

Indice

- p. 9 Introduzione
- 13 Capitolo 1
L'evoluzione normativa del modello in house providing
- 1.1. L'utilizzo dello strumento societario per la gestione di servizi pubblici, 13
 - 1.2. Il periodo delle privatizzazioni, 22
 - 1.3. La normativa "post" referendum, 42
- 63 Capitolo 2
L'evoluzione giurisprudenziale sull'in house providing
- 2.1. La "nascita" della nozione di controllo analogo e destinazione prevalente, 63
 - 2.2. L'orientamento restrittivo della Corte di giustizia, 70
 - 2.3. La legittimazione del c.d. controllo analogo congiunto, 80
 - 2.4. La giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di *in house orizzontale*, 86
 - 2.5. La nozione di controllo analogo e di destinazione prevalente nella giurisprudenza amministrativa, 89
- 113 Capitolo 3
La configurazione attuale del modello dell'in house providing
- 3.1. La c.d. direttiva appalti e la sua influenza sul modello dell'*in house providing*, 113
 - 3.2. I "dubbi" della giurisprudenza amministrativa, 124

- 3.3. La legge 28 gennaio 2016, n. 11, 133
- 3.4. Il testo unico in materia di società a partecipazione pubblica, 136

p. 151 Capitolo 4

La responsabilità degli amministratori delle società in house providing

- 4.1. L'evoluzione della giurisprudenza sulla responsabilità degli amministratori, 151
- 4.2. La sentenza della Corte di cassazione n. 26806/09, 160
- 4.3. Il “nuovo” orientamento della Corte di cassazione: la sentenza n. 26806/13, 168
- 4.4. L'articolo 12 del testo unico in materia di società a partecipazione pubblica, 171

177 Capitolo 5

Il rapporto tra società in house e procedure concorsuali

- 5.1. L'evoluzione della giurisprudenza in materia, 177
- 5.2. La differenza tra società *in house* e società miste, 183
- 5.3. L'articolo 14 del testo unico, 190

197 Conclusioni

203 Bibliografia

Introduzione

Il fenomeno dell'*in house providing* è stato oggetto di attenzione da parte della giurisprudenza europea ed, in seguito di quella nazionale, impegnate a definire in maniera dettagliata le particolari forme di affidamento di un servizio pubblico di “natura domestica”, capaci cioè di escludere la sussistenza di un rapporto tra le parti coinvolte e l'indizione di una procedura ad evidenza pubblica per l'affidamento del servizio.

Come si avrà modo di analizzare, in maniera più dettagliata, la prima definizione può essere rinvenuta nel *Libro bianco* del 1998 con il quale la Commissione Europea ha avuto modo di definire tale ipotesi come «quelli aggiudicati all'interno della pubblica amministrazione, ad esempio tra amministrazione centrale e locale, o ancora, tra un'amministrazione e una società da questa interamente controllata».

Il modello dell'*in house providing* rappresenta quindi una esplicazione del principio di autorganizzazione della pubblica amministrazione secondo cui la stessa è in grado di produrre beni e servizi senza dover fare ricorso al mercato attraverso procedure ad evidenza pubblica¹.

1. La società *in house* risulta quindi essere una mera estensione della stessa amministrazione pubblica non distinguendosi dalla stessa per quel che riguarda il profilo soggettivo in relazione al controllo analogo alla quale è assoggettata. Per un *excursus* sul punto si vedano tra gli altri: G. Greco, *Gli affidamenti in house dei servizi e forniture, le concessioni di pubblico servizio e il principio della gara*, in Riv. it. dir. pubbl. comunit., 2000, 1461; M. Mazzamuto, *Brevi note su normativa comunitaria e in house providing*, in Dir. un. Eur., 2-3, 2001, 337; C. Alberti, *Appalti in house, concessioni in house ed esternalizzazione*, in

Come è noto, tale modello non può essere identificato con l'organismo di diritto pubblico in quanto contraddistinto da requisiti

Riv. it. dir. pubbl. comunit., 2001, 495; D. Casalini, *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house*, Napoli, 2003, 281; F. Gaverini, *Servizi pubblici e affidamenti in house: dall'eccezione alla regola in recenti interventi legislativi*, in *Servizi pubblici e appalti*, 2004, 729; S. Colombari, *Delegazione interorganica ovvero in house providing nei servizi pubblici locali*, in *Foro amm.*, 2004, 1140; M. Capatini, *Contratto di servizio e affidamenti in house*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2004, 801; A. Massera, *L'in house providing: una questione da definire*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 8, 849; G. Marchegiani, *Alcune considerazioni in tema di diritto comunitario concernente le concessioni e i c.d. "affidamenti in house"*, in *Foro it.*, 2004, 4, I, 945; F. Pietrosanti, *Sull'affidamento diretto dell'erogazione di un servizio pubblico locale*, in *Foro it.*, 2004, 4, I, 193; R. Ursi, *Brevi osservazioni sui presupposti sull'approvvigionamento "in house" dei servizi pubblici locali alla luce del nuovo testo dell'art. 113, 5° comma lett. c del testo unico sugli enti locali*, in *Foro it.*, 2004, III, 193; A. Vigneri, *Servizi e interventi pubblici locali*, Rimini, 2004; A. Clarizia, *La Corte suona il de profundis per l'in house*, in *www.giustamm.it*, 10, 2005; G. Greco, *Imprese pubbliche, organismi di diritto pubblico, affidamenti in house: ampliamento o limitazione della concorrenza?*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2005, 61; G. Marchegiani, *Gli affidamenti "in house" e la sindrome del cavallo a dondolo. Sentenze a confronto*, in *www.giustamm.it*, 5, 2005; R. Ursi, *La società per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica tra outsourcing e in house providing*, in *Dir. amm.*, 2005, 204; G. Napolitano, *Le società pubbliche tra vecchie e nuove tipologie*, in *Riv. soc.*, 2006; L. Valentino, *Gli affidamenti in house tra principi di concorrenza e prerogative statali alla luce della recente giurisprudenza nazionale e comunitaria*, in *Il dir. UE*, 4, 2005, 739; R. Giovagnoli, *Gli affidamenti in house tra lacune del codice e recenti interventi legislativi*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2007; F. Caringella, *Il problema dell'in house providing. Un nodo non risolto dal codice*, in *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Milano, 2007, 337; M. Dugato, *I contratti misti come contratti atipici tra attività ed organizzazione amministrativa. Dal global service all'in house providing*, in *Scritti in onore di Vincenzo Spagnuolo Vigorita*, Napoli, 2007, 427; G. Soricelli, *Contributo allo studio del modello organizzativo dell'in house providing*, Napoli, 2008; F. Renzetti, *Affidamento in house e dintorni*, in *Studi in onore di Carmine Punzi*, Torino, 2008, 37; M. Chiappetta, *Società miste e affidamenti in house al vaglio del Consiglio di Stato... aspettando il Legislatore*, in *Merc. conc. Reg.*, 2, 2008, 377; C. Volpe, *In house providing. Corte di giustizia, Consiglio di Stato e legislatore nazionale. Un caso di convergenze parallele*, in *Urb. e app.*, 12, 2008; D. Marrama, *La plenaria nicchia su in house providing e società miste*, in *Gazz. For.*, 2, 2008, 101; G. Guzzo, *Società miste e affidamenti in house*, cit., 127 ss; R. Caranta, *La Corte di giustizia definisce le condizioni di legittimità dei partenariati pubblici-privati*, in *Giur. it.*, 2010, 5; M. Libertini, *Le società di autoproduzione in mano pubblica: controllo analogo, destinazione prevalente dell'attività ed autonomia statutaria*, in *www.federalismi.it*, 8, 2010 R. Villata, *La riforma dei servizi pubblici locali*, cit., 254; E. Michetti, *In house providing. Modalità, requisiti, limiti*, Milano, 2011; F. Astone, *La nuova funzione degli statuti nelle società in house*, in *Amministrare*, 3, 2011, 330; C. Iaione, *Le società in house. Contributo allo studio dei principi di auto-organizzazione e auto-produzione degli enti locali*, Napoli, 2012, 128; S. Bigolaro, V. Castellani, *Le società in house negli Enti locali e nella Sanità*, Rimini, 2012; R. Caranta, *Accordi tra amministrazioni e contratti pubblici*, in *Urb. e app.* 2013, 38; G. Carullo, *Riflessioni su alcune aperture del legislatore europeo in tema di in house anche in prospettiva dei corrispondenti limiti nazionali per le società strumentali*, in *Riv. it. dir. public. comunit.*, 5, 2014, 1.

più rigorosi. Infatti, com'è stato più volte sottolineato dal Consiglio di Stato, mentre tutte le società *in house* sono organismi di diritto pubblico, non può sostenersi il contrario².

La definizione del modello *in house providing*, come si avrà modo analizzare qui di seguito, è il frutto di un intenso “dialogo” tra legislatore e giudice nazionale ed europeo, protrattosi nel tempo ed ancora attuale, del quale, solo per ragioni di sistematicità, si dà qui conto in due distinti paragrafi, l'uno dedicato all'evoluzione normativa e l'altro allo sviluppo della giurisprudenza in materia.

Si tratta di uno strumento di gestione dei servizi pubblici caratterizzato da un rapporto di delegazione interorganica tra società *in house* e amministrazione, che è passato dall'essere modello “abusato” dalle amministrazioni pubbliche a ipotesi residuale in seguito a stringenti interventi giurisprudenziale e normativi e che è oggetto, oggi, di particolare attenzione da parte degli operatori del diritto, in considerazione della strettissima incidenza in materia del c.d. testo unico in materia di società a partecipazione pubblica che ha, al tempo stesso, cristallizzato in un testo normativo gli orientamenti della giurisprudenza sul punto e previsto importanti novità in tale ambito.

2. Per questo motivo, quindi, nei casi in cui l'affidatario dell'appalto può essere qualificato quale organismo di diritto pubblico non lo esonera dal rispetto della normativa in materia. La definizione precisa di organismo di diritto pubblico può essere rinvenuta nell'articolo 1, comma 9, della direttiva n. 18/2004. Il legislatore europeo con l'intento di allargare la nozione di “amministrazioni aggiudicatrici” ha definito organismo di diritto pubblico “qualsiasi organismo” «1) istituito per soddisfare specificamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale; 2) dotato di personalità giuridica; 3) la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismo di diritto pubblico oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi ovvero il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico». Come è noto, questa definizione è stata recepita dal legislatore nazionale nell'articolo 3, comma 26, d.lgs. 17 aprile 2006, n. 163. Cfr. Consiglio di Stato, 11 dicembre 2015, n. 5643, in Foro amm., 2015, 12, 3101. Secondo i giudici di Palazzo Spada, infatti, «Se dunque è vero – come è vero – che l'organismo *in house* rappresenta sotto ogni aspetto un'articolazione in senso sostanziale dell'amministrazione pubblica di riferimento, ne consegue l'applicabilità al caso in esame dei richiamati articoli 1, comma 2, e 63, comma 4, con tutto ciò che ne deriva in punto di estensione, all'organismo *in house*, delle previsioni in punto di giurisdizione riferibili all'amministrazione pubblica di riferimento».

Capitolo 1

L'evoluzione normativa del modello *in house providing*

1.1. L'utilizzo dello strumento societario per la gestione di servizi pubblici

La disciplina dei servizi pubblici e delle società *in house* è stata oggetto di particolare attenzione da parte del legislatore attraverso molteplici disposizioni che hanno disciplinato il funzionamento dei modelli organizzativi senza però definire in modo definitivo e stabile la materia. Infatti, i numerosi interventi in materia, da taluni ritenuti idonei ad aver determinato una vera e propria iperproduzione normativa, non hanno avuto un'efficacia duratura nel tempo e sono stati modificati da successive novelle legislative.

Come è noto la prima previsione, nell'Italia repubblicana, dell'utilizzo della società per azioni per la gestione di un pubblico servizio si è avuta grazie all'articolo 22 della legge n. 142/90¹, con la quale il legislatore ha inteso trasformare le società municipalizzate in aziende speciali² o in enti pubblici economici funzionalmente legati all'amministrazione ma dotati di propria personalità.

1. Legge 8 giugno 1990, n. 142, "Ordinamento delle autonomie locali". Proprio la stretta funzionalizzazione delle società ai fini istituzionali dell'ente ha legittimato, inoltre, il privilegio dell'affidamento diretto del servizio anche al di fuori di ogni confronto concorrenziale. Cfr. sul punto: P. Piras, *Servizi pubblici e società a partecipazione comunale*, in *La s.p.a. per la gestione dei servizi pubblici locali*, Rimini, 1995; D. Sorace, *Pubblico e privato nella gestione dei servizi pubblici locali mediante società per azioni*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1997, 51.

2. L'articolo 23 della legge n. 142/90 ha definito l'azienda speciale quale «ente strumentale dell'ente locale dotato di personalità giuridica, di autonomia imprenditoriale e di proprio statuto approvato dal Consiglio comunale o provinciale». La strumentalità dell'azienda speciale è indicativa del fatto che l'ente locale si serve della stessa per la

Questo intervento legislativo ha segnato il passo verso una significativa trasformazione degli strumenti di gestione, nonostante la rigidità del modello utilizzato sia stato relazionato alla forma necessaria della società per azioni ed al carattere necessariamente maggioritario del loro capitale pubblico³.

Negli stessi anni, inoltre, il legislatore, con l'articolo 12 della legge n. 498/1992⁴, ha aggiunto, al modello societario di cui sopra, quello con capitale pubblico locale di minoranza, caratterizzato dalla presenza di un capitale di maggioranza assoluta facente capo ad un unico socio privato.

In questo caso, quindi, il legislatore ha proceduto alla definizione di una procedura ad evidenza pubblica idonea all'individuazione del socio di maggioranza, nonché l'attribuzione all'amministrazione pubblica locale del potere di nominare gli amministratori e i sindaci, destinando una quota del capitale sociale al mercato, attraverso la forma dell'azionariato diffuso.

Tuttavia, è solo verso la fine degli anni '90 che il processo di

gestione del servizio, e quindi, per la soddisfazione delle esigenze della collettività. L'attribuzione della personalità giuridica rende l'azienda speciale un soggetto a sé stante, in quanto essa non è più un organo dell'Ente locale come lo era l'azienda municipalizzata poiché l'autonomia imprenditoriale di cui è dotata consente all'azienda di non essere più organo d'esecuzione ma una vera e propria azienda soggetta alle disposizioni del codice civile. Infatti, agli Enti locali è stata attribuita la facoltà di decidere se gestire i servizi pubblici mediante esternalizzazione a privati «quando sussistono ragioni tecniche, economiche e di opportunità sociale», in economicità «per le modeste dimensioni o per le caratteristiche del servizio», attraverso l'azienda speciale, «anche per la gestione di più servizi di rilevanza economica ed imprenditoriale» ed infine attraverso società di capitali a prevalente partecipazione pubblica locale. Questa disposizione, ha attribuito all'amministrazione pubblica locale un forte potere discrezionale, è stata oggetto di contestazione da parte della Commissione Europea in quanto lesiva del principio di libera concorrenza nel settore. Infatti, la Commissione Europea, con l'atto 8 novembre 2000, ha stabilito che l'articolo 22 della legge n. 142/90 contrastasse gli obblighi europei in considerazione della possibilità per gli enti di realizzare affidamenti diretti di appalti pubblici di servizi o di concessioni di servizi.

3. Parte della dottrina ha evidenziato come la riforma del 1990 sia il risultato di un periodo in cui il principio della concorrenza, riferito ai servizi pubblici, non era stato ancora recepito dal legislatore italiano e della successiva messa in mora da parte dell'Unione Europea che riscontrava la violazione degli obblighi comunitari da parte del nostro paese. Cfr. P. Polimanti, *Le principali novità nei servizi pubblici locali. Alcuni aspetti problematici della riforma*, in www.amministrazioneincammino.luiss.it.

4. Legge 23 dicembre 1992, n. 498, "Interventi urgenti in materia di finanza pubblica".

modernizzazione dei modelli organizzativi di gestione dei servizi pubblici da parte degli enti locali ha subito una forte spinta⁵.

In conseguenza dell'influenza delle prime decisioni della Corte di giustizia ed in seguito all'approvazione del c.d. testo unico sugli Enti Locali⁶, la disciplina è confluita poi in un unico testo grazie al quale è stato possibile definire i principi fondamentali della materia, stabilendone la tipicità dei modelli di gestione, la preferenza per le forme privatistiche, l'espressa definizione dell'affidamento diretto del servizio e la possibilità di concentrare, in un unico soggetto, la proprietà e la gestione del servizio⁷.

La disciplina dei servizi pubblici locali ha subito successivamente una radicale revisione con la legge n. 448/01⁸, improntata verso un progressivo aumento della rilevanza della funzione pubblica di regolazione del mercato, con conseguente separazione tra il ruolo del pubblico, proprietario dei beni, ed il privato, incaricato della gestione e l'erogazione del servizio⁹.

Il legislatore ha operato una prima e fondamentale distinzione tra servizi locali di rilevanza industriale e quelli privi di tale requisiti

5. Con la legge n. 127/97, infatti, è stata prevista la possibilità di costituire società a responsabilità limitata, nonché l'affidamento diretto del servizio a società costituite *ad hoc* o già preesistenti ed al tempo stesso una espressa scelta compiuta in favore del societario a discapito delle aziende speciali rendendone il relativo passaggio agevole ed economicamente vantaggioso. Legge 15 maggio 1997, n. 127 "Misure urgenti per lo snellimento dell'attività amministrativa e dei procedimenti di decisione e di controllo". Si tratta in modo particolare degli articoli 17 comma 51-58 della suddetta legge. Per un'analisi accurata della materia si rinvia a I. Rizzo, *Servizi pubblici locali e affidamento in house alle luce del decreto legge 23 settembre 2009, n. 135, convertito dalla legge 20 novembre 2009, n. 166*, Roma, 2009, 5.

6. Decreto legislativo, 18 agosto 2000, n. 267, "Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali".

7. Per un'analisi più approfondita si rinvia a M. Dugato, *I servizi pubblici locali*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2003, 2589; S. Mangiameli, *I servizi pubblici locali*, Torino, 2008.

8. Legge, 28 dicembre 2001, n. 448, "Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2002)". Nello specifico il legislatore, con l'articolo 35 ha modificato l'articolo 113 del t.u.e.l.

9. Per un'analisi approfondita del rapporto tra liberalizzazione dei servizi e aumento delle funzioni di regolazione si veda, S. Cassese, *Quattro paradossi sui rapporti tra poteri pubblici ed autonomie private*, cit., 392.

to¹⁰, stabilendo per i primi la separazione tra la proprietà delle reti e degli impianti dalla gestione del servizio¹¹ e disponendo la sostituzione dei vecchi modelli di gestione del servizio pubblico con l'esternalizzazione del servizio attraverso procedure ad evidenza pubblica¹².

10. Il legislatore, per la definizione di servizi a rilevanza industriale in chiave pro-concorrenziale, ha previsto una modifica dell'articolo 113 del t.u.e.l., optando per una gestione privatistica. Al tempo stesso, ha aggiunto un'ulteriore disposizione, l'articolo 113-bis per l'analisi dei servizi privi di rilevanza economica, connotati da un carattere marcatamente pubblicistico e, per questo motivo, tali da prevedere per l'ente locale la facoltà di effettuare affidamenti diretti del servizio mediante i modelli previsti dalle legge n. 142/90. Questa distinzione è stata oggetto di interpretazioni contrastanti, poiché il codice civile definisce industriale l'attività di produzione di beni e servizi, producendo un nuovo risultato attraverso l'impiego di fattori produttivi posti in essere dall'imprenditore. Nello stesso periodo parte della giurisprudenza ha riscontrato, invece, la distinzione tra le due categorie di servizi nella diversità di statuto giuridico e, quindi, nella discriminazione puramente normativa di esse. Cfr. sul punto: A. Gualdani, *Servizi a rilevanza industriale*, in Nuove leggi civ. comm., 2003, 13. Secondo parte della dottrina, invece, i caratteri distintivi tra un servizio a rilevanza industriale e uno privo di quest'ultima vanno individuati nella imprenditorialità, nella concorrenzialità e nella economicità. Cfr. R. Damonte, *La gestione dei servizi pubblici dopo la finanziaria*, in Urb. e app., 2002, 254. L'autore ravvisa la rilevanza industriale nei servizi che necessitano di impianti, stabilimenti e dotazioni di carattere industriale volti a trasformare beni preesistenti in nuovi beni o servizi da immettere sul mercato. Di avviso contrario sono M. Dugato, *I servizi pubblici degli enti locali*, in Giorn. dir. amm., 2002, 219 e A. Mancazzo, *Confronti tra la nuova e vecchia disciplina sulle modalità di scelta del socio privato di minoranza di società miste*, in Urb. e app., 2002, 750, secondo i quali la distinzione tra le due categorie deve essere riconducibile alla diversità tra attività potenzialmente produttive di utili ed attività in astratto non lucrative. Cfr. inoltre G. Sciuillo, *I servizi culturali degli enti locali nella finanziaria per il 2002*, in Aedon, 1, 2002.

11. Il legislatore ha, quindi, separato la responsabilità di gestione ed erogazione del servizio da quella di gestione e manutenzione della rete, intendendosi, per quest'ultima, quella riconducibile ad un sistema di impianti e di immobilizzazioni tecniche che costituiscono una condizione infrastrutturale per l'erogazione del servizio pubblico. In questo modo, quindi, mentre l'amministrazione pubblica è risultata essere competente della manutenzione delle reti, l'erogazione del servizio è stata assicurata attraverso l'esplicitamento di una procedura ad evidenza pubblica. Si ricorda, inoltre, come questa ipotesi è stata oggetto di contrasto in considerazione del fatto che la separazione tra soggetto proprietario, gestore ed erogatore del servizio è stata criticata in riferimento all'affidamento diretto intesa quale regola, in quanto in netto contrasto con i principi europei in materia di concorrenza. La ratio di questa nuova disposizione normativa è rinvenuta nel superamento del sistema monopolistico degli affidamenti diretti, imponendo la gara ad evidenza pubblica per la scelta del soggetto gestore. Al tempo stesso si ricorda però che, a causa della sua cattiva formulazione si è consentita una lunga sopravvivenza dell'affidamento diretto, impedendone un netto superamento. Cfr. sul punto G. Di Gaspere, *Servizi pubblici locali in trasformazione*, cit., 102.

12. In assenza di riferimenti positivi espressi per la qualificazione del carattere industriale o meno dei servizi, la dottrina ha elaborato almeno tre soluzioni. La prima, di natura oggettiva, riferita al carattere oggettivamente lucrativo, la seconda, soggettiva,