

IL FORO AMMINISTRATIVO

ISSN 2284-2799

RIVISTA MENSILE DI DOTTRINA E GIURISPRUDENZA

Vol. III - Novembre 2016

11

DIRETTA DA

GIORGIO GIOVANNINI, ALBERTO ROMANO; MARIA ALESSANDRA SANDULLI

Si segnalano all'attenzione del lettore

- Cons. St., ad. plen., 4 novembre 2016, n. 23, che afferma la validità del contratto di avvalimento allorché il suo oggetto sia non determinato ma agevolmente determinabile 2628
- Cons. St., sez. IV, 17 novembre 2016, n. 4765, che rimette alla Corte costituzionale la questione di legittimità degli artt. 106 c.p.a. e 395 e 396 c.p.c., nella parte in cui non consentono la revocazione di sentenza quando ciò sia necessario per conformarsi ad una pronuncia della Corte europea dei diritti umani 2646
- Cons. St., sez. VI, 3 novembre 2016, n. 4610, in materia di profili sostanziali e processuali della s.c.i.a. 2661
- Cons. St., comm. spec., 3 novembre 2016, n. aff. 1773/2016 (n. pubb. e sped. 2285/2016), che rende il parere sul decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti in materia di affidamento dei servizi di architettura e ingegneria 2669
- TAR Veneto, sez. II, 21 novembre 2016, n. 1281/o., che solleva la questione di legittimità dell'art. 44, comma 3, del codice del processo che ha innovativamente previsto l'efficacia ex nunc, anziché ex tunc, della sanatoria della nullità della notificazione per effetto della costituzione in giudizio della parte intimata 2721
- TAR Umbria, sez. I, 16 novembre 2016, n. 705/o., che solleva la questione di costituzionalità circa la norma che, in materia di legge cd. Pinto, consente che sia nominato commissario ad acta unicamente un dirigente di seconda fascia della stessa Amministrazione inadempiente 2741
- TAR Lazio, Roma, sez. I, 3 novembre 2016, n. 10857, che definisce limiti e presupposti per l'impugnazione dei pareri resi dall'ANAC 2749
- TAR Sicilia, Palermo, sez. III, 7 novembre 2016, n. 2538, che definisce i presupposti per la sussistenza della giurisdizione amministrativa nelle controversie concernenti l'occupazione illegittima di immobili 2794

FORO AMMINISTRATIVO

Anno III Fasc. 11 - 2016

ISSN 2284-2799

Antonio Ilacqua

**L'IN HOUSE NELLE RECENTI
RIFORME AMMINISTRATIVE**

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

RASSEGNE, ARTICOLI E DOCUMENTAZIONE

[5596/84] L'IN HOUSE NELLE RECENTI RIFORME AMMINISTRATIVE

SOMMARIO: 1. Premessa: le novità legislative. — 2. Breve evoluzione. — 3. La società *in house* nella futura riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche.

1. Premessa: le novità legislative.

L'*in house* è stato profondamente trasformato dalle recenti riforme. La legge delega 7 agosto 2015 n. 124 si occupa dell'*in house* nell'art. 19, il decreto legislativo 19 agosto 2016 n. 175 negli artt. 2, 4, 12; il nuovo codice degli appalti pubblici negli artt. 5 e 192 (1). Queste norme costituiscono una nuova disciplina dell'*in house*. In particolare, il decreto legislativo n. 175 del 2016 stabilisce quando e a che fine costituire una società *in house* (artt. 2, 4, 12), mentre il nuovo codice ammette l'*in house* negli appalti pubblici e permette gli affidamenti diretti (art. 192). Da questa disciplina emerge che la società *in house* ha un oggetto sociale esclusivo ed opera in prevalenza a favore dell'ente controllante e sotto controllo analogo (artt. 2 e 4 decr. legs. 19 agosto 2016 n. 175); il che, nel codice degli appalti pubblici, spiegherebbe la possibilità di affidamento diretto, in deroga al principio di gara (artt. 5 e 192 del codice appalti).

Appare così una peculiare natura dell'*in house* odierno: è legata all'idea di autoproduzione e di esclusiva e nasce per soddisfare le esigenze di risparmio della finanza pubblica assunte dalla riforma (2). Potrebbe fondarsi sull'autonomia organizzativa, rispecchiando un solido orientamento della dottrina (3). Si da arrivare oggi a toccare un punto conclusivo che, tra i vari caratteri dell'*in house* sinora

(1) Com'è noto, la legge 7 agosto 2015 n. 124 è la legge delega sulla riforma della pubblica amministrazione (cd. legge Madia), il decreto 19 agosto 2015 n. 175 è il « Testo unico sulle società partecipate ». In specie, quanto alla legge Madia, non sembra che la sentenza 9 novembre 2016 n. 215 della Corte costituzionale abbia modificato il quadro delle disposizioni sostanziali introdotte dalla legge e quindi il ragionamento che si svolgerà in questo studio, giacché la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della legge delega nella parte in cui non prevede l'intesa ma il semplice parere delle regioni.

(2) Per questa prospettiva, collegata alla finanza pubblica, v. G. PESCATORE, *L'inedito modello dell'in house orizzontale*, *Enc giur Treccani. Libro dell'anno 2015*, 257; C. CONTESSA, *La spending review ai sensi del d.l. n. 66/2014*, *Enc giur Treccani. Libro dell'anno 2015*, 261.

(3) Senza pretesa di completezza, ci si limita ad autorevoli prospettive dogmatiche, che indirizzano il ragionamento qui svolto: cfr. R. CAVALLO PERIN, *Il modulo "derogatorio": in autoproduzione o in house providing*, in *L'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica*, a cura di H. Bonura e M. Cassano, Torino, 2011, 119-135; nonché R. CAVALLO PERIN, *La razionalizzazione dell'amministrazione indiretta: enti strumentali, società ed altri organismi nella prospettiva della riforma della p.a.*, in *L'amministrazione*

emersi, privilegia quello della prevalenza delle esigenze dell'ente controllante: l'*in house* potrebbe esistere per produrre opere pubbliche e servizi pubblici; ma non potrebbe assumere tutte le opere o i servizi, indistintamente, ma solo quelli che siano riferibili in prevalenza ai fini e alle finanze dell'ente controllante, salvaguardando così anche le esigenze della spesa pubblica. È questo un risultato che sembra utile e che alle ultime riforme deriva dalle stratificazioni delle norme precedenti; sembra dunque opportuna una breve considerazione dell'evoluzione normativa. In questo modo si avrà la possibilità di notare come una formula inizialmente vaga ed elastica sia giunta ad assumere un valore così definito proprio allo scopo di assicurare una certa autoproduzione pubblica, in un regime di controllo della spesa pubblica.

2. Breve evoluzione.

La figura dell'*in house*, si sa, inizialmente non trovava una definizione e una disciplina puntuale nella normativa comunitaria e nazionale. La connotazione dell'istituto veniva infatti ricavata, in negativo, dalla differenziazione dell'*in house* rispetto alle figure tipizzate dell'appalto e della concessione di pubblici servizi le quali sono sempre state connotate da una evidente alterità soggettiva, mentre nel dell'*in house providing*, laddove la società agisce da organo (pur se con personalità giuridica) del soggetto pubblico.

In questa luce, vale ricordare la definizione offerta da autorevole dottrina (4): « Siamo in presenza di un modello organizzativo interamente espressione del potere di auto-organizzazione della pubblica amministrazione, direttamente discendente dalla sua autonomia organizzativa e istituzionale, e conseguente alla scelta autonoma e non sindacabile nel merito di risolvere e soddisfare la domanda di prestazione dei propri utenti attraverso una relazione organizzativa ad hoc costituita ».

Nel sistema così delineato (5), fondamentale cominciava a profilarsi il contributo della giurisprudenza comunitaria (6), che individuava proprio nella mancanza di siffatta relazione intersoggettiva la motivazione per derogare all'obbligo della gara per l'affidamento del servizio pubblico. L'essere parte integrante dell'organizzazione amministrativa, unitamente alla sussistenza dei requisiti del controllo analogo e dell'attività prevalente, determinava, secondo i Giudici comunitari, il

che cambia. Fonti, regole e percorsi di una nuova stagione di riforme, a cura di F. Mastragostino, G. Piperata, C. Tubertini, Bologna, 2016, 115-124.

(4) D. DE BLASI, *I servizi pubblici locali tra riforma e riedizione di vecchi modelli*, Il Corriere del merito - Rassegna n. 3/2011.

(5) Il principio è stato ulteriormente ribadito al considerando 5 della nuova direttiva appalti settori classici 2014/24/UE, secondo cui « è opportuno rammentare che nessuna disposizione della presente direttiva obbliga gli Stati membri ad affidare a terzi o a esternalizzare la prestazione di servizi che desiderano prestare essi stessi o organizzare con strumenti diversi dagli appalti pubblici ai sensi della presente direttiva ».

(6) Corte di Giustizia delle Comunità Europee, sentenza « Teckal » del 18 novembre 1999, causa C-107/98.

legittimo configurarsi dell'affidamento diretto. Così, riprendendo la nota sentenza « Teckal », il tratto saliente dell'*in house* è nel controllo interno stringente.

Emerge dunque il criterio del controllo analogo e dell'attività prevalente, da tempo trasfusi nella normativa nazionale e in futuro ripresi dalle recentissime riforme. Per questo vale la pena di vederne l'analisi dottrinale. Al che appare necessario distinguere il concetto di « controllo strutturale », ossia il potere di nomina della maggioranza dei componenti degli organi di amministrazione, direzione o vigilanza della società, da quello di « controllo sull'attività », che consiste, invece, nella valutazione di conformità dell'attività svolta dalla società ad un parametro legale o di efficienza (7).

L'orientamento dottrinale prevalente ha sempre ritenuto che, per aversi controllo analogo, fosse necessario, oltre al controllo sull'attività, anche quello strutturale: « *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* (8) ».

Secondo la menzionata teoria, infatti, per integrare il controllo analogo può non essere sufficiente il controllo della maggioranza assembleare o il potere di nomina della maggioranza dei componenti degli organi di amministrazione della società. Al fine di verificarne la sussistenza, occorre, infatti, provare che gli enti territoriali affidanti dispongono di penetranti poteri di indirizzo sull'amministrazione dell'organizzazione in house (9).

Un diverso orientamento partiva invece dal presupposto che, per configurarsi il controllo analogo, dovevano concorrere i seguenti elementi: la dipendenza formale, la dipendenza economica e quella amministrativa. Solo in tal caso, l'aggiudicatario risultava essere una sorta di *longa manus* dell'ente territoriale.

Così sviluppato, il controllo analogo porta al rapporto produttivo con l'ente controllante e quindi al secondo requisito, quello dell'attività prevalente. Su di essa la dottrina ha sempre avallato la posizione della giurisprudenza comunitaria: la società in house deve realizzare la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano (10). Ha, inoltre, interpretato la formula utilizzata dalla Corte di giustizia nel senso che andrebbero considerate sia le

(7) Con la citata direttiva 2014/24/UE (che prevede il controllo strutturale e funzionale sull'attività dell'organismo), il Legislatore europeo ha — per così dire — « chiuso il cerchio » di un dibattito piuttosto vivace relativo al se il controllo analogo dovesse essere inteso come *controllo di tipo strutturale* sulla società *in house*, ovvero come *controllo sull'attività* dalla stessa svolta (si tratta di un dibattito invero in larga parte già risolto dalla giurisprudenza della Corte, la quale aveva optato sul punto per una soluzione di massimo rigore applicativo, richiedendo — di fatto — la sussistenza di entrambi i requisiti).

(8) R. CAVALLO PERIN e D. CASALINI, *L'in house providing: un'impresa dimezzata*, *Dir. Amm.*, 2006, 51 ss.

(9) G. CAIA, *Autonomia territoriale e concorrenza nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali*, in www.giustizia-amministrativa.

(10) Già citata sentenza Teckal.

prestazioni svolte nei confronti dell'amministrazione controllante, sia quelle svolte per conto della stessa (11). Secondo questa tesi, il requisito dell'attività principale evidenzerebbe una dipendenza economico-giuridica dell'organizzazione *in house* che, completando quella decisionale del controllo analogo, dimostrerebbe l'appartenenza dell'ente *in house* all'organizzazione pubblica dell'amministrazione controllante. Aderendo alla menzionata opinione dottrina, quindi, l'organizzazione *in house* non solo non potrebbe svolgere, in via principale, qualsiasi attività economica; ma si caratterizzerebbe 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, ossia dell'ente pubblico che ha inteso divenire socio di controllo dell'organizzazione *in house* (12).

Ebbene, proprio in aderenza alle spinte di maggiore apertura provenienti da talune pronunce giurisprudenziali e, soprattutto, da numerosi Stati membri, la nuova Direttiva sugli appalti pubblici (13) ha rivisitato i requisiti tradizionali dell'*in house*. È particolarmente interessante la rivisitazione del requisito della destinazione prevalente contenuta nell'art. 12, 1° par., lett. b della citata Direttiva, giacché il requisito riappare nell'odierno art. 4, comma 4, del decreto legislativo n. 175/2016 e nell'art. 5 del nuovo codice degli appalti pubblici. La norma comunitaria dà una compiuta e dettagliata quantificazione, nella parte in cui prevede che oltre l'80 % delle attività della persona giuridica controllata siano effettuate nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'amministrazione controllante. Ancora più in dettaglio, il par. 5 dell'art. 12 stabilisce che « *per determinare la percentuale delle attività si prende in considerazione il fatturato totale medio, o una idonea misura alternativa basata sull'attività, quali i costi sostenuti dalla persona giuridica o amministrazione aggiudicatrice in questione nei campi dei servizi, delle forniture e dei lavori per i tre anni precedenti l'aggiudicazione dell'appalto* ».

I canoni interpretativi recentemente introdotti dalla direttiva comunitaria sono stati oggetto di esame da parte del Consiglio di Stato (14) che, nel rivedere l'orientamento tradizionale, ha precisato come « *il legislatore europeo abbia introdotto per la prima volta una dettagliata disciplina in materia con diritto scritto* ».

(11) La direttiva 2014/24/UE supera il dibattito — svoltosi anche in ambito nazionale — sul se, ai fini del requisito dell'attività prevalente, « *la parte più importante dell'attività* » dell'organismo *in house* fosse da riferire alle attività svolte nei confronti dell'Ente conferente, ovvero alle attività svolte *per conto* di tale Ente. È infatti evidente che la formulazione finale del testo sia di ampiezza tale da ricomprendere entrambi i profili, peraltro in base a indicazioni già desumibili dalla sentenza *Carbotermo* del maggio 2006.

(12) Più recentemente, il giudice comunitario (C. giust. CE, sez. II, 17 luglio 2008 C-371/05) ha integrato i requisiti applicativi dell'istituto dell'*in house*, aggiungendo, ai criteri del controllo analogo e dell'attività prevalente, anche la condizione dell'appartenenza pubblica dell'intero capitale sociale, non derogabile in presenza di partecipazioni private, sia pur minime, e non compatibile con previsioni statutarie di future ed eventuali privatizzazioni di parte del capitale sociale.

(13) Direttiva 2014/24/UE del 26 febbraio 2014.

(14) Cons. St., sez. II, parere 30 gennaio 2015, n. 298.

destinata a regolare la concorrenza nei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture ». Ne veniva dunque un impatto inevitabile sul sistema nazionale.

Quanto al controllo analogo, per accertare la sussistenza, non si ritenne sufficiente il semplice esercizio degli strumenti di cui dispone il socio di maggioranza secondo le regole proprie del diritto societario e gli operatori del diritto e, nel silenzio della legge, ci si avvale del tratto più significativo di tale forma di controllo (15), delineato dal Consiglio di Stato: « (...) *il controllo si sostanzia in un rapporto equivalente, ai fini degli effetti pratici, ad una relazione di subordinazione gerarchica; tale situazione si verifica quando sussiste un controllo gestionale e finanziario stringente dell'ente pubblico sull'ente societario (...)* » (16).

Gli elementi caratterizzanti il controllo si manifestano, quindi, in strumenti che materializzano l'esistenza di un controllo peculiare, sia sulle procedure formali di adozione delle decisioni inerenti alle obbligazioni contrattuali, sia sulle politiche e strategie industriali, per assicurare che non si sviluppino in contrasto con le effettive esigenze e necessità degli enti pubblici azionisti.

Diverso fu, invece, il discorso relativamente alle società miste a prevalente capitale pubblico (cioè con capitale pubblico maggioritario). Per quanto concerne la scelta del partner privato, la giurisprudenza, ormai da tempo, riteneva necessaria l'esplicazione di una procedura ad evidenza pubblica nel rispetto dei principi comunitari di concorrenza, trasparenza, parità di trattamento, proporzionalità (17).

(15) Si rinvia, per un'analisi più approfondita in materia di controllo analogo, alla nota dello stesso Autore pubblicata su *Giustizia amministrativa — Rivista di diritto pubblico* n. 1/2012.

(16) Cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 25 gennaio 2005, n. 168.

(17) Ciò in virtù del fatto che, secondo la Corte di Giustizia « ... *se una società ha un socio privato, o prevede nello statuto l'apertura al capitale privato, la presenza di una componente privatistica comporterà una deviazione dell'attività dell'ente dai suoi fini, meramente pubblici, inquinando il requisito teleologico che solo giustifica il fenomeno dell'affidamento in house ...* » (cfr. Corte di Giustizia, sentenza Brixen del 13 novembre 2005 n. 458). L'espressione più chiara e puntuale del citato indirizzo interpretativo è contenuta in una decisione del Consiglio di Giustizia Amministrativa della Regione Siciliana 27 ottobre 2006, n. 589: « ... *la stretta osservanza del diritto comunitario in materia di società miste comporta un'interpretazione restrittiva se non addirittura disapplicativa dell'art. 113, comma 5, lettera b), del D.lgs. 267/2000 nel senso che la costituzione di una tale società, anche con scelta del socio a seguito di gara, non esime dalla effettuazione di una seconda gara per l'affidamento del servizio. La gara per la scelta del socio privato, infatti, non è sovrapponibile a quella per l'affidamento del servizio, avendo tali procedure finalità ben distinte. Peraltro, l'affidamento diretto del servizio a società mista concreterebbe un affidamento in house al di fuori dei requisiti richiesti dal diritto comunitario, posto che se il socio privato detiene delle quote nella società aggiudicataria occorre presumere che l'autorità aggiudicatrice non possa esercitare su tale società un « controllo analogo » a quello da essa esercitato sui propri servizi ...* ». Infine la Corte di Giustizia, con la sentenza C-196/08 del 15 ottobre 2009, stabilì che: « ... *i criteri di scelta del socio privato si riferiscono non solo al capitale da quest'ultimo conferito, ma altresì alle capacità tecniche di tale socio e alle caratteristiche della sua offerta in considerazione delle prestazioni specifiche da fornire. Pertanto, ove al socio in questione viene affidata l'attività operativa del servizio di cui trattasi e la gestione di quest'ultimo, si può ritenere che la scelta del concessionario risulti indirettamente da quella del socio medesimo effettuata al termine di una procedura che rispetta i principi del diritto comunitario, cosicché non si giustificerebbe*

Nel frattempo la soluzione della ammissibilità dell'affidamento di servizi senza gara a società miste, in cui il socio privato sia stato designato attraverso gara pubblica, era già stata trovata con la Legge n. 133/2008. La norma intervenne anche in materia di affidamento *in house* in favore di *società a capitale interamente pubblico*. Infatti, l'art. 23-bis della L. 133/08 (18) dopo aver stabilito, al comma 2, il principio generale che l'affidamento dei servizi pubblici locali doveva avvenire mediante procedura competitiva ad evidenza pubblica a favore di imprenditori, o di società in qualunque forma costituite, nonché a favore di società a partecipazione mista pubblica e privata, a condizione che la selezione del socio avvenga mediante procedure competitive ad evidenza pubblica le quali abbiano ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio.

Così emerge il terzo elemento di cui si diceva, la questione dei limiti dell'*in house*. Il quadro di riferimento venne più puntualmente definito con l'entrata in vigore del Regolamento di attuazione dell'art. 23 — *bis* della legge n. 133/2008. La norma secondaria, infatti, all'art. 2, demandava agli enti locali la verifica circa la possibilità di aprire l'attività alla concorrenza limitando, per l'effetto, l'attribuzione dei diritti di esclusiva (19).

una seconda procedura di gara ai fini della scelta del concessionari sempre che, beninteso, l'oggetto sociale rimanga invariato per l'intera durata della concessione ... ». A siffatto ultimo pronunciamento si conformò, successivamente, anche il Consiglio di Stato¹⁷ il quale, dopo aver chiarito la natura della società mista quale forma di partenariato pubblico — privato costituito per la gestione di uno specifico servizio per un tempo determinato, precisò che « (...) in caso di società mista non si ha una esenzione dal principio della gara, ma un mutamento dell'oggetto della gara, che deve sempre essere esperita ma non più per trovare il terzo gestore del servizio, bensì il partner privato con cui gestire il servizio (...) » (Cfr. Consiglio di Stato, Sezione V, sentenza del 15 ottobre 2010, n. 7533).

(18) Abrogato, come si dirà meglio in seguito, dall'art. 1, comma 1, D.P.R. 18 luglio 2011, n. 113.

(19) Nello specifico, gli enti locali accertavano la realizzabilità di una gestione concorrenziale dei servizi pubblici locali, limitando l'attribuzione di diritti di esclusiva, ove non diversamente previsto dalla legge, ai casi in cui, in base ad una analisi di mercato, la libera iniziativa economica privata non risultasse idonea, secondo criteri di proporzionalità, sussidiarietà orizzontale ed efficienza, a garantire un servizio rispondente ai bisogni della comunità, e liberalizzando in tutti gli altri casi le attività economiche compatibilmente con le caratteristiche di universalità ed accessibilità del servizio. In questa prospettiva, di particolare interesse è anche la disposizione di cui all'art. 4, comma 1 del citato regolamento attuativo, la quale fissava la soglia di rilevanza degli affidamenti di servizi pubblici locali ai fini dell'espressione del parere di cui all'art. 23-bis, comma 4 (il parere dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato), nella somma di 200.000,00 euro annui. La norma, giova precisare, venne varata nei suddetti termini malgrado il Consiglio di Stato, nel parere n. 2415 del 24 maggio 2010, avesse ritenuto l'impatto di tale previsione assolutamente irrazionale in quanto « (...) da un lato sarebbero assoggettati al parere gli affidamenti di servizi di modesto valore economico nei comuni con popolazione superiore a 50.000 persone; dall'altro vi sarebbero sottratti la maggior parte dei servizi locali affidati dai comuni di piccole e medie dimensioni. Il primo effetto produce un inutile sovraccarico dell'Autorità garante, il secondo contrasta con la funzione del parere di cui all'articolo 23-bis, comma 4, che è di garantire l'eccezionalità dell'affidamento diretto, attraverso uno scrutinio di tipo tecnico sulle scelte dell'ente locale, sovente guidate da motivazioni politiche (...) ».

Successivamente, il quadro normativo di riferimento è stato oggetto di ulteriori mutamenti, che hanno confermato l'orientamento politico teso alla liberalizzazione dei servizi pubblici locali, con limiti più rigorosi (20). E proprio sui limiti della figura è infine intervenuta la Corte Costituzionale, con sentenza n. 199/2012, dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art. 4 del decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 settembre 2011, n. 148, giacché la norma opera una drastica riduzione delle ipotesi di affidamento in house ed è quindi in difformità rispetto a quanto previsto dalla normativa comunitaria, che invece consente la gestione diretta del servizio pubblico da parte dell'ente locale, quando l'applicazione delle regole di concorrenza ostacoli, in diritto o in fatto, la « speciale missione » dell'ente pubblico. Così sarebbe stato riconosciuto, in concreto, il valore sovrano della normativa comunitaria. Questo risultato va messo a confronto con la nuova disciplina, introdotta dalle riforme amministrative odierne.

3. *La società in house nella futura riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche.*

Tutto questo complesso, fatto di evoluzione normativa e di giurisprudenza, ha prodotto un punto che sembra conclusivo. La legge 7 agosto 2015 n. 124 (cd. Legge Madia), nel fissare principi e criteri direttivi per il riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di interesse economico generale, statuisce la necessità di individuare « ..anche per tutti i casi in cui non sussistano i presupposti della concorrenza nel mercato, le modalità di gestione o di conferimento della gestione dei servizi nel rispetto dei principi dell'ordinamento europeo, ivi compresi quelli in

(20) In particolare, l'art. 4, primo comma del D.L. n. 138/2011 (dichiarato costituzionalmente illegittimo dalla Consulta), riproducendo sostanzialmente il vecchio art. 23-bis, prevedeva che: « *Gli enti locali, nel rispetto dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi, verificano la realizzabilità di una gestione concorrenziale dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, di seguito "servizi pubblici locali", liberalizzando tutte le attività economiche compatibilmente con le caratteristiche di universalità e accessibilità del servizio e limitando, negli altri casi, l'attribuzione di diritti di esclusiva alle ipotesi in cui, in base ad una analisi di mercato, la libera iniziativa economica privata non risulti idonea a garantire un servizio rispondente ai bisogni della comunità* ». Il successivo comma 2, come da ultimo novellato dalla legge n. 148/2011, dispone poi che: « *All'esito della verifica di cui al comma 1 l'ente adotta una delibera quadro che illustra l'istruttoria compiuta ed evidenzia, per i settori sottratti alla liberalizzazione, le ragioni della decisione e i benefici per la comunità locale derivanti dal mantenimento di un regime di esclusiva del servizio. Con la stessa delibera gli enti locali valutano l'opportunità di procedere all'affidamento simultaneo con gara di una pluralità di servizi pubblici locali nei casi in cui possa essere dimostrato che tale scelta sia economicamente vantaggiosa* ». L'importanza della verifica di cui al precedente punto, e quindi il primo limite che il legislatore ha posto alla gestione in house, è evidenziata nel comma 4 del medesimo art. 4, il quale testualmente recita: « *La verifica di cui al comma 1 è effettuata entro dodici mesi dall'entrata in vigore del presente decreto e poi periodicamente secondo i rispettivi ordinamenti degli enti locali; essa è comunque effettuata prima di procedere al conferimento e al rinnovo della gestione dei servizi. In caso contrario e comunque in assenza della delibera di cui al comma 2, l'ente locale non può procedere all'attribuzione di diritti di esclusiva ai sensi del presente articolo.* »

materia di auto-produzione, e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di autonomia organizzativa, economicità, efficacia, imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità ... » (art. 19).

La norma richiama due concetti, l'autoproduzione e l'autonomia organizzativa. Costituiscono l'essenza dell'*in house providing*.

Quest'idea riappare anche nelle norme successive di attuazione, nel decreto legislativo n. 175/2016 e nel nuovo codice degli appalti. In particolare, il decreto legislativo n. 175 del 2016 definisce la società in house come società sottoposta a « controllo analogo » (art. 2 lett. o) (21); stabilisce poi che la società in house, come tutte le società pubbliche, può esser costituita solo per soddisfare esigenze strettamente necessarie alle finalità istituzionali (art. 4 comma 1) e, in particolare, impone che la società in house possa realizzare tre finalità: servizi di interesse generale; opera pubblica; autoproduzione di beni e servizi strumentali (art. 4, comma 4); e considera queste attività come « l'oggetto esclusivo » della società in house (art. 4 comma 4); infine impone che la società agisca « in via prevalente » per l'ente partecipante. A chiusura, stabilisce che la responsabilità dei dipendenti dell'*in house* sia attribuita alla Corte dei Conti (art. 12). In questa prospettiva si spiega perché il codice degli appalti permetta l'affidamento diretto alla società in house, ponendo, come unica condizione, che l'amministrazione aggiudicatrice che ha il controllo analogo sia iscritta in uno speciale registro gestito dall'Anac (art. 192).

Appare così meglio, come si diceva, un'idea che potrebbe essere essenziale: quella dell'autonomia e dell'autoproduzione in esclusiva, per realizzare risultati tipici della sfera pubblica, come i servizi di interesse generale, le opere pubbliche, i beni e i servizi strumentali (art. 4, comma 4, decr. legs. n. 175/2016). Questo spiegherebbe il controllo analogo e la responsabilità della Corte dei conti. E permetterebbe, altresì, la possibilità dell'affidamento diretto. Appare dunque una figura di società con precisi caratteri: è pubblica, esclusiva, eccezionale, autonoma, indipendente dal mercato e dalla concorrenza.

Il problema che la figura pone, dunque, è la compatibilità con il diritto comunitario della concorrenza. Difatti, emerge la questione della legittimità della scelta in favore dell'autoproduzione pubblica, considerata come limite esterno alle regole della concorrenza (22). In fondo, vi è l'idea che il fondamento sia proprio nel

(21) Inoltre l'art. 2 lett. c definisce il « controllo analogo »: la situazione in cui l'amministrazione esercita su una società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, esercitando un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della società controllata. Tale controllo può anche essere esercitato da una persona giuridica diversa, a sua volta controllata allo stesso modo dall'amministrazione partecipante

(22) L'*in house providing* è definizione di ciò che appartiene all'organizzazione pubblica e che si pone, dunque, come limite esterno alle regole della 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. Per una disamina di questi aspetti, cfr.

cd. principio di auto-organizzazione amministrativa, che, a sua volta, trova corrispondenza nel più generale principio comunitario di autonomia istituzionale.

In questa luce, è bene premettere che l'organizzazione della produzione dei beni e dei servizi pubblici è senz'altro condizionata dalla necessità di adeguarsi al principio di derivazione comunitaria che favorisce l'apertura alla concorrenza del mercato dei servizi. L'obiettivo principale dell'Unione europea è, infatti, rappresentato dalla realizzazione di un mercato comune caratterizzato da « *un regime di tipo liberista* », teso a favorire « *la libera iniziativa privata e basato su regole volte a tutelare la concorrenzialità fra imprese, senza alcuna discriminazione tra settore pubblico e settore privato* » (23). Peraltro, il favor per l'apertura dei mercati alla libera concorrenza non comporta una totale chiusura dell'ordinamento comunitario verso l'intervento diretto in economia da parte degli enti pubblici. Anzi, il diritto europeo della Unione ammette che l'amministrazione pubblica disponga di un ambito di libertà tale da permetterle di organizzare la propria struttura e la produzione di beni e servizi per la collettività nel modo che essa ritenga meglio rispondente alle necessità della medesima collettività (24). Inoltre, l'esigenza di produrre servizi e beni d'interesse generale emerge, ancora, dall'art. 36 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (25), che inquadra l'accesso ai servizi generali come mezzo per acquisire la coesione territoriale e sociale.

Pertanto, alla stregua del diritto dell'Unione il contrasto tra l'interesse all'apertura dei mercati, da un lato, e i valori sociali e le prerogative delle autonomie sociali dall'altro, può risolversi anche con il sacrificio del primo e, conseguentemente, con la sottrazione al libero mercato della produzione di alcuni beni e servizi, laddove la gestione pubblica e diretta del servizio sia giustificata alla luce di ragioni obiettive di tutela dell'interesse generale. Del resto, anche la Corte di Giustizia ha chiaramente riconosciuto che: « *eventuali clausole restrittive della concorrenza ... devono essere ammesse se risultano necessarie per consentire lo svolgimento del servizio di interesse generale da parte dell'impresa incaricata* » (26).

In conclusione, quindi, nelle recenti riforme amministrative, la libertà di autoproduzione dei servizi pubblici locali appare « rinvigorita » e finalmente è espressa in tutta la sua chiarezza, ma pur sempre resta limitata dal quadro

R. CAVALLO PERIN, *Il modulo « derogatorio »: in autoproduzione o in house providing ...* op. loc. cit.

(23) In tal senso si esprime C. IAIONE *Le società in house. Contributo al principio di auto-organizzazione e auto-produzione degli enti locali*, Napoli, 2012.

(24) In tal senso le Conclusioni dell'Avvocato generale LA PERGOLA nella causa 360/96, *Gemeente Arnhem, Gemeente Rheden c. BFI Holding Bv.*

(25) La disposizione precisa che: « *Al fine di promuovere la coesione sociale e territoriale dell'Unione, questa riconosce e rispetta l'accesso ai servizi d'interesse economico generale quale previsto dalle legislazioni e prassi nazionali, conformemente al trattato che istituisce la Comunità europea* ».

(26) Sentenza 27 aprile 1994, causa C-393/92.

« costituzionale » e comunitario appena descritto, con il quale appare assolutamente coerente (27).

ANTONIO ILACQUA

(27) Unica nota discordante sembra essere, invero, l'articolo 14, comma 6 dello schema di decreto legislativo recante « *Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica* », il quale prevede che « *Nei cinque anni successivi alla dichiarazione di fallimento di una società a controllo pubblico titolare di affidamenti diretti, le pubbliche amministrazioni controllanti non possono costituire nuove società, né acquisire o mantenere partecipazioni in società, qualora le stesse gestiscano i medesimi servizi di quella dichiarata fallita* ». La norma, che inserita nell'articolo rubricato « *Crisi d'impresa di società a controllo pubblico* » finisce con l'avere una funzione squisitamente sanzionatoria per l'ente, limita arbitrariamente l'intervento diretto in economia dei soggetti pubblici, in quanto volutamente eccede i principi ispiratori della legge delega (si veda, in particolare, l'articolo 18 della legge Madia). Quest'ultima, infatti, ha quale fine prioritario la tutela e promozione della concorrenza anche attraverso la preventiva definizione di condizioni e limiti per la costituzione e la conservazione di società pubbliche controllate, o per la liquidazione delle stesse in caso di perdite di bilancio. Nessuna « misura interdittiva » per l'ente è prevista, invece, in caso di dichiarazione di fallimento di società partecipate (salvo eventuali responsabilità di amministratori e organi di controllo), meno che mai la limitazione della libertà di scelta della forma di gestione di determinati servizi, che appare peraltro alquanto dissonante in un sistema sempre più improntato al regime giuridico civilistico.