

La compatibilità comunitaria dei limiti nazionali per il ricorso all'in house providing

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA, Sez. IX, 6 febbraio 2020, cause riunite da C-89/19 a C-91/19 – Pres. Rel. S. Rodin, – Rieco SpA c. Comune di Lanciano c. Comune di Ortona c. Comune di San Vito Chietino c. Ecolan SpA; nei confronti di Comune di Ortona Comune di Treglio; ANAC.

Rinvio pregiudiziale – d.lgs. 50/2016 – Art. 192 comma 2 - Direttiva 2014/24/CE – Art. 12 par. 3 – Regime speciale degli affidamenti a società *in house* - Normativa nazionale che impone alle stazioni appaltanti oneri motivazionali rafforzati per l'affidamento a società *in house* di contratti con oggetto servizi disponibili sul mercato.

La Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha statuito che: "L'articolo 12, paragrafo 3, della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, deve essere interpretato nel senso che non osta a una normativa nazionale che subordina la conclusione di un'operazione interna, denominata anche «contratto in house», all'impossibilità di procedere all'aggiudicazione di un appalto e, in ogni caso, alla dimostrazione, da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, dei vantaggi per la collettività specificamente connessi al ricorso all'operazione interna."

La Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha statuito che: "L'articolo 12, paragrafo 3, della direttiva 2014/24 deve essere interpretato nel senso che non osta ad una normativa nazionale che impedisce ad un'amministrazione aggiudicatrice di acquisire partecipazioni al capitale di un ente partecipato da altre amministrazioni aggiudicatrici, qualora tali partecipazioni siano inadeguate a garantire il controllo o un potere di veto e qualora detta amministrazione aggiudicatrice intenda acquisire successivamente una posizione di controllo congiunto e, di conseguenza, la possibilità di procedere ad affidamenti diretti di appalti a favore di tale ente, il cui capitale è detenuto da più amministrazioni aggiudicatrici."

1. L'ordinanza di rinvio pregiudiziale del Consiglio di Stato del 7 gennaio 2019 e le posizioni già espresse dalla CGUE prima dell'ordinanza del 6 febbraio 2020.

Con l'ordinanza di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia del 7 gennaio 2019, il Consiglio di Stato si interrogava sulla compatibilità rispetto al diritto comunitario della disposizione dell'art. 192 comma secondo del Codice dei contratti pubblici, che subordina ad una duplice condizione l'affidamento a società *in house* di servizi pubblici che sarebbero altrimenti acquisibili sul libero mercato. La norma impone un obbligo motivazionale di segno negativo sulla mancata esternalizzazione del servizio, nonché la dimostrazione in senso positivo degli specifici benefici erogati alla collettività dall'opzione per l'affidamento *in house*, alla luce degli obiettivi di universalità, socialità, efficienza, economicità, qualità del servizio. Ne risulterebbe, a parere del Consiglio di Stato, un quadro in cui l'affidamento *in house* assume una posizione residuale e secondaria rispetto al ricorso al mercato concorrenziale, individuata invece come opzione da prediligere da parte delle stazioni appaltanti. Appare, pertanto, dubbia la tenuta della disposizione *de qua* rispetto ai principi dell'ordinamento comunitario trasfusi nella Direttive 2014/24/UE e 2014/23/UE. Secondo il Consiglio di

Stato, la risoluzione della questione critica sulla compatibilità comunitaria della normativa nazionale, presuppone di chiarire i termini del rapporto tra due principi generali di origine comunitaria relativi all'affidamento dei servizi pubblici: da una parte il principio di libera organizzazione delle amministrazioni pubbliche di cui agli art. 2 della Direttiva 2014/23/UE¹ e considerando 5 della Direttiva 2014/24/UE; dall'altra il principio di concorrenza che deve informare il mercato dei contratti pubblici. Secondo la lettura interpretativa del Consiglio di Stato, il principio di concorrenzialità del mercato dei servizi affidati dalle pubbliche amministrazioni dovrebbe ricevere applicazione consequenziale, cioè a valle della scelta, prioritaria, per l'esternalizzazione o l'autoproduzione del servizio. In sintesi, la libera autodeterminazione della pubblica amministrazione rispetto all'alternativa tra *insourcing* o *outsourcing* precederebbe e perciò condizionerebbe ogni aspirazione di concorrenzialità del mercato. Pertanto, sarebbe scorretto configurare l'*in house providing* come modello residuale e recessivo rispetto al ricorso al mercato dei servizi. Piuttosto, esternalizzazione e autoproduzione dovrebbero risultare alternative amministrative del tutto equipollenti secondo un giudizio di valore. Secondo l'ordinanza di rinvio pregiudiziale, simile interpretazione troverebbe poi conferma nella giurisprudenza della CGUE e in dichiarazioni della Commissione Europea.² Sulla base dei richiamati rilievi, il Consiglio di Stato rimetteva dunque alla CGUE la questione pregiudiziale di compatibilità comunitaria di una normativa interna (l'art. 192 comma 2 del d.lgs. n. 50/2016) che subordinasse l'*in house providing* a condizioni aggravate rispetto al ricorso al mercato, denotando un generale disfavore del legislatore nazionale.

Inoltre, il supremo consesso della giustizia amministrativa rivolgeva un ulteriore quesito alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea. Le perplessità si appuntavano sull'art. 4 comma 1 del Testo Unico sulle società partecipate per cui è inammissibile la creazione di una società *in house* il cui capitale sia partecipato da pubbliche amministrazioni, prive di potere di controllo. Diversamente, è pacifica l'ammissibilità dell'*in house* a controllo congiunto cui partecipino capitali privati, privi di sostanziali poteri di controllo, come emerge dall'art. 12 paragrafo 3 della Direttiva 2014/24/UE.³ Il testo dell'art. 4 comma 1 relega infatti all'ipotesi di

¹ Art. 2 della Direttiva 2014/23/UE: “la presente direttiva riconosce il principio per cui le autorità nazionali, regionali e locali possono liberamente organizzare l'esecuzione dei propri lavori o la prestazione dei propri servizi in conformità del diritto nazionale e dell'Unione. Tali autorità sono libere di decidere il modo migliore per gestire l'esecuzione dei lavori e la prestazione dei servizi e per garantire in particolare un elevato livello di qualità, sicurezza e accessibilità, la parità di trattamento e la promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utenza nei servizi pubblici. Dette autorità possono decidere di espletare i loro compiti d'interesse pubblico avvalendosi delle proprie risorse o in cooperazione con altre amministrazioni aggiudicatrici o di conferirli a operatori economici esterni. La presente direttiva fa salvi i regimi di proprietà degli Stati membri. In particolare non richiede la privatizzazione di imprese pubbliche che forniscono servizi al pubblico.”

² In particolare il Consiglio di Stato richiama la sentenza della Grande Sezione del 9 giugno 2009 in causa C – 480/06, e la comunicazione interpretativa della Commissione Europea del 5 febbraio 2008 in tema di applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico privati istituzionalizzati.

³ Art. 12 par. 3 Direttiva 2014/24/UE: “Un appalto pubblico aggiudicato da un'amministrazione aggiudicatrice a una persona giuridica di diritto pubblico o di diritto privato non rientra nell'ambito di applicazione della presente direttiva quando siano soddisfatte tutte le seguenti condizioni: a) l'amministrazione aggiudicatrice esercita sulla persona giuridica di cui trattasi un controllo analogo a quello da essa esercitato sui propri servizi; b) oltre l'80 % delle attività della persona giuridica controllata sono effettuate nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'amministrazione aggiudicatrice controllante o da altre persone giuridiche controllate dall'amministrazione aggiudicatrice di cui trattasi; e c) nella persona giuridica controllata non vi è alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto, prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in

stretta necessarietà la possibilità di acquisire o mantenere partecipazioni pubbliche in società private, e, come osserva perspicuamente il Consiglio di Stato, la prospettazione di un futuro acquisto del controllo analogo congiunto da parte della pubblica amministrazione non appare sufficiente a soddisfare il requisito stringente ora richiamato.

Con l'ordinanza della nona sezione della CGUE del 6 febbraio 2020, la Corte ha risposto in senso negativo ad entrambe le questioni di pregiudizialità sollevate. L'ordinanza della CGUE si presta ad essere letta congiuntamente alla sentenza *Irgita* della CGUE del 3 ottobre 2019 (emanata in risposta ad un rinvio pregiudiziale della Suprema Corte lituana), le cui argomentazioni sono richiamate quasi pedissequamente. Sussiste infatti una significativa analogia tra le fattispecie lituana e italiana oggetto di interpretazione, pur nella diversità delle disposizioni di diritto comunitario assunte a parametro di giudizio di compatibilità: le perplessità del giudice lituano si sono infatti appuntate sulla compatibilità del diritto interno con il paragrafo 1 dell'art. 12 della Direttiva 2014/24/UE (ipotesi di controllo pubblico monistico della società *in house*); nel caso della sentenza italiana, invece, è il paragrafo 3 a venire in rilievo (ipotesi di *in house* a controllo congiunto).⁴ In primo luogo è doveroso richiamare i principi e le disposizioni entro i quali la CGUE ha inquadrato le questioni pregiudiziali sollevate, tanto nella sentenza *Irgita* quanto nell'ordinanza di quest'anno. Innanzi tutto vengono in rilievo i principi relativi all'aggiudicazione degli appalti pubblici enucleati all'art. 12 della direttiva 2014/24/UE: libera circolazione delle merci; libertà di stabilimento; libera prestazione di servizi; parità di trattamento; non discriminazione; mutuo riconoscimento; proporzionalità e trasparenza. Significativi sono inoltre i considerando della medesima direttiva, in particolare il n. 5, che introduce un'ulteriore considerazione di principio per cui *“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”*,⁵ Nonché i considerando n. 31 e 32, laddove, rispettivamente, si stabilisce che *“l'applicazione delle norme in materia di appalti pubblici non dovrebbe interferire con la libertà delle autorità pubbliche di svolgere i compiti di servizio pubblico affidati loro utilizzando le loro stesse risorse, compresa la possibilità di cooperare con altre autorità pubbliche”* e che *“si*

conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata. Si ritiene che un'amministrazione aggiudicatrice eserciti su una persona giuridica un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi ai sensi della lettera a) qualora essa eserciti un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della persona giuridica controllata. Tale controllo può anche essere esercitato da una persona giuridica diversa, a sua volta controllata allo stesso modo dall'amministrazione aggiudicatrice.

⁴ Art. 12 par. 3 Direttiva 2014/24/UE: *“Un'amministrazione aggiudicatrice che non eserciti su una persona giuridica di diritto privato o pubblico un controllo ai sensi del paragrafo 1 può nondimeno aggiudicare un appalto pubblico a tale persona giuridica senza applicare la presente direttiva quando sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni: a) l'amministrazione aggiudicatrice esercita congiuntamente con altre amministrazioni aggiudicatrici un controllo sulla persona giuridica di cui trattasi analogo a quello da esse esercitato sui propri servizi; b) oltre l'80 % delle attività di tale persona giuridica sono effettuate nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dalle amministrazioni aggiudicatrici controllanti o da altre persone giuridiche controllate dalle amministrazioni aggiudicatrici di cui trattasi; e c) nella persona giuridica controllata non vi è alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata”*.

⁵ CGUE, sent. 3 ottobre 2019, par. 3.

dovrebbe garantire che una qualsiasi cooperazione pubblico-pubblico esentata non dia luogo a una distorsione della concorrenza nei confronti di operatori economici privati nella misura in cui pone un fornitore privato di servizi in una situazione privilegiata rispetto ai suoi concorrenti”.

Com'è noto i requisiti di ammissibilità dell'*in house providing* sono stabiliti dall'art. 12 della Direttiva 2014/24/UE. Tuttavia, il legislatore lituano aveva subordinato, similmente a quanto stabilito dall'art. 192 del Codice dei contratti pubblici, la legittimità dell'affidamento diretto di appalti e servizi pubblici a società *in house*, alla soddisfazione di requisiti ulteriori.⁶ La Corte lituana dubitava dunque della compatibilità comunitaria del potere discrezionale degli Stati membri di condizionare il ricorso alla società *in house* a presupposti ulteriori rispetto a quelli recepiti nel diritto comunitario a partire dalla sentenza CGUE *Teckal*. La conclusione rassegnata dalla CGUE nella sentenza *Irgita* del 2019, alla luce dei principi enunciati, confermava tuttavia che la scelta tra autoproduzione e ricorso al mercato fosse rimessa alla libertà degli Stati membri, non potendo il diritto comunitario prefigurare una preferenza tra l'una o l'altra modalità di affidamento. Ciò emerge in modo palese ai paragrafi 43 e 44 della sentenza *Irgita* (le cui considerazioni si ripetono ai paragrafi 32 e 33 dell'ordinanza del febbraio 2020): *“Questa disposizione (art. 12 della Direttiva), che si limita quindi a precisare le condizioni che un'amministrazione aggiudicatrice deve rispettare quando desidera concludere un'operazione interna, ha soltanto l'effetto di autorizzare gli Stati membri ad escludere una tale operazione dal campo di applicazione della direttiva 2014/24. Essa non può quindi privare gli Stati membri della libertà di favorire una modalità di prestazione di servizi, di esecuzione di lavori o di approvvigionamento di forniture a scapito di altre. In effetti, questa libertà implica una scelta che viene effettuata in una fase precedente all'aggiudicazione di un appalto e che non può quindi rientrare nell'ambito di applicazione della direttiva 2014/24”*. Onde escludere che siffatta libertà si traducesse in arbitrio, la sentenza *Irgita* individuava tuttavia i controlimiti al all'opzione discrezionale per l'affidamento diretto a società *in house*, ovvero il rispetto dei principi del TFUE.⁷ Pertanto, la questione problematica sollevata dal Consiglio di Stato era già stata trattata nella precedente giurisprudenza comunitaria, dal momento che la sentenza *Irgita* aveva significativamente concluso nel senso che: *“uno Stato membro può imporre ad un'amministrazione aggiudicatrice condizioni, non previste dall'articolo 12, paragrafo 1, della direttiva 2014/24, per concludere un'operazione interna, in particolare per garantire la continuità, la buona qualità e l'accessibilità del servizio. Alla luce delle considerazioni che precedono, occorre risolvere [...] dichiarando che l'articolo 12, paragrafo 1, della direttiva 2014/24 deve essere interpretato nel senso che non osta ad una norma nazionale con la quale uno Stato membro subordina la conclusione di un'operazione interna, in particolare alla condizione che l'aggiudicazione di un appalto pubblico non garantisca la qualità dei servizi forniti, la loro accessibilità o continuità”*. Nella sentenza inoltre si sottolineava che una eventuale lesione del principio di concorrenza del mercato dei contratti e dei servizi pubblici potesse ravvisarsi solo ove *“la concezione della procedura*

⁶ In particolare il “rispetto di altri criteri di valutazione derivanti in particolare dalla legge sulla concorrenza. [...] in particolare la continuità, la buona qualità e l'accessibilità del servizio, nonché gli effetti dell'operazione interna prevista, da un lato, sulla parità di trattamento degli altri operatori economici e, dall'altro, sulla loro capacità di competere per fornire i servizi in questione”, CGUE, sent. 3 ottobre 2019, par. 23.

⁷ Par. 37 dell'ordinanza del febbraio 2020 e par. 48 della sentenza *Irgita*, 3 ottobre 2019.

d'appalto sia effettuata con l'intento di favorire o svantaggiare indebitamente taluni operatori economici."⁸

Quanto alla risposta della CGUE alla questione pregiudiziale sollevata dall'Italia, si rinvia la sua analisi a seguito della disamina sulla natura e la struttura del modello di società *in house* e dei suoi rapporti rispetto al ricorso al mercato.

2. Natura, struttura e fonti di disciplina comunitaria e nazionale dell'*in house providing*.

La società *in house*⁹ pur essendo una società e titolare di una propria personalità giuridica, si configura, tuttavia come una *longa manus*, un ufficio interno della pubblica amministrazione.¹⁰ La veste societaria, dunque, è soltanto formale, giacché tra pubblica amministrazione e società *in house* controllata intercorre una relazione interorganica che esclude l'autonomia funzionale e decisionale della seconda.¹¹ Il rapporto tra pubblica amministrazione e società *in house* è un giano bifronte: da una parte non sussiste l'alterità soggettiva che giustificerebbe il ricorso alle procedure ad evidenza pubblica per l'instaurazione di un rapporto bilaterale contrattuale; dall'altra parte la società *in house*, resta, per determinati fini, centro di imputazione autonomo di situazioni soggettive e rapporti obbligatori, ad esempio, ai fini dell'assoggettamento a procedure fallimentari.¹²

Rispetto alla società *in house* si riscontra l'ambivalenza di un ente riconducibile ai soggetti di diritto privato, che persegue tuttavia una funzione pubblica, come riconosce anche la più recente giurisprudenza per cui:

⁸ Sentenza Irgita, CGUE 3 ottobre 2019, par. 50.

⁹ Sulla società *in house* si menzionano come riferimenti dottrinali principali: G. Carullo, *Prime riflessioni in merito alle "nuove" eccezioni relative agli affidamenti tra enti nell'ambito del settore pubblico, alla luce della "vecchia" giurisprudenza sull'in house*, in *Rivista di Diritto Pubblico Comunitario*, 2014, 3-4, PP. 823 e ss.; R. Cavallo Perin, *Il modello "derogatorio": in autoproduzione o in house providing*, in *L'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica*, a cura di Bonura-Cassano, Torino, 2011, pp. 119 e ss.; G. Della Cananea, *Le alternative all'evidenza pubblica*, in *I contratti di appalto pubblico*, a cura di Franchini, in *Trattato dei contratti*, VIII, Torino, 2010; L. Diez Picazo, *Il principio di autonomia istituzionale degli stati membri dell'Unione Europea*, *Questioni costituzionali*, 4, 2004, pp. 865 e ss.; F. Fracchia, *In house providing, codice dei contratti pubblici e spazi di autonomia dell'ente pubblico*, *Diritto dell'Economia*, 2, 2012, pp. 243 e ss.; L. Geninatti Satè, *Forme e limiti dell'affidamento dei appalti di lavori tra amministrazioni aggiudicatrici*, *Foro Amministrativo CDS*, 3, 2007, pp. 740 e ss.; Mazzamuto, *L'apparente neutralità comunitaria sull'autoproduzione pubblica: dall'in-house al Partenariato pubblico-pubblico*, *Giurisprudenza Italiana*, 6, 2013, pp. 1415 e ss.; C. Santacroce, *Osservazioni sul «partenariato pubblico-pubblico», tra elaborazioni ed applicazioni giurisprudenziali del modello e nuove direttive europee in materia di appalti e concessioni*, in www.giustamm.it.

¹⁰ Cfr. Parere del Consiglio di Stato, n. 2583 dell'8 novembre 2018, par. 1., in senso analogo Cons. St., sez VI, 2015, n. 2660; Corte Cost., 20 marzo 2013, n. 46; TAR Roma Lazio, sez. II, 2016, n. 7032. Sulla natura giuridica autonoma delle società pubbliche si veda Cass. civ. Sez. Unite Ord., 11 settembre 2019, n. 22712: "deve per altro verso sottolinearsi che - come queste Sezioni Unite hanno già avuto più volte modo di affermare - la società a partecipazione pubblica ha autonoma soggettività, con autonomia giuridica e patrimoniale rispetto al socio pubblico, non perdendo la propria natura di ente privato per il solo fatto che il capitale sia alimentato (anche) da conferimenti provenienti dallo Stato o da altro ente pubblico, e conservando natura privata con organizzazione secondo il tipo societario di stampo civilistico, pubblico essendo soltanto il soggetto che partecipa ad esse, sicché non è configurabile un rapporto di servizio tra l'agente e l'ente pubblico titolare della partecipazione idoneo a radicare la giurisdizione della Corte dei Conti (v. Cass., Sez. Un., 27/12/2017, n. 30978; Cass., Sez. Un., 15/5/2017, n. 11983; Cass., Sez. Un., 22/1/2015, n. 1159; Cass., Sez. Un., 19/12/2009, n. 26806)".

¹¹ L. Perfetti, *Codice dei contratti pubblici commentato*, Ipsoa, 2017, p. 59.

¹² In tal senso in giurisprudenza si veda *ex multis* la recente Cass. civ. Sez. I, Sent. 22 febbraio 2019, n. 5346, in tema di fallimento della società *in house* si veda A. Santuari, *La società in house, disciplina normativa, natura giuridica e crisi d'impresa*, *Il Corriere Giuridico*, 4, 2018, pp. 540 – 544.

“società qui serve solo a significare che, ove manchino più specifiche disposizioni di segni contrario, il paradigma organizzativo va desunto dal modello societario; ma di una società di capitali, intesa come persona giuridica autonoma cui corrisponda un autonomo centro decisionale e cui corrisponda un interesse suo proprio, non è più possibile parlare”.¹³

L'indagine sulla natura soggettiva della società in house ha impegnato soprattutto quella parte di giurisprudenza e di dottrina che ha indagato il riparto di giurisdizione in materia di responsabilità degli amministratori della società in house.¹⁴ Secondo l'orientamento da ultimo affermato, dalla riconosciuta soggettività di diritto privato dell'*in house* consegue l'applicazione delle norme sulle azioni di responsabilità avverso gli amministratori, devolute alla giurisdizione del giudice ordinario.¹⁵ L'azionista e creditore pubblico può dunque proporre dinanzi al giudice ordinario l'azione di responsabilità ex art. 2395 e 2476 c.c. avverso gli amministratori quando il patrimonio sociale a causa di *mala gestio*, non è sufficiente al soddisfare i propri crediti. Ricorre invece il concorso tra l'azione di responsabilità civilistica e l'azione erariale per l'ipotesi in cui sia stata vulnerata in modo specifico la quota di partecipazione sociale dell'ente pubblico stesso.¹⁶ L'azione di responsabilità degli amministratori in ogni caso non esclude la configurabilità in via sussidiaria di una responsabilità erariale, che trova titolo nel danno arrecato al patrimonio pubblico dell'ente pubblico, configurabile come danno diretto, indiretto, patrimoniale o non patrimoniale (danno all'immagine).¹⁷ Il dibattito sulla natura della società *in house* può dirsi oggi esaurito in virtù delle previsioni del T.U. delle società pubbliche, d.lgs. 175/2016, che avvalga la natura di soggetto privato della società *in house*, prevedendone la soggezione al diritto societario comune, derogato nei soli aspetti interessati dall'16 del T.U. In conclusione, la società *in house* non è dunque una pubblica amministrazione in senso stretto (semmai configura organismo di diritto pubblico in funzione dell'applicazione delle norme comunitarie sull'evidenza pubblica) e, pertanto, amministratori e organi non sono legati ad essa da un rapporto di impiego né da un rapporto di servizio. Completa la ricostruzione della società in house come soggetto di diritto privato l'assoggettabilità a fallimento, come ha ricordato anche la Cassazione n. 3196/2017, nonché la devoluzione delle controversie relative al reclutamento del personale e della sua assunzione alla giurisdizione del giudice ordinario.¹⁸

¹³ Cass. Civ., Sez. Unite, 25 novembre 2013, n. 26283, sulla natura della società in house in relazione al fenomeno dell'assenza dell'intersoggettività si veda A. Santuari, *La società in house, disciplina normativa, natura giuridica e crisi d'impresa*, Il Corriere Giuridico, 4, 2018, p. 532.

¹⁴ Un primo orientamento, oggi superato, cui fa capo la sent. 26293/2013 delle Sezioni Unite della Cassazione, ritiene che nella società in house si consumi una perfetta confusione soggettiva tra società ed ente pubblico partecipante, da ciò deriverebbe il pieno assorbimento nel patrimonio societario in quello pubblico con la conseguenza del radicarsi in via esclusiva della giurisdizione del giudice contabile per danno erariale.

¹⁵ Cfr. E. Civerra, *La società in house...è una società*, *Le Società*, 3, 2019, p. 321 e 322: “Il socio pubblico ex art. 2395 può avanzare richiesta di risarcimento del danno spettante al singolo socio o al terzo che sono stati direttamente danneggiati da atto colposi o dolosi degli amministratori. L'azione di responsabilità ex art. 2293 c.c. è lo strumento previsto dall'ordinamento per la tutela dell'interesse sociale e dell'interesse pubblico connesso alla partecipazione. L'azione di responsabilità produce effetti a beneficio dell'intera compagine sociale, atteso che il risarcimento è riconosciuto a favore della società in quanto tale”.

¹⁶ Cfr. F. E. Rizzi, *La società in house: dalla natura giuridica al riparto di giurisdizione*, *Le Società*, 1, 2018, p. 77.

¹⁷ Si veda A. Santuari, *La società in house, disciplina normativa, natura giuridica e crisi d'impresa*, Il Corriere Giuridico, 4, 2018, p. 537.

¹⁸ F. E. Rizzi, *La società in house: dalla natura giuridica al riparto di giurisdizione*, *Le Società*, 1, 2018, p. 76.

Tanto chiarito sulla natura della società *in house*, appare opportuno esaminare la struttura di tale modello. Com'è noto, alla sentenza *Teckal* della CGUE del 18 novembre 1999 si deve la pionieristica individuazione del fulcro dell' *in house providing*, ossia la sottoposizione ad un controllo amministrativo incisivo dal punto di vista strutturale e funzionale, analogo a quello esercitato sui servizi interni o le articolazioni organiche della p.a., che rende possibile l'affidamento diretto di lavori e servizi. Il secondo requisito individuato dalla sentenza *Teckal* è lo svolgimento di attività prevalente verso l'amministrazione aggiudicatrice controllante.¹⁹ La compiuta ricognizione di tale elaborazione pretoria nel diritto comunitario si riscontra nell'art. 12 par. 1 della direttiva 2014/24/UE nonché nell'art. 17 par. 1 della direttiva 2014/23/UE, i quali enunciano le condizioni in presenza delle quali è esclusa l'applicazione del diritto comunitario degli appalti e delle concessioni in nome dell' " *esigenza di valorizzare il principio di autonomia istituzionale come fonte di rapporti fra amministrazioni aggiudicatrici che sfuggono alle regole della tutela della concorrenza [...] ciò al fine di riconoscere in capo ai soggetti pubblici il potere di privilegiare strumenti di delegazione interorganica o di cooperazione istituzionale tra pubbliche amministrazioni per l'assolvimento dei propri compiti di pubblico interesse.*"²⁰

Il contenuto delle direttive citate è stato recepito fedelmente dalla normativa interna all'art. 5 del d.lgs. n. 50/2016 che positivizza i tre elementi qualificanti dell'*in house*: il controllo analogo, la dedizione dell'attività della società per oltre l'80% a compiti affidati dall'amministrazione controllante o altri soggetti da essa controllati (dedizione prevalente); l'assenza della partecipazione di capitali privati alla compagine societaria o alternativamente la presenza di soci privati spogliati di qualsivoglia potere di controllo, di veto, di influenza determinante sulla società.²¹ Ulteriore fonte di disciplina delle società *in house* è rappresentata dal T.U. sulle società partecipate (d.lgs. 175/2016), il quale enuclea all'art. 16, in perfetta corrispondenza al d.lgs. n. 50/2016, i requisiti strutturali delle società *in house*.

Venendo alla composizione della compagine sociale, la progressiva evoluzione giurisprudenziale e normativa ha condotto all'inclusione nel fenomeno tanto del modello delle società *in house* forti, tradizionali quanto delle società *in house* deboli. Le prime corrispondono all'ipotesi di partecipazione totalitaria della mano pubblica, unica forma di *in house* ammessa dalla primigenia formulazione giurisprudenziale dell'istituto nella sentenza CGUE *Stadt Halle*, che escludeva categoricamente la possibilità di una partecipazione anche marginale dei capitali privati: posizione da cui la giurisprudenza comunitaria successiva si è progressivamente affrancata.²²

¹⁹ I requisiti dell' *in house* sono stati approfonditi da plurima giurisprudenza comunitaria successiva tra cui *ex multis* CGUE 11 gennaio 2005, C – 26/03, *Stadt Halle*; CGUE 21 luglio 2005, C – 231/03; CGUE, sez. 1. 18 gennaio 2007, C – 255/05.

²⁰ L. Perfetti, *Codice dei contratti pubblici commentato*, Ipsoa, 2017, p. 58.

²¹ Cfr. F. Caringella, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Dike, 2019, pp. 850 – 852, dove si ricorda che in merito alla dedizione prevalente il legislatore ha posto fine al dibattito tratlatico in dottrina e in giurisprudenza che prima della fissazione di tale inequivoca soglia quantitativa, cercava di ancorare la prevalenza della dedizione a requisiti quantitativi e qualitativi tendenti all'esclusività dell'attività, che può manifestarsi tanto come attività svolta nei confronti della pubblica amministrazione quanto per conto della stessa.

²² Si veda A. Giusti, *I requisiti dell'in house tra principi giurisprudenziali e nuove regole codificate*, *Giurisprudenza italiana*, 2017, 2, 443, nonché L. Perfetti, *Codice dei contratti pubblici commentato*, Ipsoa, 2017, p. 59: "questo requisito di dipendenza strutturale e funzionale va accertato caso per caso e sulla base di considerazioni strutturali e globali, sicché anche il controllo analogo esercitato dall'amministrazione concedente in modo indiretto - e cioè mediante una sua holding intermedia - può in certi casi essere ritenuto ammissibile, se le circostanze dimostrano che non ha determinato alcun

Tuttavia, soltanto l'art. 12 della Direttiva 2014/24/UE ha consacrato l'ammissibilità di un *in house* aperto alla partecipazione dei privati, qualora quest'ultima sia obbligatoria secondo disposizioni di diritto interno, priva di capacità di controllo e compatibile con i Trattati. Analogamente, l'art. 5 comma 1 del d.lgs. n. 50/2016 e l'art. 16 del T.U. sulle Società partecipate pubbliche specificano che la partecipazione debba essere prevista da norme di legge o comunque esautorata di poteri di controllo sulla società.²³

Il controllo analogo, asse portante del modello *in house*, è codificato all'art. 5 comma 5 del Codice dei contratti pubblici e all'art. 2 lett. c) e d) del T.U. sulle società a partecipazione pubblica. Il controllo analogo deve essere qualificato, ossia idoneo a orientare la strategia economico gestionale della società, nonché effettivo, strutturale e funzionale.²⁴ Esso si può configurare come monistico ovvero congiunto, qualora sia esercitato da una pluralità di amministrazioni. In ipotesi di controllo congiunto ciascuna delle p.a. controllanti deve poter nominare almeno un amministratore o esprimere il proprio consenso vincolante sulla nomina. L'influenza determinante congiunta è invece raggiunta allorchè l'intero complesso delle decisioni amministrative e degli obiettivi strategici (da identificare secondo una valutazione casistica) sia sottoposto al vaglio e al veto di tutti gli enti partecipanti, non essendo indispensabile l'unanimità delle decisioni, bensì sufficiente che esse siano intraprese a maggioranza:²⁵ non deve dunque sussistere un riparto interno di competenza tra un ente e l'altro in relazione a singoli ambiti di attività o di decisioni.²⁶ Concludendo la sintetica disamina del requisito del controllo analogo sulle decisioni significative e sugli obiettivi strategici, si evidenzia che esso si concretizza in strumenti più incisivi di quelli del diritto comune, che consentono di incidere sui processi decisionali in modo più significativo del controllo che si configurerebbe ex art. 2497 c.c. Nell'ipotesi in cui l'*in house* si strutturi come s.p.a., infatti, il controllo analogo può derivare dalla deroga agli artt. 2380 bis e 2409 novies c.c.. Qualora l'*in house* sia costituita in forma di s.r.l., invece, il controllo analogo può essere realizzato

indebolimento a livello strutturale-decisionale da parte dell'amministrazione controllante (CGUE C-340/04; CGCE C-15/13). Sulla base della valorizzazione del dato concreto, la giurisprudenza dell'Unione ha quindi ritenuto che la sola eventualità che lo statuto di una società preveda l'apertura al capitale privato non implica, di per sé, il venire meno della relazione *in house*: tale circostanza può rilevare solamente se, nel momento in cui è compiuto l'affidamento diretto, esiste una prospettiva concreta e a breve termine di una siffatta apertura (CGUE C-573/07; Cons. Stato 3.2.2009, n. 591)".

²³ In tal senso M. Cian, *Lo statuto di una società in house. Spunti per una ricostruzione della figura dopo il TU sulle società a partecipazione pubblica*, Studium Iuris, 4, 2017, p. 407; G. Veltri, *L'in house nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, Giornale di Diritto amministrativo, 4, 2016, p. 490. Non si è mancato di sottolineare una sottile ma significativa differenza tra il lemma comunitario "partecipazione obbligatoria" e la dizione nazionale di "partecipazione prevista dal diritto nazionale", che pare facultizzare un ampio ricorso dall'*in house* a partecipazione privata, dal momento che *de iure condito* la partecipazione di capitali privati a società di capitali a partecipazione pubblica, nei limiti delle condizioni di cui al d.l. 175/2016 è perfettamente consentita, con la conseguenza di sfumare i confini tra *in house* e società miste pubblico private, sul punto G. Veltri, *L'in house nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, Giornale di Diritto amministrativo, 4, 2016, p. 493; A. Giusti, *I requisiti dell'in house tra principi giurisprudenziali e nuove regole codificate*, Giurisprudenza italiana, 2017, 2, 444.

²⁴ CGUE 29 novembre 2012, C – 182/11 e C – 183/11. Ne deve risultare un assoggettamento sostanziale della società *in house* all'influenza dominante dell'ente pubblico che, secondo l'interpretazione maggioritaria, discende dalla confluenza tra controllo strutturale inerente l'organizzazione e la nomina dei vertici della società investiti di poteri amministrativi e di vigilanza, con il controllo funzionale sulla gestione dell'attività economica.

²⁵ Cfr. L. Perfetti, *Codice dei contratti pubblici commentato*, Ipsoa, 2017, p. 60, laddove si sottolinea come il modello di società *in house* a controllo congiunto rappresenti un'importante forma di cooperazione tra enti pubblici alternativa all'esternalizzazione.

²⁶ M. Cian, *Lo statuto di una società in house. Spunti per una ricostruzione della figura dopo il TU sulle società a partecipazione pubblica*, Studium Iuris, 4, 2017, p. 411.

mediante l'attribuzione della titolarità di diritti particolari del socio ex art. 2468 c.c. oppure attraverso la stipula di patti parasociali derogatori dell'art. 2321 bis comma 1 c.c.²⁷ Venendo al requisito della dedizione prevalente, esso indica la strumentalità funzionale della società *in house* all'ente pubblico, attraverso lo svolgimento di attività per conto dello stesso o serventi alla realizzazione delle sue pubbliche funzioni.²⁸ Per determinare la percentuale dell'80% delle attività effettuata nello svolgimento dei compiti affidati dall'amministrazione aggiudicatrice controllante (o da altre persone giuridiche controllate dall'amministrazione aggiudicatrice o da un ente aggiudicatore), si fa riferimento al fatturato totale medio, o una idonea misura alternativa basata sull'attività, come per esempio i costi sostenuti dalla persona giuridica nei settori dei servizi, delle forniture e dei lavori per i tre anni precedenti l'aggiudicazione dell'appalto o della concessione.²⁹ In sintesi, la società *in house* fa capo al fenomeno di autoproduzione, perché la mancanza di alterità soggettiva tra amministrazione e società determina che il servizio pubblico sia sostanzialmente erogato dalla pubblica amministrazione stessa. In questi casi si giustifica perciò il mancato ricorso alle procedure di affidamento ad evidenza pubblica: essendo il servizio erogato direttamente dalla pubblica amministrazione, le esigenze di salvaguardare la concorrenza del libero mercato vengono infatti meno.³⁰

Da ultimo, in relazione ai possibili rapporti che possono legare ente controllante e società controllata, è opportuno ricordare che in progresso di tempo il modello dell'*in house* si è evoluto nell'interpretazione giurisprudenziale fino ad accogliere una pluralità di configurazioni, connotate da una maggiore flessibilità del peso della partecipazione pubblica, pur permanendo la rigidità del requisito dell'esercizio di una influenza determinante da parte dell'amministrazione controllante. Una disamina esaustiva dei plurimi possibili assetti dell'*in house* è offerta dal recente parere della prima sezione del Consiglio di Stato n. 883 del 21 marzo 2019. Secondo il parere del Consiglio di Stato, si parla di *in house* frazionato in relazione ad una ipotesi di *in house* congiunto per mano pubblica, ovvero in cui sono più pubbliche amministrazioni a detenere il controllo dello stesso ente societario, anche qualora la partecipazione di ciascun ente sia molto esigua, purchè il controllo esercitato si connoti per effettività così come previsto dall'art. 5 comma 4 del Codice dei contratti pubblici.³¹ L'*in house* a cascata configura invece un'ipotesi di controllo pubblico indiretto, qualora la società *in house* venga controllata da una società diversa dalla pubblica amministrazione capofila, laddove la società intermedia sia a sua volta controllata in via totalitaria o secondo i canoni del controllo analogo dall'ente pubblico. In questa ipotesi, pertanto, esiste un rapporto mediato tra amministrazione e società *in house* affidataria.³² Oltre

²⁷ Si veda G. Veltri, *L'in house nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, *Giornale di Diritto amministrativo*, 4, 2016, p. 322, 323, 324 e M. Cian, *Lo statuto di una società in house. Spunti per una ricostruzione della figura dopo il T.U. sulle società a partecipazione pubblica*, *Studium Iuris*, 4, 2017, p. 410; F. E. Rizzi, *La società in house: dalla natura giuridica al riparto di giurisdizione*, *Le Società*, 1, 2018, p. 74.

²⁸ Cfr. G. Veltri, *L'in house nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, *Giornale di Diritto amministrativo*, 4, 2016, p. 493; *I requisiti dell'in house tra principi giurisprudenziali e nuove regole codificate*, *Giurisprudenza italiana*, 2017, 2, 445; A. Santuari, *La società in house, disciplina normativa, natura giuridica e crisi d'impresa*, *Il Corriere Giuridico*, 4, 2018, p. 534.

²⁹ L. Perfetti, *Codice dei contratti pubblici commentato*, Ipsoa, 2017, p. 62 – 63.

³⁰ Cfr. CGUE, sez. V, 18 novembre 1999, cd. sent. Teckal C-107/98; CGUE, sez. V, 8 maggio 2014 C-15/13.

³¹ Cfr. CGUE 29 novembre 2012 C – 182/11 e C – 183/1, art. 12 par. 3 Direttiva 2014/24/UE.

³² CGUE 11 maggio 2006, C – 340/04, art. 5 comma 2 del d.lgs. 50/2016.

a questi due modelli, il Consiglio di Stato menziona altre due ipotesi di peculiare verifica nella prassi, ovvero l'*in house* invertito, in cui la società controllata, rappresentando essa stessa amministrazione aggiudicatrice, affida il contratto in via diretta all'ente controllante (il Consiglio di Stato sottolinea come venga in ogni caso soddisfatto il requisito dell'assenza di intersoggettività), e l'*in house* orizzontale il quale si configura allorchè *“un soggetto A aggiudica un appalto o una concessione ad un soggetto B, e sia A che B sono controllati da un soggetto C. Non vi è quindi relazione diretta tra A e B, ma entrambi sono in relazione di in house con il soggetto C, che controlla sia A che B”*, purchè affidante e affidataria siano entrambe soggette a controllo analogo.³³

3. Il contrasto giurisprudenziale nazionale sull'eccezionalità dell'*in house providing* e la soluzione offerta dalla CGUE con l'ordinanza del 6 febbraio 2020.

Con riferimento all'attività esercitabile dalle società *in house*, com'è noto, è attualmente invalsa tanto in dottrina quanto in giurisprudenza una nozione oggettivo – sostanziale di servizio pubblico, per cui esso si presta ad essere erogato da soggetti che non si identificano come pubbliche amministrazioni in senso stretto, anche costituiti in forma societaria, purchè l'attività sia contraddistinta da doverosità, diretta a soddisfare i bisogni sociali della collettività e la titolarità del servizio sia da ultimo imputabile alla pubblica amministrazione,³⁴ di fatti *“la nozione di servizio pubblico si fonda su due elementi: a) la preordinazione dell'attività a soddisfare in modo diretto esigenze proprie di una platea indifferenziata di utenti; b) la sottoposizione del gestore ad una serie di obblighi [...], per l'identificazione giuridica di una attività quale servizio pubblico non è indispensabile, a livello soggettivo, la natura pubblica del gestore, mentre è necessaria la vigenza di una norma legislativa che, alternativamente, ne preveda l'obbligatoria istituzione e la relativa*

³³ Cfr. per l'*in house* invertito e orizzontale l'art. 12 par. 2 della direttiva 2014/24/UE, Cons. Stato, Sez. 1, parere n. 883 del 2019 del 21 marzo 2019 par. 4; sull'*in house* orizzontale cfr. CGUE 8 maggio 2014 C-15/13. Si veda per i diversi modelli di *in house* anche A. Giusti, *I requisiti dell'in house tra principi giurisprudenziali e nuove regole codificate*, Giurisprudenza italiana, 2017, 2, 443; F. E. Rizzi, *La società in house: dalla natura giuridica al riparto di giurisdizione*, Le Società, 1, 2018, p. 72.

³⁴ Cfr. L. Longhi, *Dimensioni, percorsi e prospettive dei servizi pubblici locali*, Giappichelli, 2015, pp. 25 – 26: “il ricorso all'attributo pubblico, se oggi non vale a designare più l'assoluto primato della dimensione istituzionale in sede di erogazione dei servizi, certo continua a evidenziare l'importanza del ruolo che i pubblici poteri devono rivestire in materia, oltre a contenere, dal lato dei destinatari, un richiamo all'interesse generale [...] l'aggettivo pubblico [...] indica l'immanenza dell'interesse generale e della destinazione alla collettività in capo ad un determinato servizio. In altri termini, si può parlare di una nozione funzionale di servizio pubblico, in luogo delle tradizionali versioni oggettiva e soggettiva”. Secondo la primigenia teoria del servizio pubblico inteso in senso soggettivo, esso si identificerebbe con i servizi gestiti ed erogati alla cittadinanza direttamente dallo Stato o da un altro ente pubblico. La progressiva valorizzazione dell'art. 2 Cost. e dell'art. 118 Cost., che pongono in risalto la partecipazione attiva della società civile nella cura di interessi generali, ha determinato poi l'allontanamento dalla nozione soggettiva a favore di una nozione oggettiva e funzionale, per cui, a prescindere dalla natura del soggetto coinvolto, il servizio pubblico si identifica con tutte le attività dirette a soddisfare gli interessi generali della collettività, incentrandosi così la nozione di servizio pubblico su un elemento funzionale e teleologico. Una ulteriore evoluzione più recente della nozione di servizio pubblico, propone la combinazione tra il criterio soggettivo e il criterio oggettivo suddetto, onde evitare una estensione indiscriminata della nozione di servizio pubblico, per cui l'elemento della oggettività concernerebbe la destinazione al pubblico delle prestazioni erogate, mentre il criterio della soggettività consentirebbe di limitare la selezione delle attività riconducibili al servizio pubblico a quelle che rimangono imputate alla pubblica amministrazione, pur quando vengano affidate e concretamente espletate da soggetti privati, in quanto si configurerebbero come attività connotate da doverosità per la pubblica amministrazione. A tal riguardo si veda anche F. Caringella, *Manuale di diritto amministrativo*, Dike, 2019, pp. 826 – 828.

disciplina oppure che ne rimetta l'istituzione e l'organizzazione all'Amministrazione. Oltre alla natura pubblica delle regole che presiedono allo svolgimento delle attività di servizio pubblico e alla doverosità del loro svolgimento, è ancora necessario, nella prospettiva di un'accezione oggettiva della nozione, che esse attività presentino un carattere economico e produttivo [...] e che le utilità da esse derivanti siano dirette a vantaggio di una collettività, più o meno ampia, di utenti (in caso di servizi indivisibili) o comunque di terzi beneficiari.”³⁵

È fuor di dubbio che un servizio pubblico possa essere erogato a mezzo della società *in house*, tuttavia non altrettanto lapalissiana è la natura ordinaria o eccezionale del ricorso all' *in house providing*, laddove tale modello concorra con la possibilità concreta di procurarsi sul mercato il servizio pubblico. Dal punto di vista del diritto comunitario, la costruzione di un mercato unico europeo competitivo e effettivamente concorrenziale, rappresenta l'effetto utile delle Direttive in materia di appalti e concessioni che deve essere garantito dagli ordinamenti di tutti gli Stati membri. Quanto ai modelli di aggiudicazione di contratti e di affidamento di servizi, il diritto comunitario, tuttavia, non pare instaurare un ordine gerarchico e preferenziale tra autoproduzione ed esternalizzazione. Piuttosto le direttive 23, 24, 25 del 2014, senza peraltro esplicitare l'*in house* come istituto giuridico (esso è piuttosto frutto di una ricostruzione dottrinale), esibiscono indifferenza rispetto all'opzione amministrativa per esternalizzazione o autoproduzione, limitandosi ad enucleare le ipotesi di esclusione dell'applicazione del diritto comunitario dell'evidenza pubblica,³⁶ laddove il servizio venga erogato direttamente dalla pubblica amministrazione, il che non viene pregiudica il mantenimento di un mercato concorrenziale nell'ambito dell'Unione Europea.³⁷

Diversamente, *outsourcing* e autoproduzione non hanno mai goduto di una piena considerazione paritaria nell'ambito del nostro ordinamento. Tanto la giurisprudenza quanto la legislazione italiane hanno espresso preoccupazione in ordine ad un incontrollato affidamento diretto di servizi e di contratti pubblici, a causa dei rischi di collusione e di conflitto di interesse tra pubblica amministrazione e società affidataria del servizio, dovuti alla concentrazione in capo all'ente pubblico del ruolo di azionista, controllore, titolare dei poteri di nomina dei vertici amministrativi. Una certa reticenza verso il mancato ricorso al mercato è stata poi alimentata dalle ricorrenti prove di inefficienza e inefficacia dell'azione amministrativa, contrapposte alle maggiori garanzie di *performance* in grado di coniugare obiettivi prefissati e risultati raggiunti, offerte dal mercato privato. Infine il modello *in house* è stato additato di arrecare un *vulnus* alla concorrenza libera del mercato, ritagliando posizioni di privilegio. A livello di normativa, tale disfavore si è tradotto prima nell'art. 23 bis del d.l. 112/2008 e poi nell'art. 4 del d.l. 128/2011, il primo abrogato e il secondo dichiarato incostituzionale, i quali introducevano dei limiti stringenti al ricorso all'*in house providing*.³⁸ Parallelamente, in giurisprudenza, si è ritenuto ammissibile simile atteggiamento restrittivo del legislatore rispetto al ricorso all' *in house*

³⁵ Cons. Stato, Sez. VI, 3 ottobre 2019, n. 6643, si veda anche G. Veltri, *L'in house nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, *Giornale di Diritto amministrativo*, 4, 2016, p. 490.

³⁶ Cfr. G. Veltri, *L'in house nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, *Giornale di Diritto amministrativo*, 4, 2016, p. 489.

³⁷ CGUE, sez. V, 18 novembre 1999, cd. sent. Teckal C-107/98; CGUE, sez. V, 8 maggio 2014 C-15/13.

³⁸ Si veda P. Patrito, *Autoproduzione e esternalizzazione, questioni vecchie e nuove*, *Urbanistica e Appalti*, 2016, 7, p. 836.

providing, in base ad un orientamento per cui la società *in house* presenta natura derogatoria ed eccezionale rispetto al diritto comunitario, dove si riconosce il primato del principio di concorrenza che dovrebbe informare anche il mercato delle pubbliche commesse. Per conseguenza, la scelta di affidare il servizio pubblico a una società *in house* richiederebbe sempre la preliminare ponderazione comparativa della sua convenienza economica rispetto all'esternalizzazione presso il mercato.³⁹ Considerazioni generali di questo tenore sono state svolte dalla sesta sezione del Consiglio di Stato con la sentenza n. 2660 del 26 maggio 2015, una pronuncia in cui il supremo consesso della giustizia amministrativa si interrogava sulla legittimità di una normativa nazionale che applicasse limiti e condizioni alla possibilità di affidare servizi pubblici ad una società *in house* partecipata da capitali privati, modello che era stato recentemente coniato da parte della direttiva 2014/24/CE, art. 12 lett c), ancora in pendenza del procedimento del termine per il recepimento da parte degli Stati membri.⁴⁰ È sicuramente significativo, ai fini della presente indagine, il seguente passo della parte motiva della pronuncia *de qua* dove il collegio sostiene che: *“la Corte Costituzionale, infatti, nell’affermare la legittimità costituzionale della disciplina nazionale che in materia di servizi pubblici locali prevedeva limiti all’utilizzo dell’in house ulteriori rispetto a quelli enucleati dalla giurisprudenza comunitaria, ha testualmente affermato che è innegabile l’esistenza di un margine di apprezzamento del legislatore nazionale rispetto ai principi di tutela, minimi e indefettibili, stabiliti dall’ordinamento comunitario con riguardo ad un valore ritenuto meritevole di specifica protezione, quale la tutela della concorrenza nel mercato e per il mercato. Ne deriva, in particolare, che al legislatore italiano non è vietato adottare una disciplina che preveda regole concorrenziali di applicazione più ampia rispetto a quella richiesta dal diritto comunitario”*.⁴¹

Un simile orientamento troverebbe del resto conforto nella la centralità dell’applicazione delle procedure pro concorrenziali di evidenza pubblica che è sottolineata dallo stesso diritto comunitario dei servizi pubblici, in cui ricorre la nozione di servizi di interesse economico generale. Essi rappresentano servizi di rilevanza economica, di tipo industriale o commerciale, per i quali il diritto comunitario richiede il rispetto delle regole dell’evidenza pubblica nelle procedure di affidamento, giacché hanno parte nella creazione del mercato unico europeo.⁴² Pertanto, anche alla luce dell’importanza assegnata al diritto comunitario ai servizi pubblici ai fini

³⁹ Rispetto a questo orientamento giurisprudenziale si segnalano *ex multis* Cons. Stato, sez. V, 18 agosto 2017, n. 4030; Cons. Stato, sez. III, 7 maggio 2015, n. 2291; Cons. Stato, sez. V, ord. 22 aprile 2004, n. 2316; Cons. Stato Sez. V, 27 gennaio 2020, n. 681; T.A.R. Emilia-Romagna Bologna Sez. II, 21/05/2019, n. 461; T.A.R. Lombardia Milano Sez. III, 3 ottobre 2016, n. 1781.

⁴⁰ Si trattava di una disposizione innovativa perché in contrasto con la fino ad allora costante giurisprudenza comunitaria che deponeva nel senso della partecipazione totalitaria della società *in house* da parte della pubblica amministrazione.

⁴¹ Consiglio di Stato, sez. VI, sent. n. 2660 del 2015, par. 27, che richiama Corte Cost. 17 novembre 2010, n. 325.

⁴² Nell’ambito del diritto comunitario si è soliti riconoscere una distinzione tra servizi di interesse economico generale e servizi di interesse generale, che viene ricavata in via interpretativa dall’art. 106 TFUE, secondo periodo, per cui: “le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme dei trattati, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l’applicazione di tali norme non osti all’adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata. Lo sviluppo degli scambi non deve essere compromesso in misura contraria agli interessi dell’Unione”. In via residuale si è ricavata la nozione di SIG, che tuttavia non ricevono definizione precisa nel diritto comunitario, il Libro bianco sui servizi di interesse generale del 12 maggio 2004 (COM(2004) 374) (<https://eur-lex.europa.eu>), si limita a “elementi essenziali per garantire la coesione sociale e territoriale e salvaguardare la competitività dell’economia europea”, senza quindi imporre necessariamente il rispetto delle regole del mercato concorrenziale europeo, anche se di fatto la possibilità di esentare l’erogazione dei servizi di interesse generale dal rispetto della normativa comunitaria è notevolmente limitata dai puntuali casi di esclusione

della libera concorrenza, non appare peregrina la tesi per cui la società *in house*, in quanto modello derogatorio della concorrenza, sarebbe suscettibile di incontrare legittimi limiti alla sua applicazione.

Ad oggi, i residui dell'atteggiamento restrittivo del legislatore nazionale sulla piena equipollenza di autoproduzione ed esternalizzazione si concentrano appunto sull'art. 192 del Codice dei contratti pubblici, che impone all'amministrazione una valutazione di doppio livello: l'analisi del mercato per verificare la disponibilità della risorsa sul libero mercato e la sua concreta attingibilità, vagliata positivamente questa prima condizione la pubblica amministrazione deve soddisfare l'onere motivazionale circa l'opzione per l'affidamento diretto.⁴³ Le amministrazioni sono tenute ad effettuare una valutazione che consideri l'oggetto e il valore della prestazione, eventualmente predisponendo una valorizzazione economica della propria attività.⁴⁴ Come si è visto, il rinvio pregiudiziale di cui si discute è stato proprio occasionato dal dubbio che questa disposizione violasse il divieto di *gold plating* ovvero il divieto di introdurre regole più restrittive e onerose rispetto alla regolazione prevista dalle Direttive.⁴⁵ Rispetto ai contrasti interpretativi intorno all'art. 192 del Codice dei contratti si è infatti icasticamente affermato che: *"l'alternativa è se la giurisprudenza italiana sia più europeista del diritto europeo o se questo abbia perduto la sua spinta propulsiva in punto di tutela della concorrenza, lasciando più ampi margini di libertà di scelta all'Amministrazione oppure dettando regole meno stringenti"*.⁴⁶

A questo orientamento si è avvicinato in progresso di tempo un diverso filone giurisprudenziale che ha diversamente sostenuto che l'affidamento diretto a società *in house* abbia natura ordinaria e non eccezionale e che quindi la motivazione circa la scelta di questa modalità di affidamento sia suscettibile di un mero sindacato estrinseco, limitato ai profili di manifesta irragionevolezza, illogicità, contraddittorietà o travisamento dei fatti: *"deve infatti farsi applicazione, al riguardo, del precedente di Cons. Stato, VI, 11 febbraio 2013, n. 762, ai sensi del quale "stante l'abrogazione referendaria dell'art. 23 bis D.L. n. 112 del 2008 e la declaratoria di incostituzionalità dell'art. 4 D.L. n. 238 del 2011 [...] è venuto meno il principio, con tali disposizioni perseguito, della eccezionalità del modello in house per la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica"; ancora, con l'art. 34 del D.L. 18 ottobre 2012, n. 197, sono venute meno le ulteriori limitazioni all'affidamento in house, contenute nell'art. 4, comma 8 del predetto D.L. n. 238 del 2011. Più di recente, Cons. Stato, V, 22 gennaio 2015, n. 257 ha non solo ribadito la natura ordinaria e non eccezionale dell'affidamento in house, ricorrendone i presupposti, ma ha pure rilevato come la relativa decisione dell'amministrazione, ove motivata, sfugge al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, salva*

dall'applicazione del diritto europeo della concorrenza. In merito alla distinzione tra SIEG e SIG si veda W. Giulietti, *Servizi a rilevanza economica e servizi privi di rilevanza economica*, in S. Mangiameli (a cura di), *I servizi pubblici locali*, Giappichelli, 2008, pp. 97 – 106.

⁴³ Cfr. G. Veltri, *L'in house nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, *Giornale di Diritto amministrativo*, 4, 2016, p. 494.

⁴⁴ L. Perfetti, *Codice dei contratti pubblici commentato*, Ipsoa, 2017, p. 1572; Cavallo Perin, *Il modello "derogatorio": in autoproduzione o in house providing*, in *L'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica*, a cura di Bonura-Cassano, Torino 2011.

⁴⁵ Così F. E. Rizzi, *La società in house: dalla natura giuridica al riparto di giurisdizione*, *Le Società*, 1, 2018, p. 73.

⁴⁶ P. Patrito, *Autoproduzione e esternalizzazione, questioni vecchie e nuove*, *Urbanistica e Appalti*, 2016, 7, p. 837.

l'ipotesi di macroscopico travisamento dei fatti o di illogicità manifesta; motivazione che, nel caso di specie, è stata fornita anche a mezzo della citata relazione allegata alla deliberazione consiliare n. 61 del 2012."⁴⁷

A fronte del permanere di tale latente contrasto giurisprudenziale, il Consiglio di Stato si è dunque rivolto, con intento di chiarificazione, alla CGUE. L'ordinanza del 6 febbraio 2020 ha tuttavia chiaramente avallato il primato del principio di libertà di scelta delle pubbliche amministrazioni circa le modalità più idonee ed efficaci per la gestione dell'esecuzione di lavori e la prestazione di servizi pubblici, sottolineando che il diritto comunitario non impone alle pubbliche amministrazioni nazionali l'opzione per l'esternalizzazione al mercato in via preferenziale rispetto all'autoproduzione dei servizi. La scelta libera e discrezionale del modo di prestazione dei servizi è sancita, secondo la CGUE, dal considerando n. 5 della Direttiva 2014/24/UE e dal suo articolo 12 par. 1, il cui unico fine è individuare le ipotesi in cui è consentito agli Stati membri omettere il ricorso alle procedure ad evidenza pubblica. Le modalità di prestazione di un servizio sono oggetto di una valutazione discrezionale che *"implica una scelta che viene effettuata in una fase precedente all'aggiudicazione di un appalto e non può quindi rientrare nell'ambito di applicazione della direttiva 2014/24/UE"*.⁴⁸ La CGUE considera inoltre legittimo che le valutazioni delle pubbliche amministrazioni nazionali sull'opzione ottimale tra esternalizzazione o ricorso a risorse interne, siano fondate anche su parametri di qualità, sicurezza, accessibilità, universalità e garanzia dei diritti dell'utenza in relazione all'erogazione del servizio.⁴⁹ La CGUE ha quindi disegnato una cornice snella di controlimiti comunitari alla scelta discrezionale degli stati, sottolineando l'imperatività assoluta dei principi comunitari in materia di affidamento dei pubblici servizi che si ricavano dal TFUE quali: libertà di circolazione delle merci, libertà di stabilimento, libera prestazione dei servizi, proporzionalità, trasparenza, parità di trattamento, non discriminazione.⁵⁰ Se ne desume che sia sufficiente che la tavola dei principi or ora richiamati sia rispettata, perché la normativa nazionale sulle ipotesi escluse dall'applicazione delle regole in materia di concorrenza non si ponga in contrasto con il diritto comunitario, anche qualora la normativa interna imponga degli oneri motivazionali in ordine all'incapacità dell'esternalizzazione al mercato di soddisfare la qualità del servizio, dal punto di vista della sua accessibilità o continuità, nonché dei vantaggi che l'autoproduzione presenta rispetto al ricorso al mercato. Pertanto, facendosi salva la discrezionalità delle pubbliche amministrazioni nella scelta tra *outsourcing* e autoproduzione, risulta essere legittima e conforme al diritto comunitario la tendenza del legislatore nazionale di sottoporre a più severo controllo di efficienza ed efficacia il ricorso all'*in house providing* da parte delle pubbliche amministrazioni, mediante lo strumento della motivazione delle scelte di discrezionalità amministrativa. Quanto invece alla questione pregiudiziale sollevata in via secondaria dal Consiglio di Stato, la CGUE sottolinea che l'art. 12 par 3 della Direttiva 2014/24/UE *"non prevede alcun requisito relativo alle condizioni in cui un'amministrazione acquisisce partecipazioni al capitale in una società"*

⁴⁷ Cons. Stato, sez. V, 18 agosto 2017, n. 4030, *ex multis* Cons. Stato, sez. V, 18 luglio 2017, n. 3554; T.A.R. Liguria, sez. II, 8 febbraio 2016, n. 120; Cons. Stato, sez. V, 22 gennaio 2015, n. 257; Cons. Stato, sez. V, 10 settembre 2014, n. 4599.

⁴⁸ CGUE, Ord. 6 febbraio 2020, par. 33.

⁴⁹ CGUE, Ord. 6 febbraio 2020, par. 36.

⁵⁰ CGUE, Ord. 6 febbraio 2020, par. 38.

partecipata” facendo quindi salva la disciplina nazionale di cui all’art. 4 del d.lgs. n. 175/2016 che prevede che “*Le amministrazioni pubbliche non possono, direttamente o indirettamente, costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né acquisire o mantenere partecipazioni, anche di minoranza, in tali società*”: prospettare la possibilità di acquisizione di un futuro controllo analogo congiunto su una società aperta alla partecipazione dei capitali privati, appare, di tutta evidenza, esulare dal requisito di stretta necessità richiesto dalla normativa nazionale.