribuiti alla cura dell'ente pubblico socio; ancor più l'ordinamento impone come limite esterno dell'organizzazione *in house* che l'attività prevalente sia svolta per conto gli enti pubblici controllanti, configurando così un carattere dell'organizzazione *in house* come im-

(63) Ove si tratti di società per azioni si applicano le disposizioni di riduzione del capitale per perdite, che oltre il limite legale determinino l'obbligo di ricapitalizzare sotto pena di scioglimento (artt. 2447 e 2448 c.c.).

prenditore non rivolto in via principale a qualsiasi mercato di beni o servizi, introducendo così una limitazione forte che consente di definirla quanto meno come impresa dimezzata, addirittura come non imprenditore (es. artt. 2602 ss. c.c.) ove sia preclusa del tutto dalla legge o dallo statuto dell'organizzazione *in house* ogni produzione per conto o a favore di enti non di controllo.

Il carattere principale dell'attività svolta è da valutarsi in concreto: può essere considerato in misura quantitativa come prevalenza del volume d'affari effettivamente realizzato per i soci di controllo, oppure qualitativamente con attenzione alle attività affidate dagli enti pubblici soci (attività principale) rispetto ad altre che sono complementari, sussidiarie alla prima (64).

La definizione qualitativa è diventata *jus receptum* nella disciplina degli appalti pubblici, ove la disciplina applicabile al contratto di appalto c.d. misto (es. di lavori e forniture, o di forniture e servizi) è individuata in ragione della prestazione principale dedotta dalle parti in contratto (art. 1, § 2, lett. d), direttiva CE n. 18/2004, già XVI considerando della direttiva CE n. 92/50) a prescindere dalla circostanza che la stessa assuma un valore economico prevalente.

Con riferimento al limite quantitativo, in assenza di una percentuale minima *ex lege* di attività che integra la destinazione principale, il riferimento naturale è ad un volume di attività che superi il 50%, pur dovendosi considerare le differenti espressioni utilizzate dagli Avvocati generali per definire il requisito in esame (65). Si è altresì proposto (66) di quantificare la prevalenza

(64) Come propone l'Avv. Gen. J. Kokott nelle Conclusioni del 1 marzo 2005, causa C-458/03, *Parking Brixen GmbH*, § 83: « il contraente dell'amministrazione aggiudicatrice deve svolgere dal punto di vista sia *quantitativo* che *qualitativo* la maggior parte della sua attività per l'amministrazione o per le amministrazioni aggiudicatrici che la controllano. Un primo indizio in tal senso può essere costituito dalla quota del volume d'affari realizzato da tale società con gli appalti affidatili dal suo azionista pubblico. Inoltre, nel caso in cui un'impresa sia presente con la sua attività in numerosi settori, bisognerà accertare in quanti di questi settori d'attività tale impresa eserciti la maggior parte della sua attività per il suo azionista pubblico e quale importanza ciascuno di tali settori rivesta per l'impresa suddetta »; Tar Campania, Sez. I, 30 marzo 2005, n. 2784, cit.

(65) Nelle Concl. Avv. Gen. C. Sixt-Hackl, 23 settembre 2004, in causa

nella misura dell'80% del fatturato in analogia alla definizione di affidamento diretto ad imprese collegate di cui alla Direttiva CE n. 93/38, art. 13, (poi Direttiva CE, n. 2004/17, cit., art. 23, § 3,) ma l'ipotesi è stata persuasivamente esclusa, a conferma della differenza tra l'*in house providing* e le singole eccezioni alla regola di gara disciplinate dalle direttive comunitarie sugli appalti pubblici (67).

Alternativamente si può prendere in considerazione ogni singolo settore isolatamente e ritenere sussistente il rapporto *in house* limitatamente a quelli in cui l'attività destinata all'amministrazione controllante è prevalente. La prospettazione ha il pregio di impedire il fenomeno dei c.d. sussidi incrociati (o sussidiazione incrociata) tra settori di attività oggetto del rapporto *in house* (riservati in via esclusiva all'ente produttore) e settori di attività in cui l'ente *in house* opera sul mercato come un qualsiasi imprenditore. Si evita così che un vantaggio economico derivante dall'essere produttore *in house* venga sfruttato in settori di produzione diversi, falsandone la concorrenza, conformemente a quanto imposto dalle direttive della Commissione CE 26 luglio 2000, n. 2000/52/CE, *che modifica la direttiva 80/723/CEE relativa alla trasparenza delle relazioni finanziarie fra gli Stati membri e le*

C-26/03, *Stadt Halle c. TREA Leuna*, § 88, 90-91 si rileva che « dalle conclusioni dell'avvocato generale Léger emerge il seguente quadro: da un lato, l'avvocato generale si fonda sulla "quasi-exclusivité" delle prestazioni fornite, mentre nella versione tedesca si incontra l'espressione "sämtliche Dienstleistungen" [tutte le prestazioni di servizi]. Dall'altro, l'avvocato generale fa leva sulla versione dell'eccezione Teckal nella lingua processuale, che è l'italiano, e usa le espressioni "en grande partie", che nella versione tedesca viene reso con "im Wesentlichen" [sostanzialmente], o "la plus grande partie de leur activité" ("la parte più importante della propria attività") », rilevando inoltre che in assenza di « alcuna indicazione circa il metodo di calcolo della quota, non è scontato che a tal fine assuma rilievo esclusivo il fatturato ».

(66) S. COLOMBARI, « *Delegazione interorganica* » ovvero « *in house providing* » nei servizi pubblici locali, cit., 1149; G. CAIA, *Autonomia territoriale e concorrenza nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali*, in www.giustizia-amministrativa.it, § 5.3.

(67) Concl. dell'Avv. Gen. C. Sixt-Hackl, 23 settembre 2004, in causa C-26/03, *Stadt Halle e TREA Leuna*, § 92 ss. e 12 gennaio 2006, in causa C-340/04, *Carbotermo c. Com. Busto Arsizio*, § 87 ss.

loro imprese pubbliche e 28 novembre 2005, n. 2005/81/CE (68).

L'applicazione del criterio scompone tuttavia il rapporto tra amministrazione controllante ed ente produttore soggetto al controllo analogo in tanti rapporti quanti sono i settori di attività in cui l'ente opera: con la conseguenza di ritenere che solo alcuni rapporti possono essere *in house*. La diversa qualificazione del soggetto in ragione del settore di attività considerato, tuttavia, potrebbe collidere con il principio già enunciato dalla Corte di giustizia per l'organismo di diritto pubblico, ove si è esclusa una qualificazione mutevole del medesimo soggetto in ragione del tipo di attività svolta (69).

(68) In generale, per impedire forme illegittime di sussidiazione incrociata (cioè non espressamente autorizzate dalla legislazione nazionale come modalità di remunerazione delle attività di servizio pubblico svolte sottocosto in settori di mercato non redditizi) alle imprese che fruiscono di diritti speciali o esclusivi *ex art. 86, § 1, TCE* o che sono incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale *ex art. 86, § 2, TCE* e pertanto sono destinatarie di aiuti di Stato per l'erogazione degli stessi e che svolgono anche attività in settori differenti è previsto l'obbligo di tenere una contabilità separata: l'art. 2, § 1, lett. d), direttiva n. 2000/52/CE, come mod. dalla direttiva n. 2005/81/Ce, definisce « impresa soggetta all'obbligo di tenere una contabilità separata, ogni impresa che fruisca di diritti speciali o esclusivi riconosciuti da uno Stato membro a norma dell'articolo 86, paragrafo 1, del trattato o sia incaricata della gestione di servizi di interesse economico generale a norma dell'articolo 86, paragrafo 2, del trattato che riceva compensazioni in qualsiasi forma per prestazioni di servizio pubblico in relazione a tali servizi e che eserciti anche altre attività » (cfr. art. 2, d.lgs. 11 novembre 2003, n. 333, *Attuazione della direttiva 2000/52/CE, che modifica la direttiva 80/723/CEE relativa alla trasparenza delle relazioni finanziarie fra gli Stati membri e le loro imprese pubbliche, nonché alla trasparenza finanziaria all'interno di talune imprese*). Sul punto, M.T. CIRENEI, *Liberalizzazioni, servizi di interesse economico generale e sussidi incrociati: la direttiva della Commissione 2000/52/CE e il nuovo ambito della « disciplina trasparenza »*, in *Dir. comm. internaz.*, 2001, 281 e s.; P. MANZINI, *Note sulle « relazioni pericolose » tra Stato e imprese nel quadro del diritto comunitario*, in *Dir. Unione europea*, 2002, 487 s.; e per un'applicazione in materia di servizio postale, D. CASALINI, *Aiuti di stato alle imprese, servizi di interesse economico generale e criterio dell'investitore privato in economia di mercato* (nota a C. giust. CE, 3 luglio 2003, cause riunite C-83/01 P, C-93/01 P e C-94/01 P, *Chronopost SA, La Poste e Repubblica francese c. Ufex e a.*), in *Foro amm.-C.d.S.*, 2003, 2690 s.

(69) Con riferimento al carattere, industriale o commerciale, degli interessi perseguiti in ciascun settore di mercato in cui il soggetto opera, C. giust. CE, 15 gennaio 1998, causa C-44/96, *Mannesmann Anlagenbau Austria AG e a. c. Strohal Rotationsdruck GesmbH*, in www.curia.eu.int, § 25-26 enuncia il principio poi co-

Prendere in considerazione cumulativamente il fatturato globale derivante dalla sommatoria delle attività di tutti i settori in cui l'ente *in house* opera pare il criterio interpretativo di più agevole applicazione ed è stato il riferimento implicito delle più recenti conclusioni degli Avvocati generali presso la Corte di giustizia (70).

L'attività che rispetto al rapporto *in house* è destinata a soggetti terzi, siano essi pubblici o privati, deve necessariamente essere secondaria (71), con la conseguenza che l'attività extraterritoriale degli enti *in house* è soggetta ad un vincolo ulteriore rispetto a quelli a suo tempo elaborati dalla giurisprudenza per le aziende municipalizzate e poi speciali ed ora contenuti nella disciplina nazionale per i servizi pubblici locali (72).

Nel caso *Coname* tra il Comune affidante e la società affidataria difettava il requisito del controllo analogo: il Comune deteneva una partecipazione minima al capitale sociale (0,97%) non contornata da alcun potere ulteriore extra sociale (sindacati di voto o patti parasociali) o previsto dallo Statuto o dall'atto costi-

stantemente richiamato dalla successiva giurisprudenza sul punto (cfr. C. giust. CE, 10 novembre 1998, causa C-360/96, *Geemente Arnhem e Geemente Rheden c. BFI Holding BV*, in www.curia.eu.int, § 55).

(70) Concl. Avv. Gen. J. Kokott, 1 marzo 2005, causa C-458/03, *Parking Brixen GmbH*, § 81 ss.; Concl. Avv. Gen. C. Sixt-Hackl, 23 settembre 2004, in causa C-26/03, *Stadt Halle c. TREA Leuna*, § 84 ss.

(71) Ove « la semplice circostanza che un'impresa pubblica locale [ente *in house*] svolga o possa svolgere la sua attività al di fuori del territorio di un Comune non esclude necessariamente che essa svolga la sua attività *in prevalenza per quel Comune* », Concl. Avv. Gen. J. Kokott, 1° marzo 2005, causa C-458/03, *Parking Brixen GmbH*, § 84.

(72) Sul divieto di partecipazione alle gare per l'affidamento della gestione di servizi pubblici locali di cui all'art. 113, comma 6, d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 e all'art. 14, c. V, d.lgs. 23 maggio 2000 n. 164, per il settore che interessa la controversie in oggetto, v. *infra* § 6. Sui limiti e sulle condizioni per la partecipazione di società ed enti a capitale pubblico o misto a gare per lo svolgimento di attività extraterritoriale, da ultimo Tar Lombardia, Sez. III, 16 ottobre 2003, n. 4807, in *Foro amm.-Tar*, 2003, 2855 ss. con nota di M. SINISI, *L'attività extra moenia delle società miste: vincolo funzionale, nesso di controllo e « ambito territoriale ottimale »*; Cons. Stato, Sez. V, 3 settembre 2001, n. 4586, in *Cons. St.*, 2001, I, 1949;; Id., Sez. VI, 7 settembre 2004, n. 5843, in www.LexItalia.it; Id., Sez. V, 30 maggio 2005, n. 2756, *ivi*; Id., 21 giugno 2005, n. 3264, *ivi*; Id., Sez. IV, 29 settembre 2005, n. 5204, *ivi*; Tar Emilia Romagna, Parma, 2 maggio 2002, n. 240, *ivi*.

tutivo della società (73), sicché l'ulteriore condizione della destinazione principale dell'attività non è stata neppure esaminata.

Fuori dall'*in house providing*, ogni affidamento di prestazioni di servizi da parte di un'amministrazione aggiudicatrice a favore di un ente da essa partecipato deve essere disposto nell'osservanza dei principi europei a tutela della concorrenza (es. concessione) o della disciplina di dettaglio sugli appalti pubblici, a prescindere da ogni diversa previsione della normativa nazionale, salvo le deroghe del diritto europeo al principio concorsuale, come la procedura negoziata o l'organismo di diritto pubblico con attività in esclusiva (ma cfr. *infra* § 5-6).

5. La scelta di un'amministrazione aggiudicatrice di costituire un ente associativo cui partecipano uno o più soggetti privati al fine di ottenere prestazioni suscettibili di costituire oggetto di un appalto pubblico assume rilievo per la disciplina europea a tutela della concorrenza.

L'affidamento della prestazione che si realizza con la costituzione di un c.d. « PPP istituzionalizzato » si pone come alternativa alla stipulazione di un contratto di appalto pubblico ed è soluzione organizzativa non soggetta alla disciplina di dettaglio delle direttive sugli appalti bensì ai principi del Trattato CE (74), secondo un'evoluzione già nota per le concessioni di servizi (75).

I menzionati principi impongono che l'amministrazione aggiudicatrice che compartecipa alla costituzione del nuovo ente definisca in modo preciso e non discriminatorio le prestazioni che il

(73) C. giust. CE, 22 luglio 2005, C-232/03, *Coname c. Com. Cingia de' Botti*, § 27.

(74) Commissione CE, *Libro verde relativo ai partenariati pubblico-privati*, cit., § 53 ss.; in termini analoghi era stata sollevata la questione della compatibilità coi principi comunitari della normativa nazionale che consentiva la scelta diretta, senza gara, della GEPI S.p.a. (adesso Lavoro Italia S.p.a.) come partner di società a capitale pubblico incaricate della gestione di servizi pubblici locali, su cui però non si era pronunciata C. giust. CE, 9 settembre 1999, C-108/98, *RI.SAN. S.r.l. c. Comune di Ischia*, in www.curia.eu.int, trattandosi di controversia non eccedente i confini dell'ordinamento nazionale.

(75) R. CAVALLO PERIN, *I principi come disciplina giuridica del pubblico servizio*, cit., 53 s.

nuovo soggetto giuridico è incaricato di produrre, la durata del rapporto associativo che si intende instaurare e la procedura di gara per la scelta del contraente privato cui le prestazioni sono in tutto o in parte affidate contestualmente alla stipulazione del contratto sociale (76).

L'ente neocostituito non potrà beneficiare di ulteriori affidamenti diretti non già previsti nella procedura di gara indetta per la sua costituzione o per la partecipazione del soggetto privato (77). L'affidamento, comunque determinato, di una domanda di prestazioni ad un terzo postula l'osservanza delle regole concorrenziali, specificate nella disciplina sugli appalti pubblici ove si stipuli un contratto di appalto, oppure direttamente sancite dal Trattato CE, ove si stipuli un contratto di concessione di servizi o un contratto associativo.

Nel *Libro Verde* si ribadisce la non soggezione alla disciplina sulla concorrenza di un'amministrazione aggiudicatrice che intenda utilizzare un'organizzazione *in house providing*, cioè di una persona giuridica che non è (sostanzialmente) terza rispetto alle amministrazioni affidanti (78), poiché per il diritto comunitario la costituzione di un ente deputato alla produzione delle prestazioni di cui necessita l'amministrazione aggiudicatrice non richiede l'indizione di una procedura ad evidenza pubblica per la scelta degli altri soci solo ove questi ultimi siano essi stessi altrettanti

(76) A. AZZARITI, *Il socio privato nella società mista per la gestione di servizi pubblici locali*, in www.giustizia-amministrativa.it; M. DUGATO, *Legge collegata alla finanziaria e pubblica amministrazione - La disciplina dei servizi pubblici locali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 121 ss. desume dall'art. 113, comma 12, la necessità di rinnovare le procedure di gara per la scelta del socio alla scadenza del periodo di affidamento; F. GAVERINI, *Servizi pubblici e affidamento « in house »: dall'eccezione alla regola in recenti interventi legislativi*, in *Serv. pubbl. app.*, 2004, 729 ss.; C. TESSAROLO, *Il partenariato pubblico privato. La scelta del partner privato*, in www.dirittodeiservizipubblici.it.

(77) E. SCOTTI, *Le società miste tra in house providing e partenariato pubblico privato: osservazioni a margine di una recente pronuncia della Corte di giustizia*, cit., 672; R. DE NICTOLIS, *Commento a C. giust. CE*, 11 gennaio 2005, C-26/03, *Stadt Halle e TREA Leuna*, in *Urb. e app.*, 2005, 295.

(78) Commissione CE, *Libro verde relativo ai partenariati pubblico-privati*, cit., § 63.

enti pubblici che controllano strutturalmente (*supra* § 3) e causalmente (*supra* § 4) l'affidatario.

Il *Libro Verde* prende in considerazione l'ipotesi del socio cui è attribuita, in via esclusiva o in collaborazione con l'amministrazione aggiudicatrice, l'organizzazione della produzione delle prestazioni dedotte nell'oggetto sociale dell'ente neocostituito (79).

Della scelta di soci meramente finanziatori il *Libro Verde* non si occupa (80), ove l'obbligo di osservare una procedura di gara può derivare dalle norme dell'ordinamento nazionale in quanto contratto attivo (r.d. 18 novembre 1923, n. 2240, *Nuove disposizioni sull'amministrazione del patrimonio e sulla contabilità generale dello Stato* e r.d. 23 maggio 1924, n. 827, *Regolamento per l'amministrazione del patrimonio e per la contabilità generale dello Stato*), oppure dalla Direttiva CE 31 marzo 2004, n. 18/2004, ove sussistano gli estremi di un appalto pubblico di « servizi finanziari » (n. 6 dell'Allegato IIA).

Diverso è il caso in cui al privato sia chiesto di assumere un'obbligazione di prestazione di servizi unitamente ad una partecipazione societaria, di cui l'eventuale ripartizione degli utili costituisce in tutto o in parte il corrispettivo aleatorio dell'investimento in capitale. Il rapporto di appalto (o concessione di servizi comunitaria) che affianca la partecipazione, con la prestazione di servizi e relativo corrispettivo, muta il titolo di rilevanza nell'in-

(79) R. URSL, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica tra outsourcing e in house providing*, cit., 188 ss., rileva l'analogia tra la scelta del socio gestore e la concessione poiché, ai sensi del *Libro Verde*, il PPP « assume la forma della società nella quale il partner privato realizza gli incarichi specificati nel bando di gara e il partner pubblico controlla, dall'interno della società, il modo in cui gli incarichi stessi vengono realizzati ».

(80) Si richiamano a tal fine il principio di libera circolazione dei capitali (artt. 56 ss., Trattato CE), la libertà di stabilimento (art. 43, Trattato CE), precisando altresì che « la buona pratica consiglia di accertarsi che tale operazione in capitale non nasconda in realtà l'attribuzione ad un partner privato di contratti definibili come appalti pubblici o come concessioni »: Commissione CE, *Libro verde relativo ai partenariati pubblico-privati*, cit., § 65 ss. Esula dal presente lavoro la soluzione al problema di stabilire come possa essere garantita la procedura ad evidenza pubblica in caso di destinazione delle quote azionarie all'azionariato diffuso: se cioè l'eventuale quotazione in borsa sia sufficiente a garantire la concorrenza nel mercato di accesso al capitale pubblico dimesso.

gresso in società del privato, poiché appare evidente che la partecipazione non involge solo più il mercato finanziario, ma direttamente quello delle prestazioni di servizi.

Tali rapporti giuridici tra l'ente *in house* e i propri soci sono diversi da quelli oggetto del diritto societario e sono rapporti tra soggetti terzi che soggiacciono ai principi e alle direttive comunitari in materia ove abbiano ad oggetto prestazioni suscettibili di essere dedotte in un contratto di appalto.

La partecipazione di un soggetto esterno al capitale dell'ente istituito con partenariato pubblico-privato, anche ove sia stato osservato il principio concorsuale per regolarne l'ingresso, può tuttavia influire sul rapporto di « controllo analogo » esistente tra l'amministrazione e l'ente produttore *in house*. Se la partecipazione determina il venire meno del controllo analogo o del vincolo dell'attività prevalente si determina la fuoriuscita dell'ente originariamente *in house* dall'organizzazione pubblica, con conseguente venire meno del titolo giuridico che ha legittimato l'affidamento senza procedura ad evidenza pubblica (81).

In tal senso pare essersi espressa la *ratio decidendi* della pronuncia sul caso *Coname* che, al di là di espressioni letterali in *obiter dictum* (82), non pare negare *tout court* l'ammissibilità nel diritto europeo delle società a capitale misto pubblico-privato (83), limitandosi a ribadire la necessaria riconduzione degli istituti nazionali (affidamenti diretti senza gara, costituzione di società a capitale misto pubblico-privato) a quelli del diritto euro-

(81) S. COLOMBARI, « *Delegazione interorganica* » ovvero « *in house providing* » nei servizi pubblici locali, cit., 1152; Tar Campania, Sez. I, 30 marzo 2005, n. 2784, cit.; Concl. Avv. gen. L.A. Geelhoed, 12 gennaio 2006, C-410/04, §18 ss.

(82) Cfr. C.E. GALLO, *Disciplina e gestione dei servizi pubblici economici: il quadro comunitario e nazionale nella più recente giurisprudenza*, cit., 347 ss.

(83) A favore della preclusione, R. URSI, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica tra outsourcing e in house providing*, cit., 191 ss., spec. 193; *Contra* E. SCOTTI, *Le società miste tra in house providing e partenariato pubblico privato: osservazioni a margine di una recente pronuncia della Corte di giustizia*, cit., 671-672 che ravvisa la compatibilità col diritto comunitario delle società c.d. miste non in quanto riconducibili all'*in house providing* (applicabile alle sole società a capitale interamente pubblico), bensì in quanto espressamente disciplinate nel citato *Libro verde*.

peo (*in house providing*, « partenariato pubblico-privato istituzionalizzato ») (84).

6. In alternativa alla costituzione di una forma di partenariato pubblico-privato istituzionalizzato, l'amministrazione aggiudicatrice può associarsi con altre amministrazioni per soddisfare il comune fabbisogno di prestazioni di beni, servizi e lavori.

La differenza rispetto al partenariato pubblico-privato è l'assenza di una partecipazione di soggetti privati. Il problema non si pone ove l'associazione tra enti pubblici territoriali non assuma personalità giuridica, poiché gli affidamenti diretti sono sempre possibili nei rapporti considerati interni all'organizzazione pubblica (*supra* § 2), mentre la questione merita attenzione ove l'ente associativo interamente partecipato da enti pubblici abbia personalità giuridica.

La persona giuridica può beneficiare di affidamenti diretti di prestazioni solo ove possa essere considerata un'organizzazione *in house* per l'ente affidante. Non assume rilievo infatti la natura giuridica pubblica o privata dell'ente affidatario, ma unicamente la sua non sostanziale autonomia rispetto all'organizzazione dell'amministrazione territoriale che richiede le prestazioni (85).

Il socio pubblico produttore o gestore è equiparato a qualsiasi prestatore di servizi o fornitore ove l'ingresso nell'ente associa-

(84) Come ha tentato, talvolta con qualche « deviazione » eccessivamente permissiva e talaltra anticipando la giurisprudenza comunitaria, il prevalente orientamento del Consiglio di Stato: Cons. Stato, Sez. II, 28 febbraio 1996, n. 366, in *Cons. St.*, 1996, I, 1428 ss., e Tar Lazio, Sez. II, 20 maggio 1998, n. 962, in *Trib. amm. reg.*, 1998, I, 2299 ss.; Cons. Stato, Sez. VI, 28 ottobre 1998, n. 1478, in *Giorn. dir. amm.*, 1999, 209; Id., Sez. VI, 1° aprile 2000, n. 1885, in questa *Rivista*, 2000, I, 1329; Id., Sez. V, 30 giugno 2003, n. 3864, in *Cons. St.*, 2003, I, 1434; Id., Sez. V, 18 settembre 2003, n. 5316, in *Cons. St.*, 2003, I, 1971. Ma cfr. anche Tar Toscana, Sez. II, 28 luglio 2004, n. 2833, in www.dirittodeiservizipubblici.it.

(85) Di avviso contrario è stato Cons. Stato, Sez. V, 28 giugno 2004, n. 4771, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2004, 1765 e *ivi*, 2005, 842 ss. con nota di F. ROMOLI, *La Gepi S.p.a. come partner societario per la gestione del servizio pubblico locale: tra affidamento in house e garanzie di evidenza pubblica*, ove si era ammessa la possibilità di costituire il vincolo associativo con GEPI S.p.a. a prescindere dall'espletamento di una procedura di gara.

tivo comporti un affidamento al socio pubblico produttore di una prestazione di beni o servizi, la quale perciò deve essere aggiudicata previo espletamento di una procedura concorsuale e determinata nella durata. L'acquisizione della partecipazione al capitale cui è connesso l'affidamento di prestazioni non richiede l'indizione di una procedura di gara soltanto ove il socio entrante possa partecipare del rapporto *in house* che già hanno le amministrazioni partecipanti verso l'organizzazione associativa.

Si è detto che del socio pubblico meramente finanziatore il *Libro Verde* direttamente non si occupa, salva la rilevanza della disciplina sui servizi finanziari. Ove il socio entrante sia un'amministrazione pubblica territoriale si afferma il diritto nazionale, non contraddetto da quello comunitario, della ammissibilità di forme associative con altre amministrazioni pubbliche per l'esercizio di funzioni e servizi di comune competenza (artt. 30-31, d.lgs. n. 267 del 2000, cit.; art. 15, l. 7 agosto 1990, n. 241, *Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi*) (86).

Anche per quei servizi pubblici ai quali non si applica l'art. 113, d.lgs. n. 267 del 2000, cit. (87) e per cui non si pone immediatamente un problema di compatibilità della normativa nazionale sulle modalità di gestione dei servizi pubblici locali col di-

(86) G. CAIA, *La società a prevalente capitale pubblico locale come formula organizzativa di cooperazione tra Comuni*, in questa *Foro amm.-C.d.S.*, 2002, 1238 ss.

(87) L'art. 14, d.lgs. 23 maggio 2000, n. 164, *Attuazione della direttiva n. 98/30/CE recante norme comuni per il mercato interno del gas naturale, a norma dell'art. 41, l. 17 maggio 1999, n. 144*, stabilisce che, cessato il regime transitorio, il servizio pubblico di « distribuzione di gas naturale è affidato esclusivamente mediante gara per periodi non superiori a dodici anni ». Tra le molte: Tar Lombardia, Sez. Brescia, 28 febbraio 2005, n. 111, in *Foro amm.-Tar*, 2005, 967 ss. con nota di F. GAVERINI, *proroga del periodo transitorio nel settore della distribuzione del gas: il Tar Brescia sconfessa gli orientamenti ministeriali*; Cons. Stato, Sez. V, 14 giugno 2004, n. 3816 e n. 3823 in *Foro amm.-C.d.S.*, 2004, 1752 ss.; Id., 22 giugno 2004, n. 4364; Id., 28 giugno 2004, n. 4788 e n. 4791; Id., 25 giugno 2002, n. 3448, cit. Sul punto cfr. anche Corte cost., 31 luglio 2002, n. 413, in *www.giurcost.org*, che dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 15, comma 10, del d.lgs. 23 maggio 2000, n. 164.

ritto europeo (88) — pare possibile affermare l'eccezione dell'*in house providing*, offrendo delle norme speciali un'interpretazione adeguatrice ai dettati costituzionali (v. *supra* § 2).

La disciplina nazionale appare per altri versi più restrittiva ove prevede un limite per l'attività del produttore *in house* non contemplato dal diritto europeo: è infatti vietata la partecipazione alle gare per la gestione dei servizi pubblici locali alle società che beneficiano, in Italia o in altri paesi dell'Unione Europea, di affidamenti diretti in virtù di disposizioni normative o contrattuali, tra cui rientrano certamente gli enti *in house* (89). Ne deriva che il requisito della destinazione principale dell'attività per gli enti *in house* che erogano servizi pubblici opera solo rispetto alle medesime prestazioni fornite ai privati e non anche per conto di altri soggetti pubblici, stante il menzionato divieto di attività extraterritoriale. L'ente *in house*, dopo il periodo transitorio (31 dicembre 2006 per la disciplina generale dei servizi pubblici locali), può dunque erogare prestazioni di servizio pubblico unicamente a favore del territorio degli enti locali che esercitano su di esso un « controllo analogo ».

7. Salve le specifiche esclusioni disciplinate dalla normativa di dettaglio sugli appalti pubblici, la relazione organizzativa di *in house providing* costituisce l'unica giustificazione all'affidamento

(88) Occorrerà quindi attendere la decisione della Corte di giustizia sulle recenti questioni sollevate dei giudici nazionali che hanno prospettato dubbi in tal senso: Tar Puglia, Sez. II, ord. 8 settembre 2004, n. 885/o, in questa *Rivista-Tar*, 2004, 2648 ss. e 3110 ss. con note di F. GAVERINI, *Alle « radici » dell'in house providing: la giustizia amministrativa italiana si rimette alla Corte di giustizia CE*, e A. ISONI, *La delegazione interorganica nella gestione dei servizi pubblici locali. Tutela della concorrenza o prevalenza delle esigenze del servizio?*; ma altresì decisivi possono essere i rilievi portati all'attenzione della Corte di giustizia da Cons. Stato, Sez. V, 22 aprile 2004, n. 2316, cit.

(89) L'art. 113, comma 6, d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 e l'art. 14, c. V, d.lgs. 23 maggio 2000 n. 164, estendono il divieto alle società controllate e controllanti e alle altre controllate di queste (*ex art. 113, d.lgs. n. 267 del 2000 anche le società collegate*); S. COLOMBARI, « *Delegazione interorganica* » ovvero « *in house providing* » nei servizi pubblici locali, cit., 1151-1153 e dottrina ivi citata in nota 35.

diretto di prestazioni richieste da un'amministrazione aggiudicatrice.

La separata stipulazione, tra l'amministrazione aggiudicatrice e la società a capitale misto o interamente pubblico, di convenzioni, contratti, accordi, aventi ad oggetto l'affidamento delle prestazioni può risultare incompatibile con l'ordinamento giuridico comunitario. La stipulazione di un accordo contrattuale, a titolo oneroso, comunque denominato, avviene infatti a seguito di trattative volte a definire le condizioni della prestazione che presuppongono la terzietà delle parti contraenti con conseguente applicazione del Trattato CE e della normativa europea di dettaglio (90).

Tale contrattazione delle condizioni di prestazione appare inutile ove i soggetti siano parte di un rapporto *in house providing* (91) che consente alle amministrazioni controllanti di imporre le condizioni economiche della prestazione sino al limite dei costi di produzione e degli investimenti indispensabili. La stipulazione di accordi « aggiuntivi » rispetto alla costituzione o alla partecipazione (al capitale) del produttore *in house* può tuttavia essere un sintomo dell'insussistenza di un rapporto organizzativo *in house*.

Per l'ordinamento giuridico europeo — che ammette la duplice qualificazione di un ente come amministrazione aggiudicatrice e operatore economico (art. 4, direttiva CE n. 18/2004) a seconda del rapporto considerato — è dirimente la sostanziale estra-

(90) S. COLOMBARI, *La gestione dei servizi pubblici locali: nuove norme e problematiche (in parte) antiche*, cit., 1599 ss., rileva la problematicità del rinvio al contratto di servizio come atto conclusivo dell'affidamento alla società neocostituita ed incaricata dell'erogazione di un servizio pubblico.

(91) In tal senso potrebbe svilupparsi l'orientamento giurisprudenziale che non ritiene cumulabile (*rectius*: necessaria) la concessione (ovvero atti di affidamento di prestazioni comunque denominati) al modello della società partecipata: da ultimo, Cons. Stato, Sez. V, 23 marzo 2003, n. 1547, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2004, 843 ss.; Id., 30 giugno 2003, n. 3864, cit.; Id., 25 giugno 2002, n. 3448, cit.; ma già Cass., Sez. un., 29 ottobre 1999, n. 754, in *Foro it.*, 2000, I, 802 ss., Cons. Stato, Ad. gen., 16 maggio 1996, n. 90/96, in *Cons. St.*, 1996, 1640 ss.; Tar Veneto, Sez. I, 1° dicembre 1999, n. 2301, in *Trb. amm. reg.*, 2000, I, 675 ss. relativa ad un consorzio di comuni. Cfr. anche Cass., Sez. un., 6 maggio 1995, n. 4991, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 1996, 1266 ss.

neità delle parti contraenti poiché indice di una richiesta di prestazioni rivolta al mercato; al contrario l'organizzazione *in house* ove si può ritenere che il rapporto non sia più contrattuale (cioè rivolto al mercato), bensì organizzativo, cioè tutto interno all'amministrazione pubblica che richiede le prestazioni.

Nel caso *Coname*, l'amministrazione affidante appare estranea al rapporto organizzativo *in house providing*, ove, con una partecipazione inferiore all'1% al capitale della società affidataria interamente partecipata da enti locali, ha negoziato con questa le condizioni contrattuali contenute nella « convenzione per la gestione della distribuzione e della manutenzione dell'impianto gas », rivelando un rapporto tra parti estranee che nega strutturalmente il trattamento riservato ai soci che hanno il controllo dell'organizzazione.

In tal senso il « controllo analogo » esprime il potere (di ciascuna amministrazione aggiudicatrice partecipante, ove si tratti di partenariato pubblico-privato o associazione tra enti pubblici) di determinare le condizioni di produzione della prestazione a proprio favore, così da escludere una terzietà sostanziale tra affidante e affidatario che imporrebbe di considerare l'affidamento come una qualsiasi negoziazione tra operatori di mercato, soggetta alle regole poste a tutela della concorrenza.

La stipulazione di convenzioni o accordi accessori alla costituzione dell'ente produttore o all'acquisizione in esso di una partecipazione è stata ritenuta necessaria per fondare un'obbligazione di prestazione della società verso i soci-amministrazioni aggiudicatrici. L'oggetto sociale, anche ove definisce precisamente le prestazioni che l'ente è incaricato di produrre, non è stato sinora ritenuto idoneo a fondare una offerta al pubblico (art. 1336) di prestazioni della società a favore dei soci, ma essenzialmente un limite all'operato e ai poteri degli amministratori e alla volontà della maggioranza assembleare, posto a garanzia dei soci, segnatamente di minoranza (92).

(92) Cons. Stato, Sez. V, 6 ottobre 2003, n. 5902, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2004, 863 ss. con nota di L.R. PERFETTI, *L'organismo di diritto pubblico e le sue nuove incerte frontiere. Il caso Grandi Stazioni tra diritti speciali ed esclusivi ed*

Con riferimento alle società *in house*, siano esse a capitale misto o interamente pubblico, incaricate di produrre prestazioni nei confronti o per conto delle amministrazioni controllanti e partecipanti in qualità di soci, emerge l'esigenza di prevedere un'obbligazione di prestazione della società cui corrisponde un diritto di credito di queste (93).

Non si esclude che alla pluralità dei soci possa corrispondere una differenziazione quantitativa e qualitativa delle prestazioni destinate a ciascuno di essi, anche in ragione dell'entità della partecipazione, ove proprio a tal fine si ricorre alla stipulazione di convenzioni e accordi accessori che definiscano il rapporto obbligatorio.

Per tale tipologia di società, la definizione del rapporto di credito tra società e soci potrebbe essere contenuta nello statuto o nell'atto costitutivo dell'ente produttore, trovando fondamento giuridico direttamente nell'oggetto sociale talvolta definito dalla

obblighi di gara, precisa che l'oggetto sociale « ha valore di eventuale limite esterno all'azione sociale, ma non impegna la società al compimento di tutte le attività descritte » in esso. Sul punto dottrina e giurisprudenza pacifici, limitandoci ai contributi più recenti: F. BONELLI, *Atti estranei all'oggetto sociale e poteri di rappresentanza*, in *Giur. comm.*, 2004, I, 924 ss.; R. DINI, *Oggetto sociale e attività economica di società di capitali*, in *Dir. pratica soc.*, 2004, fasc. 23, 22 ss.; G. FERRI JR., M. STELLA RICHTER JR., *L'oggetto sociale statutario*, in *Giust. civ.*, 2002, II, 483 ss.; D.U. SANTOSUOSSO, *Gruppi di società e operazioni intragruppo: atti estranei all'oggetto sociale; limiti alla direzione unitaria*, in *Dir. banc.*, 2002, I, 137; G. FAUCIGLIA, *Sulle attività similari nella determinazione dell'oggetto sociale*, in *Giur. merito*, 2001, 14 ss.; M. CUPIDO, *Estraneità degli atti estranei all'oggetto sociale e tutela dei terzi*, in *Società*, 2001, 1348 ss.; A. DI MAJO, *Oggetto sociale e atti ultra vires*, *ivi*, 2001, 1256 ss.; G. COTTINO, *Delibere illegittime degli amministratori, oggetto sociale e interesse di gruppo: divagazione sul tema*, in *Giur. it.*, 1999, 1882 ss.; F. ZUCCONI, *Potere di rappresentanza ed efficacia degli atti estranei all'oggetto sociale*, in *Società*, 1998, 427 ss., Cass., Sez. I, 2 settembre 2004, n. 17678, in *Foro it.*, 2005, I, 1827 con nota di SILVETTI; *Id.*, 21 novembre 2002, n. 16416, in *Giust. civ.*, 2003, I, 1029 ss.; *Id.*, 18 febbraio 2000, n. 1817, in *Giust. civ.*, 2001, I, 2202 ss.; App. Bologna, 29 gennaio 2003, *Monte Paschi Siena*, in *Società*, 2003, 1120 ss., con nota di DELUCCHI; Tar Campania, Sez. IV, 7 novembre 2003, n. 13382, in *Giur. merito*, 2004, 599 ss.

(93) In tal senso può interpretarsi l'affermazione della C. giust. CE, 15 ottobre 2005, C-458/03, *Parking Brixen GmbH*, cit., § 67, lett. b) e d) ove l'eccessiva ampiezza dell'oggetto sociale dell'ente produttore ne impedisce la qualificazione *in house*.

legge (art. 113, d.lgs. n. 267 del 2000, cit.; art. 1173 c.c.); ovvero essere modulata con l'emissione di categorie di azioni *ex art.* 2348 c.c., ciascuna delle quali attribuisce ai soci che ne sono titolari diritti di credito diversi, con corrispondenti obbligazioni della società. Il contenuto dell'obbligazione può essere definito anche con un rinvio dello statuto o dell'atto costitutivo ad atti di programmazione che, ad integrazione dell'oggetto sociale, definiscono per ciascun socio le prestazioni cui ha diritto in considerazione della qualità ed entità della sua partecipazione azionaria.

La definizione di diverse categorie di azioni e il rinvio ad atti di programmazione presentano il vantaggio di consentire l'ingresso di nuovi soci pubblici senza necessità di modificare l'oggetto sociale; i soci entranti, inoltre, acquistando determinate categorie di azioni ovvero partecipando alla redazione degli atti programmatori, sono immediatamente a conoscenza delle prestazioni di cui divengono creditori e possono vagliare più attentamente l'opportunità di acquisire la partecipazione societaria (94).

La definizione del rapporto obbligatorio tra amministrazione affidante e società produttrice *in house* contestualmente alla costituzione di questa o all'acquisizione di una partecipazione al suo capitale permette di superare l'equivoco di una successiva negoziazione delle condizioni del rapporto, diffusa nella prassi ma in contraddizione con la natura giuridica organizzativa del rapporto che lega le due parti dell'affidamento diretto.

(94) Per prestazioni agli enti controllanti la questione può trovare soluzione attraverso la struttura giuridica delle società consortili (art. 2615 c.c.) ove l'atto costitutivo può prevedere l'obbligo dei soci di versare contributi in danaro, che lo statuto può qualificare come corrispettivi delle prestazioni ai soci. Esula dal presente commento l'ulteriore questione dei criteri e delle modalità di scelta tra la soluzione organizzativa e quella contrattuale, ove potrebbe auspicarsi una valutazione comparativa tra *in house providing* e *contracting out* sul modello anglosassone (per alcuni riferimenti essenziali, v. D. CASALINI, *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house*, cit., 251; S. ARROWSMITH, *The law of public and utilities procurement*, London, 1996, 118 ss.): a tal fine occorre attendere la pronuncia della Corte di giustizia sulla questione sollevata da Tar Puglia, Sez. II, ord. 8 settembre 2004, n. 885/o, cit.; v. anche Cons. Stato, Sez. V, 8 marzo 2005, n. 931, in www.LexItalia.it, n. 3/2005; Tar Lazio, Sez. II-ter, 16 dicembre 2004, n. 16254, in www.dirittodeiservizipubblici.it.