

**PERCORSI ISTITUZIONALI**

Collana della Scuola Superiore della Pubblica Amministrazione Locale

diretta da **BALDOVINO DE SENSI**

**SERVIZI PUBBLICI LOCALI, AUTONOMIE E MERCATI**

*Volume 1*

**L'AFFIDAMENTO E LA GESTIONE  
DEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI  
A RILEVANZA ECONOMICA**

**Percorsi e disciplina generale**

*a cura di*

**Harald Bonura e Massimo Cassano**

**G. Giappichelli Editore – Torino**



## **Il modulo “derogatorio”: in autoproduzione o *in house providing***

**Sommario:** 1. I requisiti dell'*in house providing*: i requisiti di derivazione comunitaria (controllo analogo e attività prevalente). – 2. *Segue*. I requisiti posti dal legislatore interno (la prova dell'inefficace e inutile ricorso al mercato). – 3. Il procedimento e il parere dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato. – 4. Le soglie rilevanti ai fini dell'espressione del parere dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato.

### **1. I requisiti dell'*in house providing*: i requisiti di derivazione comunitaria (controllo analogo e attività prevalente)**

La creazione di un mercato comune e l'applicazione delle regole di tutela della concorrenza incontrano il limite dell'organizzazione della pubblica amministrazione riconosciuta agli Stati membri dall'*ordinamento europeo*<sup>1</sup>.

L'*in house providing* si distingue dalle ipotesi specifiche di deroga alla disciplina in materia di appalti pubblici (cfr. direttive CE 31 marzo 2004, n. 2004/18, art. 18 e n. 2004/17, artt. 23 e 25) poiché è definizione di ciò che appartiene all'organizzazione pubblica e che si pone dunque come limite esterno alle regole sulla concorrenza dell'Unione europea che iniziano ad operare ove l'organizzazione stessa, lungi dal trattenere su di sé la produzione di beni o servizi, si rivolge a terzi.

Non si tratta di deroga alla disciplina europea delle libertà economiche tutelate nel mercato comune, poiché il limite del potere d'organizzazione s'afferma come definizione di ciò che non è mercato. La disciplina della concorrenza

---

<sup>1</sup> Corte giust. CE, 11 gennaio 2005, C-26/03, *Stadt Halle e TREA Leuna*, § 48 e Concl. Avv. gen. J. Kokott, 1° marzo 2005, C-458/03, *Parking Brixen GmbH*, § 42, 71 e 80, Corte giust. CE, 11 marzo 2003, C-186/01, *Dory*; Cons. Stato, sez. VI, 3 aprile 2007, n. 1514 e Id., sez. V, 18 settembre 2003, n. 5316; R. CAVALLO PERIN-D. CASALINI, *L'in house providing: un'impresa dimezzata*, in *Dir. amm.*, 2006, p. 51 ss.

per l'aggiudicazione degli appalti pubblici e delle concessioni presuppone infatti un rapporto con il mercato, ma la libera decisione 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<sup>2</sup>, ad esempio perché la stessa amministrazione non vuole correre l'avventura ed il conseguente rischio di un affidamento a terzi in un tempo di crisi del mercato anche finanziario.

L'*in house providing*, come elaborato dalla giurisprudenza europea e confermato nel *Libro Verde relativo ai partenariati pubblico-privati*<sup>3</sup>, può essere intesa come espressione di sintesi a garanzia della scelta dell'amministrazione di autoprodurre le prestazioni di cui necessita, negando che la scelta assuma rilevanza per il diritto comunitario in particolare per la disciplina a garanzia della concorrenza, in particolare i principi dei Trattati europei per le concessioni e la costituzione di partenariati pubblico-privato, nonché le direttive in materia di appalti pubblici<sup>4</sup>.

Gli artt. 51 e 106 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea (ex artt. 45 e 86, TCE) indicano i casi in cui le *funzioni* ed i *servizi* sono sottratti alle norme a tutela della concorrenza: «le attività che partecipano sia pure occasionalmente all'esercizio di pubblici poteri» (art. 51 TFUE); i «servizi di interesse economico generale» nella misura strettamente necessaria a non ostacolarne l'erogazione (art. 106 TFUE)<sup>5</sup>. L'*in house providing* non è soggetta alla di-

<sup>2</sup> Corte giust. CE, sez. III, 13 novembre 2008, C-324/07, *Coditel Brabant SA v. Commune d'Uccle, Région de Bruxelles-Capitale*, §§ 48-49; Concl. Avv. gen. J. Kokott, 1° marzo 2005, C-458/03, *Parking Brixen GmbH*, cit., §§ 68-70; Corte giust. CE, 8 aprile 2008, C-337/05, *Commissione CE c. Italia*, § 36; Id., 19 aprile 2007, C-295/05, *Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo)*, § 55; Id., sez. I, 18 gennaio 2007, C-220/05, *Aroux e Comune de Roanne c. SEDL*; Id., 11 gennaio 2005, C-26/03, *Stadt Halle e RPL Lochbau GmbH c. TREA Leuna*; Id., 22 luglio 2005, C-231/03, *CONAME c. Comune di Cingia de' Botti*; Cons. Stato, Ad. plen., 3 marzo 2008, n. 1; Cons. Stato, sez. II, parere 18 aprile 2007, n. 456; Id., sez. VI, 3 aprile 2007, n. 1514.

<sup>3</sup> COMMISSIONE CE, 30 aprile 2004, *Libro Verde sui partenariati pubblico-privati e sul diritto comunitario dei contratti pubblici e delle concessioni*, COM (2004) 327 def., § 63 (su cui v. anche 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.*, 2004, p. 945 ss.), ma cfr. già Comunicazione della Commissione 20 novembre 2007 sui *Servizi di interesse generale, inclusi i servizi sociali di interesse generale: un nuovo impegno per l'Europa*, COM (2007) 725 def.

<sup>4</sup> Corte giust. CE, sez. III, 13 novembre 2008, C-324/07, *Coditel Brabant SA v. Commune d'Uccle, Région de Bruxelles-Capitale*, § 26; Corte giust. CE, 15 ottobre 2005, C-458/03, *Parking Brixen GmbH c. Gemeinde Brixen, Stadtwerke Brixen AG*, § 62.

<sup>5</sup> In tal senso anche R. URSI, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica tra outsourcing e in house providing*, in *Dir. amm.*, 2005, p. 208; E. SCOTTI, *Organizzazione pubblica e mercato: società miste, in house providing e partenariato pubblico privato*, in *Dir. amm.*, 2005, p. 938 ss.; L. AMMANNATI, *La forza espansiva del modello di affidamento in house. Il settore del gas tra assimilazione alla disciplina generale dei servizi pubblici locali e incertezze del*

disciplina sulla concorrenza poiché l'amministrazione pubblica non ha inteso rivolgersi al mercato ma ad un'organizzazione propria (non terza).

L'ordinamento comunitario ha da tempo riconosciuto varie forme di auto-organizzazione e non ha mai richiesto una forma giuridica particolare per l'ente *in house providing*, ben potendo la qualificazione riferirsi sia a società di capitali (per azioni o anonima), sia ad una associazione o ad una fondazione o ancora ad un ente pubblico tradizionale che non ha partecipazioni in senso proprio<sup>6</sup>.

La costituzione di un rapporto di *in house providing* è espressione del potere di organizzazione delle pubbliche amministrazioni, ove il legame che unisce l'amministrazione territoriale all'ente *in house* è di carattere organizzativo e non richiede l'esperimento di procedure ad evidenza pubblica poiché non vi è terzietà tra l'ente *in house* e l'amministrazione controllante, in ragione della sussistenza di due requisiti: *i*) l'amministrazione o le amministrazioni affidanti devono esercitare sull'ente produttore *in house* un «controllo analogo» a quello che esercitano sui propri uffici e *ii*) l'ente *in house* deve destinare la parte principale o prevalente della propria attività all'amministrazione o alle amministrazioni controllanti. Già la prima definizione dell'*in house providing* – costantemente ricordata anche oltre ciò che in essa si statuì – precisava che c'è terzietà tra le parti di un rapporto giuridico quando le stesse sono «distinte sul piano formale» (soggettività giuridica) ed «autonome sul piano decisionale»<sup>7</sup>.

L'identità sostanziale tra amministrazione affidataria e prestatore *in house* fa sì che questo sia ritenuto parte dell'organizzazione amministrativa della prima la quale non si è posta in contatto col mercato, sicché non valgono le regole concorrenziali imposte alle amministrazioni che invece si rivolgono al mercato.

L'organizzazione *in house* vale ad escludere non solo la disciplina della concorrenza nella scelta del gestore (non è terzo, non è mercato), ma anche che i

---

*modello comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, p. 1709 s.; ora si veda il d.p.r. 7 settembre 2010, n. 168, art. 2.

<sup>6</sup> Corte giust. CE, sez. III, 13 novembre 2008, C-324/07, *Coditel Brabant SA v. Commune d'Uccle, Région de Bruxelles-Capitale*, ove era in discussione il caso di una società cooperativa intercomunale i cui soci sono costituiti da comuni e da un'associazione intercomunale a sua volta esclusivamente costituita da comuni; ma cfr. già M., *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali*, Giuffrè, Milano 2001; C. SAN MAURO, *Il servizio pubblico locale: strumenti, organizzazione, gestione*, Giuffrè, Milano, 2003; F. TRIMARCHI (a cura di), *Le società miste per i servizi locali*, Giuffrè, Milano, 1999; M. CAMMELLI-A. ZIROLDI, *Le società a partecipazione pubblica nel sistema locale*, Maggioli, Rimini, 1997; G. DI GIANDOMENICO-R. FAGNANO-G. RUTA (a cura di), *Le società miste locali per la gestione dei servizi pubblici*, Jovene, Napoli, 1997; V. MARTELLI, *Servizi pubblici locali e società per azioni*, Giuffrè, Milano, 1997; G. DI GASPARE, *I servizi pubblici locali verso il mercato*, in *Dir. pubbl.*, 1999, p. 197 ss.; A. NIUTTA-A. POLICE, *Forma e realtà nelle società per la gestione dei servizi pubblici locali*, in *Riv. dir. comm.*, 1999, p. 477 ss.; D. SORACE, *Pubblico e privato nella gestione dei servizi pubblici locali mediante società per azioni*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1997, p. 51 ss.

principi sulla concorrenza siano d'ostacolo all'operare di tale organizzazione *in house* nella successiva fase di competizione tra gestori di servizi pubblici o fornitori di beni. 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 i terzi che deve essere volta a realizzare economie di scala o sinergie produttive utili alla prestazione dell'attività principale legata all'autoproduzione. Le recenti previsioni normative del nostro ordinamento hanno portato all'estremo tale limitazione escludendo espressamente l'attività per terzi degli enti *in house* con favore per i soli enti territoriali (su cui subito *infra*). Nell'ordinamento giuridico europeo si ammette invece la compresenza in uno stesso ente della duplice qualificazione come amministrazione aggiudicatrice e come operatore economico<sup>8</sup>, sicché risulta dirimente la posizione di terzo del produttore, cioè la sua sostanziale estraneità all'amministrazione aggiudicatrice. L'organizzazione *in house* invece è un rapporto tutto interno all'amministrazione pubblica committente, dunque non può dirsi contrattuale per l'ordinamento comunitario<sup>9</sup>.

La definizione dell'*in house providing* ha ridefinito i confini dell'organizzazione pubblica anche con riferimento ai rapporti che la stessa instaura con i terzi che sono per essa prestatori di beni e servizi, assoggettandoli all'osservanza della disciplina sui contratti pubblici, poiché verso i terzi gli enti *in house* sono amministrazioni aggiudicatrici in quanto definiti parte strutturale dell'organizzazione dell'ente territoriale controllante (cfr. d.p.r. n. 168 del 2010, cit., art. 6).

---

<sup>7</sup> Corte giust. CE, 18 novembre 1999, C-107/98, *Teckal S.r.l. c. Comune di Viano e AGAC*, § 51; D. CASALINI, *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house*, Jovene, Napoli, 2003, p. 247 ss.; S. COLOMBARI, «Delegazione interorganica» ovvero «in house providing» nei servizi pubblici locali in *Foro amm.-Cons. Stato.*, 2004, p. 1134 ss.; M. MAZZAMUTO, *Brevi note su normativa comunitaria e in house providing*, in *Dir. UE*, 2001, p. 537 ss.; D.U. GALETTA, *Forme di gestione dei servizi pubblici locali ed in house providing nella recente giurisprudenza comunitaria e nazionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2007, p. 19 s.

<sup>8</sup> Art. 4, direttiva 2004/18/CE; Corte giust. CE, 7 dicembre 2000, C-94/99, *ARGE Gewässerschutz v. Bundesministerium für Land-und Forstwirtschaft*; G. GRECO, *Imprese pubbliche, organismi di diritto pubblico, affidamenti «in house»: ampliamento o limitazione della concorrenza?*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, p. 61 ss.

<sup>9</sup> T. KAARRESALO, *Procuring in-house: the impact of the EC procurement regime*, in *Public Procurement Law Review* 2008, p. 242 ss.; F. AVARKIOTI, *The application of EU public procurement rules to 'in house' arrangements*, in *Public Procurement Law Review*, 2007, p. 22 ss.; M. DUGATO, *I contratti misti come contratti atipici tra attività e organizzazione amministrativa. Dal global service all'in house providing*, in F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *Tipicità e atipicità nei contratti pubblici*, Bononia University Press, Bologna, 2007, p. 89 s.; C. MIGNONE-G. PERICU-F. ROVERSI-MONACO (a cura di), *Le esternalizzazioni*, Atti del XVI Convegno degli amministrativisti italo-spagnoli del 25-27 maggio 2006 a Genova, Bononia University Press, Bologna, 2007

L'espressione “*in house*” distingue le attività che un'autorità “autoproduce” mediante una struttura considerata interna «facente parte della “casa”», e quelle che essa affiderà ad un operatore terzo»<sup>10</sup>. La differenza tra l'organizzazione *in house providing* e l'organismo di diritto pubblico è anzitutto una distinzione di oggetti di disciplina, ma certo taluno può anche rimarcare che il requisito dell'influenza pubblica dominante richiesto per l'organismo segna una *minore* ingerenza rispetto al controllante analogo sull'ente *in house*<sup>11</sup>.

A) I necessari poteri d'ingerenza dell'amministrazione controllante per perseguire la cura «degli obiettivi di interesse pubblico» divengono dunque la ragione giuridica della costituzione dell'organizzazione *in house providing*<sup>12</sup>. Occorre un'ingerenza *effettiva ed istituzionale* sull'ente *in house*, non importa se come effetto congiunto di una pluralità di norme o clausole contrattuali, di poteri o facoltà disciplinati dal diritto pubblico o dal diritto privato.

Il «controllo analogo» è la capacità dell'ente affidante di determinare le scelte di gestione e d'organizzazione per la produzione dell'ente *in house*, che perciò esclude una negoziazione bilaterale delle condizioni di fornitura del bene o di prestazione del servizio.

Le convenzioni, i contratti, gli accordi aventi ad oggetto l'affidamento delle prestazioni che siano ulteriori e non meramente esecutivi rispetto a quelli costitutivi dell'organizzazione *in house* possono risultare incompatibili con l'ordinamento giuridico comunitario ove la contrattazione delle condizioni della prestazione dia prova delle autonome determinazioni del produttore (terzo).

Una piena autonomia organizzativa, dunque la sua qualificazione sostanziale di soggetto terzo, impone di considerare il produttore come un operatore economico soggetto alla disciplina europea sulla concorrenza<sup>13</sup>.

Si è detto che il diritto comunitario non impone nella definizione del *controllo analogo* una partecipazione dell'affidante all'organizzazione *in house*, co-

---

<sup>10</sup> Concl. Avv. gen. Y. Bot, 20 settembre 2007, *Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia c. Administración del Estado*, § 75.

<sup>11</sup> Concl. Avv. gen. L.A. Geelhoed, 21 aprile 2005, C-29/04, *Commissione CE c. Repubblica d'Austria*, cit.; Corte giust. CE, 22 luglio 2005, C-231/03, *Consorzio Aziende Metano (Coname) c. Comune di Cingia de' Botti, Padania Acque S.p.a.*; Corte giust. CE, 15 ottobre 2005, C-458/03, *Parking Brixen GmbH*, cit.; Corte giust. CE, 11 gennaio 2005, C-26/03, *Stadt Halle e TREA Leuna*, cit.; Corte giust. CE, 1° febbraio 2001, C-237/99, *Commissione CE c. Repubblica francese*; Corte giust. CE, 27 febbraio 2003, C-373/00, *Adolf Truley GmbH c. Bestattung Wien GmbH*; Corte giust. CE, 18 novembre 1999, C-107/98, *Teckal S.r.l. c. Comune di Viano e AGAC*, cit.

<sup>12</sup> Concl. Avv. gen. J. Kokott, 1 marzo 2005, C-458/03, *Parking Brixen GmbH*, § 74.

<sup>13</sup> Corte giust. CE, sez. II, 19 aprile 2007, C-295/05, *Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) c. Transformación Agraria SA (Tragsa)*, *Administración del Estado*, § 59; Concl. Avv. gen. Y. Bot, 20 settembre 2007, C-220/06, *Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia c. Administración del Estado*, § 77.

sì per le fondazioni o gli enti pubblici economici a carattere non associativo, sicché si può tranquillamente affermare che *a fortiori* vi possa essere un controllo analogo nonostante la formale partecipazione solo indiretta del controllante sulla controllata, anche se l'intermediazione della *holding* può in tutto o in parte diluire o indebolire i poteri di ingerenza sulle decisioni del produttore *in house*<sup>14</sup>.

La classica distinzione tra proprietà e gestione<sup>15</sup> offerta per le società commerciali a partire dagli anni trenta consente di riconoscere che il controllo analogo appartiene alla gestione, mentre la titolarità delle quote di capitale pubbliche o private, con la relativa possibile frammentazione o parcellizzazione, attiene alla proprietà.

Quest'ultima certo rappresenta in molti casi un indizio rilevante sulla posizione di controllo analogo che unitamente ad altri elementi può dare la prova o fondare una presunzione semplice (salva la prova contraria) a favore dell'esistenza o inesistenza di una relazione tra enti con i caratteri dell'*in house providing*; e paradigmatico è il caso costituito dall'unico socio o di chi sia titolare del 98% del capitale. La titolarità del capitale dell'organizzazione *in house providing* in capo ad un ente pubblico che intende affidare un servizio del 100% – in assenza di elementi contrari – può fornire la presunzione o *di per sé* la prova del “controllo analogo” in capo al socio unico, soprattutto ove l'attività sia svolta esclusivamente per questo<sup>16</sup>. L'unico socio infatti è probabile che disponga liberamente dell'organizzazione *in house* come suo ente strumentale, utilizzando la struttura per perseguire gli interessi pubblici affidati alle sue cure<sup>17</sup>, poiché è agevole affermare che mancando la partecipazione d'altri, non vi sono interessi “esterni” anche solo diversi, potenzialmente capaci di ostacolare o contrastare quello rappresentato dall'amministrazione controllante.

La presenza di più amministrazioni aggiudicatrici richiede un'analisi più attenta sui poteri d'ingerenza di ciascun affidatario sull'ente *in house*. Si è escluso che la partecipazione totalitaria di più enti pubblici valga di per sé a prova-

---

<sup>14</sup> C. giust. CE, sez. I, 11 maggio 2006, C-340/04, *Carbotermo s.p.a. e Consorzio Alisei c. Comune di Busto Arsizio*, § 39), in altri casi si è affermata come *elemento neutro* nella catena di controllo (cfr. il caso *Città di Halle*: Concl. dell'Avv. gen. C. Sixt-Hackl, 23 settembre 2004, C-26/03, *Stadt Halle c. TREA Leuna*, § 6 ss. e 59; per un caso relativo all'organismo di diritto pubblico Corte giust. CE, sez. VI, 16 ottobre 2003, C-283/00, *Commissione CE c. Regno di Spagna*).

<sup>15</sup> A. BERLE-G. MEANS, *The Modern Corporation and Private Property*, 2nd edn, Harcourt Brace & World Inc., New York, 1968.

<sup>16</sup> Concl. Avv. gen. J. Kokott, 1° marzo 2005, C-458/03, *Parking Brixen GmbH*, § 74-75; Corte giust. CE, sez. VI, 16 ottobre 2003, C-283/00, *Commissione CE c. Regno di Spagna*.

<sup>17</sup> Corte giust. CE, ord. 10 aprile 2008, C-323/07, *Termoraggi Spa c. Comune di Monza*.

re il requisito del “controllo analogo” e dunque a configurare un affidamento *in house providing* ai sensi del diritto comunitario<sup>18</sup>. Alla pluralità dei soci può corrispondere un’articolazione (quantitativa o qualitativa) delle prestazioni a ciascuno riferite, che definisce la stessa entità della partecipazione. I rapporti patrimoniali tra società e soci possono trovare definizione nell’atto costitutivo o statuto dell’ente produttore, ed anche essere collegati all’emissione di particolari categorie di azioni che attribuiscono ai soci titolari differenti diritti di credito verso la società.

Non tutti i soci pubblici sono di per sé legittimati ad affidare il compito di produrre prestazioni alla società da essi partecipata: sarà soggetto alla disciplina sulla concorrenza l’affidamento del socio che manchi di una posizione di *controllo analogo* per l’attività che intende affidare alla società. La partecipazione al capitale sociale – soprattutto se di minima entità (es. 0,9%)<sup>19</sup> – di per sé non consente di riconoscere un controllo analogo dell’amministrazione pubblica sulla società associativa produttore trattandosi di partecipazione ritenuta a tal fine del tutto inadeguata<sup>20</sup>. Al contrario una parcellizzazione della partecipazione alle quote di capitale non impedisce di per sé un “controllo analogo”, ma certo impone che – ciononostante – risultino conferiti agli stessi affidatari poteri sufficienti a poter condizionare le scelte del produttore *in house* sull’organizzazione del servizio da essi affidato; poteri che ad esempio possono essere esercitati congiuntamente dagli enti soci<sup>21</sup>.

Sono state ritenute utili a garantire il requisito del controllo analogo la presenza di strutture decisionali interne agli organi d’amministrazione del produttore *in house*, appositamente dedicate alla gestione dei singoli affidamenti ed a

---

<sup>18</sup> Corte giust. CE, 18 novembre 1999, C-107/98, *Teckal S.r.l. c. Comune di Viano e AGAC*, cit.; Corte giust. CE, 22 luglio 2005, C-231/03, *Consorzio Aziende Metano (Coname) c. Comune di Cingia de’ Botti, Padania Acque S.p.a.*; C. MELLONE, *L’affidamento diretto di servizi pubblici locali a società partecipate dai comuni, tra amministrazione indiretta e privilegi extra legem*, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2004, p. 1160 ss.

<sup>19</sup> Cfr. Cons. Stato, sez. V, 22 aprile 2004, n. 2316, nonché le circolari della Presidenza del Consiglio dei ministri, Dipartimento per le Politiche comunitarie, 19 ottobre 2001, n. 12727, § 4, 1° marzo 2002, n. 3944, § 6, 6 giugno 2002, n. 8756.

<sup>20</sup> 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.; Corte giust. CE, 22 luglio 2005, C-231/03, *Consorzio Aziende Metano (Coname) c. Comune di Cingia de’ Botti, Padania Acque S.p.a.*, § 27.

<sup>21</sup> Corte giust. CE, sez. III, 13 novembre 2008, C-324/07, *Coditel Brabant SA v. Commune d’Uccle, Région de Bruxelles-Capitale*, § 31; Corte giust. CE, 10 settembre 2009, C-573/07, *Sea srl v. Comune di Ponte Nossa-Setco spa*, § 58 s.; Corte giust. CE, sez. I, 11 maggio 2006, C-340/04, *Carbotermo s.p.a. e Consorzio Alisei c. Comune di Busto Arsizio*, § 37; Corte giust. CE, sez. II, 19 aprile 2007, C-295/05, *Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) c. Transformación Agraria SA (Tragsa), Administración del Estado*, § 57; Cons. Stato, sez. V, 26 agosto 2009, n. 5082.



prescindere dalle quote di partecipazione al capitale di ciascun ente territoriale affidante<sup>22</sup>.

Diversa considerazione può assumere l'ingresso nel capitale sociale di *soggetti diversi dalle amministrazioni pubbliche affidanti* poiché così s'introducono *interessi eterogenei*<sup>23</sup>. Il fatto che la pubblica amministrazione debba tenere conto degli interessi economici di un socio di un'impresa può costituire un impedimento alla piena realizzazione degli obiettivi d'interesse pubblico<sup>24</sup>, sicché occorre verificare se l'amministrazione aggiudicatrice conservi ancora poteri ulteriori, idonei a mantenere l'effettivo esercizio del "controllo analogo" sull'ente affidatario<sup>25</sup>.

È stato escluso il controllo analogo dell'ente pubblico affidante se ad un privato – divenuto socio di una società a prevalente capitale pubblico (51%) – sia stato attribuito per statuto o patto parasociale un «diritto di veto» su deliberazioni aventi ad oggetto «l'aumento o la riduzione del capitale sociale, la modifica dell'oggetto sociale statutario, la fusione, l'alienazione o la divisione di quote della società», rafforzato dal potere di nomina di uno dei due amministratori cui spettano «congiuntamente la gestione e la rappresentanza dell'impresa nelle relazioni interne ed esterne e che hanno poteri di firma congiunta»<sup>26</sup>.

Avere la maggioranza in assemblea o il potere di nomina della maggioranza dei componenti gli organi di amministrazione non è sufficiente ove la gestione sia dell'amministratore delegato designato dai soci privati, salvo si provi che gli enti territoriali affidanti dispongano di penetranti poteri di indirizzo sull'amministrazione dell'organizzazione *in house*<sup>27</sup>.

<sup>22</sup> Corte giust. CE, sez. III, 13 novembre 2008, C-324/07, *Coditel Brabant SA v. Commune d'Uccle, Région de Bruxelles-Capitale*, §§ 17 e 35; Corte giust. CE, 10 settembre 2009, C-573/07, *Sea srl v. Comune di Ponte Nossia-Setco spa*, § 81 s.;

<sup>23</sup> Concl. Avv. gen. J. Kokott, 1° marzo 2005, C-458/03, *Parking Brixen GmbH*, §§ 52 e 72; E. SCOTTI, *Le società miste tra in house providing e partenariato pubblico privato: osservazioni a margine di una recente pronuncia della Corte di giustizia*, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2005, p. 665 ss.; F. GOISIS, *I giudici comunitari negano la « neutralità » delle società di capitali (anche se) in mano pubblica totalitaria e mettono in crisi l'affidamento in house di servizi pubblici locali*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, p. 1915 s.; V. FERRARO, *La nuova ricostruzione dell'in house providing proposta dalla Corte di giustizia nella sentenza Stadt Halle*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, p. 1004 s.

<sup>24</sup> Concl. Avv. gen. J. Kokott, 1° marzo 2005, C-458/03, *Parking Brixen GmbH*, § 74.

<sup>25</sup> Corte giust. CE, sez. I, 6 aprile 2006, C-410/04, *ANAV c. Comune di Bari*, § 32; Corte giust. CE, sez. I, 18 gennaio 2007, C-220/05, *Aroux e Comune de Roanne c. Société d'équipement du département de la Loire (SEDL)*, § 64; Corte giust. CE, 8 aprile 2008, C-337/05, *Commissione CE c. Italia*, § 40.

<sup>26</sup> Concl. Avv. gen. L.A. Geelhoed, 21 aprile 2005, C-29/04, *Commissione CE c. Repubblica d'Austria*, §§ 36, 39 e 46 ss.

<sup>27</sup> Corte giust. CE, 7 dicembre 2000, C-94/99, *ARGE Gewässerschutz c. Bundesministerium*

La legislazione nazionale sulle società<sup>28</sup> o i patti parasociali possono rendere ineffettivi anche i poteri di controllo di chi ha la maggioranza del capitale sociale: limitando il potere di nomina, la libertà di azione degli amministratori, o affievolendo l'influenza delle amministrazioni affidanti sulla definizione degli obiettivi strategici e sulle decisioni più importanti dell'ente *in house*<sup>29</sup>. Ancora la definizione dell'oggetto sociale in modo ampio ed eterogeneo, la possibilità di «espansione territoriale delle attività della società» all'estero o all'intero territorio nazionale, la possibilità di qualsiasi partecipazione al capitale sociale sono tutti elementi che possono contribuire a porre in forse il controllo analogo dell'amministrazione affidante sull'ente *in house providing*<sup>30</sup>.

Il «controllo analogo» è infine oggetto di un'attenta verifica ove vi sia una partecipazione *eterogenea* al capitale sociale, come quella di un privato investitore che ha interessi non sempre convergenti con quelli delle amministrazioni pubbliche affidanti e la cui *governance* o *regolazione* può porre in forse la qualificazione *in house* del rapporto tra amministrazione controllante e società partecipata («società mista finanziaria»<sup>31</sup>). Un'interpretazione letterale del vincolo del capitale sociale interamente pubblico per le società di gestione *in house* porta a negare la possibilità di *public company*, cioè forme d'azionariato diffuso o di collocazione delle azioni in borsa, precludendo alle stesse l'accesso a forme di finanziamento o di partecipazione che sono tradizionali per il settore. Al contrario la possibilità per i privati di partecipare ad una società aggiudicataria a capitale interamente pubblico «non è sufficiente per concludere che la condizione relativa al controllo dell'autorità pubblica non è soddisfatta»<sup>32</sup>.

---

*für Land- und Forstwirtschaft*; Concl. Avv. gen. L.A. Geelhoed, 21 aprile 2005, C-29/04, *Commissione CE c. Repubblica d'Austria*, cit.; Corte giust. CE, 15 ottobre 2005, C-458/03, *Parking Brixen GmbH*, § 64 ss.; cfr. Altresì Cons. Stato, sez. V, 22 aprile 2004, n. 2316, cit.

<sup>28</sup> Corte giust. CE, 11 gennaio 2005, C-26/03, *Stadt Halle e TREA Leuna*, cit., § 19.

<sup>29</sup> Corte giust. CE, sez. III, 13 novembre 2008, C-324/07, *Coditel Brabant SA v. Commune d'Uccle, Région de Bruxelles-Capitale*, § 34; Corte giust. CE, 15 ottobre 2005, C-458/03, *Parking Brixen GmbH*, cit., § 67; Corte giust. CE, sez. I, 11 maggio 2006, causa C-340/04, *Carbotermo s.p.a. e Consorzio Alisei c. Comune di Busto Arsizio*, § 38; da ultimo v. anche A. MALTONI-M. PALMIERI, *I poteri di nomina e di revoca in via diretta degli enti pubblici nelle società per azioni ex art. 2449 c.c.*, in *Dir. amm.*, 2009, p. 267 s.

<sup>30</sup> Corte giust. CE, 15 ottobre 2005, C-458/03, *Parking Brixen GmbH*, cit., §§ 65-67.

<sup>31</sup> Cfr. Comunicazione interpretativa della Commissione *sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati* (PP-PI), 5 febbraio 2008, C (2007) 6661, §§ 2.2.-2.3.; Cons. Stato, sez. II, parere 18 aprile 2007, n. 456; Cons. Stato, sez. VI, 20 febbraio 2007, n. 919, Id., sez. V, 9 ottobre 2007, n. 5281 e Id., sez. VI, 23 giugno 2006, n. 3999.

<sup>32</sup> Corte giust. CE, 10 settembre 2009, C-573/07, *Sea srl v. Comune di Ponte Nossas-Setco spa*, § 51.

B) L'attività dell'organizzazione *in house* deve essere destinata all'ente o agli enti territoriali che esercitano il controllo analogo<sup>33</sup> escludendo che l'organizzazione controllata *in house* possa svolgere rivolgersi al mercato in via prevalente o principale.

La destinazione deve essere valutata rispetto al complesso delle amministrazioni controllanti, sommando le prestazioni che il produttore *in house* svolge nei confronti o per conto di ciascun ente in posizione di controllo analogo.

Nell'organizzazione *in house* è evidente l'alterazione dello schema causale rispetto alla generale definizione del contratto di società (art. 2247 c.c.) ove allo scopo di dividerne gli utili i soci conferiscono beni e servizi per svolgere in comune una attività considerata economica, che è tale proprio in quanto si possa avviare una produzione i cui prodotti sono liberamente offerti al relativo mercato.

Il requisito della "attività principale" determina inoltre il venire meno della ragione istitutiva dell'ente *in house* quando venga meno 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.

L'organizzazione *in house* può svolgere in via principale le attività istituzionali di produzione di beni e servizi degli enti pubblici controllanti, o che sono per essi serventi, quindi in ragione dei bisogni (es. servizi pubblici, oppure servizi all'ente) attribuiti dalla legge alla competenza di enti pubblici che sono soci di controllo dell'organizzazione *in house*.

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

L'interesse del socio alla produzione *in house* – anche ove si tratti di attività di servizio pubblico rivolta agli utenti – è vincolato alla soddisfazione dei fini pubblici attribuiti dall'ordinamento alla cura dell'ente pubblico socio; più precisamente l'ordinamento impone come limite esterno dell'organizzazione *in house* che l'attività prevalente di quest'ultima sia svolta per conto degli enti pubblici controllanti, configurando dunque l'organizzazione *in house* come imprenditore non rivolto in via principale a qualsiasi mercato di beni o servizi, introducendo una limitazione che consente di definire la stessa organizzazione *in house* quanto meno come impresa dimezzata o addirittura come non imprenditore (es. artt. 2602 ss. c.c.) ove la legge o lo statuto dell'organizzazione *in house* escludano senz'altro ogni produzione per conto o a favore di enti non di con-

---

<sup>33</sup> Concl. Avv. gen. P. Leger, 15 giugno 2000, C-94/99, *ARGE Gewässerschutz c. Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft*, §§ 65-66, 75 e 79-80.

trollo<sup>34</sup>. Occorre considerare *in concreto* il carattere dell'attività svolta, che può essere valutato in senso quantitativo come prevalenza del volume d'affari effettivamente realizzato per i soci di controllo, oppure rivolgendo l'attenzione all'attività principale affidata dagli enti pubblici soci, rispetto alle altre attività per esse complementari, o sussidiarie alla prima<sup>35</sup>, che perciò possono dirsi «marginali»<sup>36</sup>.

La definizione qualitativa è quella ormai accolta nella disciplina degli appalti pubblici, ove le norme applicabili al contratto d'appalto c.d. misto (es. di lavori e forniture, o di forniture e servizi) sono individuate in ragione della prestazione principale dedotta in contratto (art. 1, § 2, lett. *d*), direttiva 2004/18/CE; cfr. già XVI *considerando* della direttiva 92/50/CE) a prescindere dalla circostanza che la stessa abbia un valore economico prevalente.

Per il limite inteso in senso quantitativo manca una percentuale minima *ex lege* di attività che integri la destinazione principale, sicché per alcuni il riferimento "naturale" è stato 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<sup>37</sup>. Si è esclusa l'analoga a partire dalla disciplina speciale sull'affidamento diretto ad imprese collegate (80%; direttiva 93/38/CE, art. 13, poi direttiva 2004/17/CE, art. 23, § 3), che conferma la radicale differenza tra le singole eccezioni alla regola di gara disciplinate dalle direttive comunitarie sugli appalti pubblici e l'*in house providing*<sup>38</sup>.

La soluzione più agevole è prendere in considerazione il fatturato globale derivante dalla sommatoria delle attività di tutti i settori in cui l'ente *in house* opera<sup>39</sup>: l'attività destinata a soggetti *terzi* pubblici o privati deve essere *secondaria* rispetto a quella svolta nell'ambito del rapporto *in house*<sup>40</sup>. L'attività c.d. extraterritoriale degli enti *in house* è ora possibile sempreché non sia prevalente o principale<sup>41</sup>. Oltre tali limiti l'attività del produttore *in house* contrasta con

---

<sup>34</sup> Per l'idea di un'autonomia imprenditoriale pubblica dimezzata già R. CAVALLO PERIN-D. CASALINI, *L'in house providing: un'impresa dimezzata*, in *Dir. amm.*, 2006, p. 51 s.

<sup>35</sup> Cfr. Concl. Avv. gen. J. Kokott 1° marzo 2005, C-458/03, *Parking Brixen GmbH*, § 83.

<sup>36</sup> Corte giust. CE, 10 settembre 2009, C-573/07, *Sea srl v. Comune di Ponte Nossas-Setco spa*, § 80.

<sup>37</sup> Cfr. Concl. Avv. gen. C. Sixt-Hackl, 23 settembre 2004, C-26/03, *Stadt Halle c. TREA Leuna*, §§ 88, 90-91.

<sup>38</sup> Concl. Avv. gen. C. Sixt-Hackl, 23 settembre 2004, C-26/03, *Stadt Halle e TREA Leuna*, § 92 ss. e 12 gennaio 2006, C-340/04, *Carbotermo c. Com. Busto Arsizio*, § 87 ss.

<sup>39</sup> Concl. Avv. gen. J. Kokott, 1° marzo 2005, C-458/03, *Parking Brixen GmbH*, § 81 ss.; Concl. Avv. gen. C. Sixt-Hackl, 23 settembre 2004, C-26/03, *Stadt Halle c. TREA Leuna*, § 84 ss.

<sup>40</sup> Concl. Avv. gen. J. Kokott, 1° marzo 2005, C-458/03, *Parking Brixen GmbH*, § 84.

<sup>41</sup> M. DUGATO, *La concorrenza e la extraterritorialità nell'azione delle società a partecipazione pubblica locale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, p. 1054.

la disciplina sulla concorrenza che riguarda sia l'imprenditore privato sia quello pubblico (art. 345 TFUE).

Nell'ordinamento giuridico italiano si è limitata l'autonomia imprenditoriale delle società in mano pubblica. «Non possono acquisire la gestione di servizi ulteriori o in ambiti territoriali diversi, né svolgere servizi o attività per altri enti pubblici o privati, né direttamente, né tramite loro controllanti o altre società che siano da essi controllate o partecipate, né partecipando a gare» tutte le «società, loro controllate, controllanti e controllate da una medesima controllante» di qualsiasi nazionalità che, in Italia o all'estero, gestiscano «di fatto o per disposizioni di legge, di atto amministrativo o per contratto servizi pubblici locali in virtù di affidamento diretto, di una procedura non ad evidenza pubblica ovvero ai sensi del comma 2, lett. b), nonché i soggetti cui è affidata la gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali degli enti locali, qualora separata dall'attività di erogazione dei servizi (art. 23-*bis*, comma 9, d.l. 25 giugno 2008, n. 112 conv. in legge 6 agosto 2008, n. 133; cfr. già art. 113, commi 6 e 15-*quater*, d.lgs. n. 267 del 2000<sup>42</sup>, ora abrogati), tutte norme con riferimento alle quali sono state sollevate da più regioni numerose questioni di costituzionalità<sup>43</sup>, quasi tutte respinte dalla Corte costituzionale sul presupposto essenziale che le norme sulla concorrenza italiane possono derogare alla disciplina europea ponendo disposizioni di maggior favore per il mercato<sup>44</sup>.

<sup>42</sup> R. CAVALLO PERIN, *Commento all'art. 113*, in R. CAVALLO PERIN-A. ROMANO, *Commentario al Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali*, Padova, 2006, p. 651, sez. V, § II, 3; per le società *in house* di servizi all'ente si veda l'art. 13, d.l. 4 luglio 2006 n. 223, conv. in legge 4 agosto 2006, n. 248 su cui: M. CAMMELLI-M. DUGATO, *Le società degli enti territoriali alla luce dell'art. 13 del d.l. n. 223 del 2006*, in M. CAMMELLI-M. DUGATO (a cura di), *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 347 s.

<sup>43</sup> I ricorsi presentati avverso l'art. 15, d.l. 25 settembre 2009, n. 135, conv. in legge 20 novembre 2009, n. 166, che ha modificato ed integrato l'art. 23 *bis*, d.l. n. 112 del 2008, cit. sono quelli delle Regioni Puglia (n. 6/2010, in *G.U.* 24 febbraio 2010, n. 8), Toscana (n. 10/2010, in *G.U.* 3 marzo 2010, n. 9), Liguria (n. 12/2010, in *G.U.* 10 marzo 2010, n. 10), Emilia-Romagna (n. 13/2010, in *G.U.* 10 marzo 2010, n. 10), Umbria (n. 14/2010, in *G.U.* 10 marzo 2010, n. 10), Marche (n. 15/2010 in *G.U.* 10 marzo 2010, n. 10) e Piemonte (n. 16/2010, in *G.U.* 10 marzo 2010, n. 10). L'originario art. 23 *bis*, d.l. n. 112 del 2008, cit. è stato impugnato dalle Regioni Emilia-Romagna (n. 69/2008, in *G.U.* 26 novembre 2008, n. 49), Liguria (n. 72/2008, in *G.U.* 3 dicembre 2008, n. 50) e Piemonte (n. 77/2008, in *G.U.* 17 dicembre 2008, n. 52).

<sup>44</sup> La Corte costituzionale ha respinto tutte le questioni sollevate con gli indicati ricorsi (Corte cost. 17 novembre 2010, n. 325), salvo accogliere la questione riguardante la norma (art. 23 *bis*, comma 10, lett. a), d.l. n. 112 del 2008, cit.) con cui il legislatore statale pretendeva d'assoggettare – con regolamento – i «soggetti affidatari diretti di servizi pubblici locali al patto di stabilità interno» ove l'ambito d'applicazione di tale patto di stabilità attiene alla potestà legislativa concorrente («coordinamento della finanza pubblica»: art. 117, comma 3, Cost.), non alle materie di potestà legislativa statale esclusiva per le quali lo Stato ha il potere regolamentare (art. 117, comma 6, Cost.).

I soggetti affidatari diretti di servizi pubblici locali possono invece sempre partecipare «alla prima gara successiva alla cessazione del servizio, svolta mediante procedura competitiva ad evidenza pubblica, avente ad oggetto i servizi da essi forniti» (art. 23-*bis*, comma 9, d.l. n. 112 del 2008, cit.)<sup>45</sup>.

## 2. *Segue*. I requisiti posti dal legislatore interno (la prova dell'inefficace e inutile ricorso al mercato)

L'ordinamento europeo definisce i termini della scelta tra mercato e autoproduzione (*in house providing*) preoccupandosi piuttosto di disciplinare le conseguenze della scelta di rivolgersi al mercato, rimanendo invece indifferente sui presupposti e sui motivi che possono a tal fine orientarla. In altri ordinamenti nazionali s'impone una valutazione comparativa tra l'offerta proveniente dagli operatori economici di mercato e quella formulata dai propri uffici (c.d. *internal offer* in Inghilterra e, più significativamente, c.d. *control bid* in Danimarca) che diviene il parametro di convenienza dell'esternalizzazione nella scelta tra mercato e autoproduzione<sup>46</sup>.

Certo gli enti territoriali hanno utilizzato l'*in house providing* anche per allargare i vincoli del patto di stabilità interno assecondando una prassi frequente tra le società private con la quale si trasferiscono sul bilancio delle controllate oneri e spese dell'ente controllante<sup>47</sup> avverso le quali limite di rigore nell'introduzione di limiti ai compensi ed alle cariche sociali delle società a capitale pubblico<sup>48</sup>, si è introdotta una limitazione dell'autonomia organizzativa degli enti territoriali (artt. 114 e 117, comma 6, Cost.) indicando una preferenza *ex lege* per il mercato che può essere superata solo in presenza di taluni presupposti eccezionali. Il regolamento assoggetta gli affari affidati *in house* al patto di stabilità interno (d.p.r. n. 168 del 2010, cit., art. 5), con norma che però ha “perso” il suo fondamento di legge (art. 23-*bis*, comma 10, lett. *a*), d.l. n. 112 del 2008, cit.) perché è stato annullato dalla Corte costituzionale (17 novembre 2010, n. 325). L'affidamento diverso da quello “ordinario” può essere adottato «per situazioni eccezionali che, a causa di peculiari caratteristiche economiche,

---

<sup>45</sup> Cons. Stato, sez. V, 26 agosto 2009, n. 5082.

<sup>46</sup> Per ulteriori approfondimenti M. COMBA-S. TREUMER (ed.), *The In-House Providing in European Law*, DJØF Publishing, Copenhagen, 2010.

<sup>47</sup> F. MERUSI, *Le esternalizzazioni: tendenze nel diritto amministrativo italiano*, in C. MIGNONE-G. PERICU-F. ROVERSI MONACO (a cura di), *Le esternalizzazioni*, cit., p. 260; F. GAVERINI, *Servizi pubblici e affidamento «in house»: dall'eccezione alla regola in recenti interventi legislativi*, in *Serv. pubbl. appalti*, 2004, p. 729 ss.

<sup>48</sup> Cfr. art. 1, comma 729, legge 26 dicembre 2006, n. 296.

*sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace e utile ricorso al mercato». La deroga è ammessa unicamente a favore «di società a capitale interamente pubblico, partecipata dall'ente locale, che abbia i requisiti richiesti dall'ordinamento comunitario per la gestione cosiddetta "in house" e, comunque, nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria in materia di controllo analogo sulla società e di prevalenza dell'attività svolta dalla stessa con l'ente o gli enti pubblici che la controllano» (art. 23-bis, comma 3, d.l. 25 giugno 2008, n. 112, conv. legge 6 agosto 2008, n. 133, sostituito da art. 15, comma 1, lett. b), 15, d.l. 25 settembre 2009, n. 135, conv. legge 20 novembre 2009, n. 166).*

La norma pur espressamente riconoscendo che le forme di affidamento dei servizi pubblici locali della gara, della società mista e dell'*in house providing* sono tutte conformi all'ordinamento europeo ed in particolare alla disciplina sulla concorrenza, definisce «ordinaria» sia l'affidamento con gara sia alla società mista il cui socio privato sia scelto a sua volta con gara sempreché abbia ad oggetto «al tempo stesso» la qualità di socio di capitale in misura minima predefinita (almeno «il 40%» del capitale sociale) ma anche «specifici compiti operativi». Relega invece l'affidamento *in house* ad ipotesi d'eccezione che è perciò conforme a legge nei soli casi dalla stessa previsti.

Con tale disciplina la legge nazionale supera le norme ed i principi comunitari sulla concorrenza in materia di servizi d'interesse economico generale, trasformando la creazione comunitaria dell'*in house providing* da elaborazione sull'organizzazione pubblica che marca il superamento della personalità giuridica in presenza di una particolare posizione di controllo e di destinazione dell'attività (il socio tiranno di Walter Bigiavi) a tassative ipotesi d'eccezione che limitano fortemente gli enti territoriali nella loro autonomia di scelta tra mercato e autoproduzione di beni e servizi.

Contrariamente all'orientamento della Corte di giustizia delle comunità europee che correla la forma giuridica (mezzo) necessaria ed utile all'erogazione delle prestazioni da erogare (al fine), la disciplina italiana impone che l'organizzazione *in house* assuma la veste di «società di capitali»<sup>49</sup>.

La prevalenza o preferenza della legge italiana per un approvvigionamento nel mercato dei produttori di beni e servizi non pare di immediata armonizzazione con quell'indirizzo comunitario che sinora ha inteso disciplinare un unico mercato europeo definendo un'unitaria disciplina comunitaria sulla concorrenza che relega la disciplina nazionale di recezione a norme d'attuazione a salvaguardia del solo indirizzo politico comunitario in materia (art. 117, comma 2, lett. e), Cost.).

Indirizzo comunitario che da sempre ha lasciato gli Stati membri liberi di

---

<sup>49</sup> Corte giust. CE, sez. III, 13 novembre 2008, C-324/07, *Coditel Brabant SA v. Commune d'Uccle, Région de Bruxelles-Capitale*.

decidere se fornire i servizi pubblici con un'organizzazione propria (c.d. *in house providing*) o affidarne la fornitura ad imprese terze, ove non abbia addirittura rimarcato la rilevanza per l'ordinamento comunitario dell'impossibilità per il legislatore nazionale di limitare la discrezionalità dell'amministrazione pubblica affidante escludendo una delle forme giuridiche di scelta del contraente ammesse dalla disciplina europea sulla concorrenza<sup>50</sup>.

La disciplina di legge statale introduce disposizioni che – con preferenza senz'altro per il mercato – limitano i presupposti per un affidamento *in house* della gestione dell'organizzazione dei servizi pubblici «locali» degli enti territoriali, con disposizione che era stata ritenuta<sup>51</sup> di competenza delle Regioni perché disciplina di autonome definizioni (anche normativa: art. 117, commi 4 e 6, Cost.) di tali enti aventi ad oggetto le ragioni generali ed astratte d'organizzazione e di buon andamento (efficienza, efficacia, economicità) dei servizi pubblici locali, che possono legittimare la scelta di una forma giuridica di gestione rispetto ad altra. Le disposizioni statali invece si autodefiniscono prevalenti su tutte le «discipline di settore con esse incompatibili» (cfr. l'art. 23-*bis*, comma 1, d.l. n. 112 del 2008, cit.), dunque anche sulle discipline regionali generali di settore.

La disposizione di legge statale pone una disciplina ulteriore rispetto ai principi – poi norme generali (art. 3, legge 7 agosto 1990, n. 241) – sul procedimento e gli atti amministrativi, che da tempo prevedono l'illegittimità dell'atto emanato in violazione del dovere di motivazione delle scelte discrezionali delle amministrazioni, come norma servente il più generale principio costituzionale d'imparzialità dell'agire amministrativo volto alla cura del pubblico interesse (art. 97, comma 1, Cost.).

Il dovere di motivare l'affidamento della titolarità della gestione del servizio pubblico locale è anzitutto – in ragione dei principi – un dovere di motivare la scelta tra le tre differenti forme individuate dalla legge come tra esse alternative. Al di là del tenore letterale non pare dubbio che occorra dare una congrua ed esaustiva motivazione sia della scelta di non rivolgersi al mercato affidando *in house providing*, sia dell'ipotesi opposta ove – previa osservanza della disciplina sulla concorrenza – l'affidamento è dato ad un'impresa terza, sia infine per la cosiddetta ipotesi intermedia della società mista (acquisto della qualità di socio e di prestatore di servizi). La motivazione in tutti i casi deve infatti dare contezza della scelta effettuata con particolare riferimento all'adeguatezza del-

---

<sup>50</sup> Da ultimo Corte giust. CE, sez. III, 10 dicembre 2009, C-299/08, *Repubblica francese*; Corte giust. CE, sez. IV, 3 dicembre 2009, C-424/07, *Repubblica federale di Germania*.

<sup>51</sup> Cfr. *supra* i ricorsi presentati dalle Regioni Piemonte, Puglia, Emilia Romagna, Marche, Liguria e Toscana, nonché Corte cost. 23 aprile 2010, n. 142; G. PIPERATA, *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, Giuffrè, Milano, 2005; C.E. GALLO, *Disciplina e gestione dei servizi pubblici economici: il quadro comunitario e nazionale nella più recente giurisprudenza*, in *Dir. amm.*, 2005, p. 347 ss.



la forma prescelta rispetto agli obiettivi quantitativi e qualitativi di prestazione del servizio pubblico.

Le disposizioni poste dall'art. 15, comma 1, lett. *b*), d.l. n. 135 del 2009, cit. – ove intese come deroga alla disciplina generale sul procedimento e sulla motivazione degli atti amministrativi – non paiono conformi al principio di ragionevolezza (arg. *ex art.* 3, comma 2, Cost.), poiché in esse non è ravvisabile alcun interesse pubblico prevalente capace di fondare sia l'esenzione dal generale dovere di motivazione per l'affidamento ad imprese terze o a società mista, sia viceversa la limitazione dei casi sui quali può essere portata la motivazione a fondamento di altre soluzioni organizzative, in particolare per l'*in house providing*, con conclusione che resta impregiudicata anche a seguito della sentenza della Corte cost. 17 novembre 2010, n. 325 (cfr. § 15, *Considerato in diritto*).

Il riferimento alle «situazioni eccezionali che, a causa di peculiari *caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche* del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace e utile ricorso al mercato» (comma 3, art. 23-*bis*, d.l. n. 112 del 2008, cit.), e la conseguente attività istruttoria avente ad oggetto una specifica «*analisi di mercato*» deve ritenersi riferibile a qualsiasi scelta dell'amministrazione tra le forme di gestione del servizio pubblico locale, di cui occorre offrire una congrua motivazione ed una specifica «adeguata pubblicità» (comma 4, art. 23-*bis*, d.l. n. 112 del 2008, cit.).

### 3. Il procedimento e il parere dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato

La disciplina prevede inoltre la necessità di un invio all'Autorità garante della concorrenza e del mercato di una «relazione contenente gli esiti dell'intervenuta analisi di mercato», sulla quale deve intervenire un *parere preventivo* dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, «da rendere «entro sessanta giorni dalla ricezione della predetta relazione» (art. 23-*bis*, comma 4, d.l. n. 112 del 2008, cit.). Con riferimento ai servizi relativi al settore idrico si specifica (d.p.r. n. 168 del 2010, cit., art. 4, commi 2 e 4) quali condizioni d'efficienza della gestione *in house* debbano essere considerate nella richiesta di parere all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, disponendo un controllo annuale di tali condizioni da parte dell'ente affidante e della stessa Autorità, controllo che in caso di esito negativo conduce alla revoca dell'affidamento *in house*. La norma ha innovato la disciplina generale sull'attività consultiva dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato che in via generale prevede unicamente un'attività consultiva facoltativa, su richiesta delle amministrazioni o su iniziativa dell'Autorità stessa (art. 22, legge 10 ottobre 1990, n. 287).

Decorsi sessanta giorni da quando la relazione è pervenuta all'Autorità senza che il parere venga trasmesso all'ente territoriale richiedente, questo «si in-

tende espresso in senso favorevole» alla soluzione prospettata dall'amministrazione locale (art. 23-*bis*, comma 4, d.l. n. 112 del 2008, cit.).

I primi pareri espressi dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato in applicazione dell'art. 23-*bis*, comma 4, d.l. n. 112 del 2008 (pareri nn. 504, 514, 515, 518 del 2009) evidenziano come l'analisi di mercato svolta dall'ente locale per valutare la sussistenza delle situazioni eccezionali che giustificerebbero l'affidamento *in house* sia finalizzata a verificare l'eventuale presenza sul mercato di operatori in grado di offrire i servizi oggetto di affidamento.

Tale analisi deve essere completa ed adeguata e non può limitarsi al riscontro di preventivi di spesa di soggetti contattati a seguito di un avviso pubblico (parere n. 515 del 2009). Né l'esigenza, pur legittima, di prevedere clausole di protezione sociale per la tutela dell'occupazione per quei servizi (come il trasporto pubblico) caratterizzati da una componente maggioritaria del costo del lavoro sul totale dei costi di produzione non è di per sé idonea a giustificare il mancato ricorso al mercato (parere n. 518 del 2009).

#### **4. Le soglie rilevanti ai fini dell'espressione del parere dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato**

La legge ha attribuito al regolamento governativo il compito di definire «le soglie oltre le quali gli affidamenti di servizi pubblici locali assumono rilevanza ai fini dell'espressione del parere» dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (art. 23-*bis*, comma 4-*bis*, d.l. n. 112 del 2008, cit., introdotto dall'art. 15, comma 1, lett. c), d.l. n. 135 del 2009, cit.).

Non è precisato in legge se le «soglie» oggetto del regolamento governativo di delegificazione siano da intendersi come valore economico dell'affidamento oppure come dimensione territoriale minima che consente di individuare una sorta di «mercato rilevante» con interesse degli operatori economici terzi, oppure una mediazione tra i due criteri.

Il regolamento governativo prevede che gli affidamenti di servizi pubblici locali che assumono rilevanza ai fini del predetto parere ove il valore economico del servizio medesimo superi i 200.000 euro annui (d.p.r. n. 168 del 2010, cit., art. 4, comma 1). La gestione del servizio pubblico in ambiti territoriali inferiori rispetto a quelli definiti minimi o ottimali è normalmente condizionato alla preventiva autorizzazione da parte dell'autorità di governo d'ambito ottimale o minimo (cfr. artt. 147 e 200, d.lgs. n. 152 del 2006, cit.).

La previsione regolamentare della soglia di rilevanza del parere dell'Autorità non dispensa gli enti affidanti dall'accertamento e dalla motivazione dei presupposti definiti dalla legge italiana e dal diritto europeo per procedere all'attribuzione della titolarità della gestione del servizio per i servizi pubblici locali di valore inferiore ai 200.000 euro annui.

