

Lezione A8

Organismo *in house* alla luce della Direttiva 2014/24

Sommario: 1. Premessa. - 2. Breve quadro istituzionale. - 2.1. Le origini comunitarie dell'*in house providing*. - 3. L'*in house* nelle nuove Direttive appalti e concessioni. - 3.1. Panoramica delle novità introdotte dal legislatore europeo. - 4. L'*in house* frazionato o pluripartecipato. - 5. L'*in house* inverso o capovolto. - 6. L'*in house* orizzontale e il controllo analogo a raggiera. - 7. L'*in house* "a cascata" o verticale e il controllo analogo lineare. - 8. La cooperazione tra Pubbliche Amministrazioni o PPP (partenariato pubblico-pubblico). - 9. L'*in house* c.d. spurio (cenni).

1. Premessa

La materia dei servizi pubblici è stata oggetto di costante attenzione da parte della dottrina e della giurisprudenza, sia nazionale che europea, con particolare riferimento alle modalità di affidamento dei servizi da parte della Pubblica Amministrazione.

Nel contempo, il dato normativo di riferimento ha registrato numerosi interventi innovativi che, sulla spinta del diritto dell'Unione Europea, hanno delineato le procedure di affidamento delle commesse pubbliche allo scopo di garantire la libera concorrenza nel mercato nazionale ed europeo.

In questa sede si intende approfondire l'evoluzione normativa e giurisprudenziale che ha interessato la forma più controversa di affidamento dei pubblici servizi, rappresentata dall'affidamento diretto o *in house providing*, di origine comunitaria, protagonista nel corso degli anni di numerosi interventi normativi e giurisprudenziali da parte delle corti nazionali e della Corte di Giustizia, nonché, di recente, di un referendum abrogativo, che ha dato la stura ad un duplice intervento della Corte Costituzionale.

Ulteriore profilo di novità della materia è rappresentato, inoltre, dall'emanazione della direttiva UE 2014/24 che ha positivizzato e innovato, nel contempo, gli arresti giurisprudenziali della Corte di Giustizia cui si deve la nascita e lo sviluppo dell'istituto.

Nelle pagine che seguono si darà dunque atto dello statuto normativo e giurisprudenziale dell'affidamento *in house* dei pubblici servizi, soffermandosi sulle più rilevanti e recenti questioni che hanno interessato l'istituto,

alla luce delle importanti novità che la disciplina nazionale è destinata a introdurre in attuazione del diritto europeo.

2. Breve quadro istituzionale

L'affidamento diretto o *in house* delle pubbliche commesse rappresenta, come anticipato, una delle forme di assegnazione dei contratti pubblici da parte della Pubblica Amministrazione, siano essi appalti – nell'accezione lata fatta propria dal Legislatore europeo – ovvero concessioni.

L'art. 113 TUEL, nella sua originaria formulazione, prevedeva infatti tra le forme di assegnazione dei pubblici servizi l'affidamento tramite procedimento ad evidenza pubblica, come regolato dal Codice dei contratti pubblici, D.lgs. n. 163 del 2006, ovvero attraverso la costituzione di società a partecipazione mista pubblico-privata, con selezione tramite gara del socio privato operativo – e non semplicemente investitore – e, infine, in posizione equiordinata rispetto alle precedenti, l'affidamento “*a società a capitale interamente pubblico a condizione che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano*”.

La disposizione in esame è stata abrogata in forza dell'art. 23-*bis* del D.L. 25 giugno 2008, n. 112, conv. con mod. in legge 6 agosto 2008, n. 133, successivamente oggetto di **referendum** abrogativo nel 2011, conclusosi con esito positivo.

C'è da precisare che la possibile reviviscenza della disciplina abrogata dal citato art. 23-*bis*, eliminato dal *referendum*, era stata esclusa dalla stessa pronuncia della Corte Costituzionale che ha ritenuto ammissibile il quesito referendario.

Ne è derivata l'urgenza di un intervento normativo, posto che, in sua assenza, la disciplina di riferimento sarebbe stata ricavabile dai soli principi generali, desumibili dall'ordinamento nazionale ed europeo, nonché dalla normativa europea in tema di servizi di interesse generale.

A colmare la lacuna venutasi a creare è perciò intervenuto il legislatore, con il D.L. n. 138 del 2011, successivamente modificato dal D.L. 1 del 2012.

L'intervento del legislatore – con l'art. 4 del D.L. 13 agosto 2011, n. 138 e successive modifiche – ha prodotto l'effetto di inasprire la disciplina previgente, di fatto introducendo un regime ancor più restrittivo del precedente. Difatti si limitava, in via generale, “*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”, analogamente a quanto disposto dall’art. 23-*bis*, comma terzo, del D.L. n. 112 del 2008, e, nel contempo, si ancorava tale attribuzione al rispetto di una soglia commisurata al valore dei servizi stessi, il superamento della quale (900.000 euro, nel testo originariamente adottato; ora 200.000 euro, nel testo vigente del comma 13) determinava automaticamente l’esclusione della possibilità di affidamenti diretti.

Secondo l’impostazione scelta dal legislatore all’indomani della verifica dei contenuti degli obblighi di servizio pubblico e universale, l’opzione che l’ente locale era tenuto ad esercitare era condizionata dalla verifica della realizzabilità di una gestione concorrenziale del servizio, a seguito di una valutazione circa la presenza delle condizioni per una liberalizzazione del servizio, scegliendo se optare per l’attuazione di una concorrenza “nel mercato” o “per il mercato”. In altri termini, l’ente era tenuto a scegliere se consentire la gestione del servizio da parte di un unico soggetto ovvero, indipendentemente dalle modalità di assegnazione del servizio, se prevedere che una pluralità di operatori possa erogare il servizio in questione in ambiente concorrenziale. All’esito della verifica l’ente locale doveva adottare una delibera quadro nella quale evidenziare, per i settori sottratti alla liberalizzazione, i fallimenti del mercato ed i benefici derivanti dalla permanenza della gestione in esclusiva del servizio.

Una volta stabilito che il servizio era destinato ad essere assegnato in via esclusiva, all’ente locale era consentito provvedere a conferirlo in alternativa attraverso procedura di evidenza pubblica a favore di soggetti privati ovvero a favore di società mista pubblico-privata attraverso una gara a doppio oggetto, che riguardasse la qualità di socio operativo e di assegnazione del servizio a patto che al socio fosse conferita una partecipazione non inferiore al 40%. In deroga a queste due modalità di assegnazione per i servizi pubblici di importo inferiore a 200.000 euro annui, l’ente poteva provvedere all’affidamento diretto del servizio ad un soggetto che rivesta le caratteristiche europee dell’ente *in house*.

Nella riforma, al fine di rimarcare il carattere residuale di questa modalità di assegnazione, è stata introdotta una previsione che stabilisce dei divieti al frazionamento del servizio al fine di evitare che la soglia dei 200.000 euro potesse essere fittiziamente aggirata. Inoltre, il legislatore si è preoccupato di introdurre disposizioni volte a separare le funzioni di regolazione da quelle di gestione attraverso incompatibilità degli amministratori e divieti di nomina.

Il limite dei 200.000 euro, introdotto dall’art. 4, comma 8, D.L. n. 95/2012, convertito in l. 135/2012, è caduto con il comma 27 dell’art. 34, l. n. 221/2012, dal momento che la Corte Costituzionale, nella sentenza n. 199/2012, ha ritenuto illegittime le limitazioni quantitative al ricorso *in house*.

Il Giudice delle Leggi è stato adito, all'indomani dell'esito del referendum abrogativo proposto avverso l'art. 23-*bis* del D.L. n. 112 del 2008, da alcune Regioni che si dolevano dell'introduzione da parte del legislatore statale di una disciplina ancor più restrittiva rispetto a quella eliminata dal voto popolare. Disciplina meno favorevole rispetto a quella europea, residuata all'indomani dell'abrogazione referendaria.

La Corte ha ritenuto sussistente la violazione dell'art. 75 Cost., rilevando come dal voto referendario sia derivata l'abrogazione del citato art. 23-*bis* e della disciplina in esso contenuta di carattere maggiormente restrittivo rispetto a quella europea in ordine alla possibilità di affidamento diretto dei servizi pubblici.

L'art. 4 citato, pertanto, è stato dichiarato violativo del divieto di ripristino della normativa abrogata dalla volontà popolare, desumibile dall'art. 75 Cost.

All'indomani della sentenza della Corte Costituzionale n. 199/2012, azzerata la disciplina contenuta nella L. n. 148/2011, restano dunque in vigore i principi europei enunciati dalla Corte di Giustizia e quindi la possibilità di affidamento dei servizi pubblici locali attraverso:

- a) gara pubblica alla quale non si applica il codice dei contratti;
- b) partenariato pubblico-privato con gara a doppio oggetto sia per la scelta del socio che per l'affidamento del servizio;
- c) affidamento *in house*.

Altra disciplina di riferimento rimane l'art. 3-*bis*, L. n. 148/2011, non oggetto della scure costituzionale, che fissa il principio:

- 1) degli ambiti territoriali ottimali;
- 2) della cd. clausola sociale, premiando gli strumenti di tutela dell'occupazione;
- 3) del rispetto del patto di stabilità da parte delle società *in house*;
- 4) del rispetto del codice dei contratti per l'acquisito di beni e servizi da parte delle società *in house*;
- 5) del rispetto dei principi di cui al comma 3 dell'art. 35 D.Lgs. n. 165/2001 per il reclutamento del personale da parte delle società *in house*.

A seguito dell'intervento della Corte Costituzionale è intervenuta una nuova normativa, contenuta nell'art. 34, commi da 20 a 27, della L. n. 221/2012, che rappresenta la nuova disciplina di riferimento per i servizi pubblici locali, e conserva, nel rispetto delle indicazioni offerte dalla Consulta, alcuni istituti già previsti dalle normative previgenti.

A tale riforma si deve, in particolare, la predisposizione di una relazione da parte dell'ente affidante che, alla luce della normativa comunitaria, giustifichi la procedura di affidamento prescelta e definisca i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico, ivi compresi quelli del servizio universale con le eventuali compensazioni previste. Da qui non può desumersi un'equiparazione tra i tre moduli di affidamento del servizio, atteso che

l'affidamento *in house* rappresenta, secondo il diritto europeo, una deroga al ricorso al mercato concorrenziale.

La disciplina in questione contiene, inoltre, importanti disposizioni di diritto transitorio tese a consentire un allineamento degli affidamenti in essere alla nuova disciplina secondo un regime temporale ben identificato.

2.1. Le origini comunitarie dell'*in house providing*

La menzionata disciplina – che, come osservato, nel corso degli ultimi anni è stata oggetto di numerosi interventi normativi e di interventi della Corte Costituzionale, per la cui ricostruzione si rinvia alla trattazione manualistica – rappresentava il precipitato normativo delle pronunce della Corte di Giustizia in materia di affidamento di contratti pubblici, in cui, a partire dalla celebre sentenza Teckal del 1999, in C-107/98, preceduta invero dalla meno nota sentenza RI.SAN. S.r.l., in C-108/98.

La giurisprudenza della Corte di Giustizia, a partire dalle citate decisioni, ha introdotto e progressivamente delineato i confini e fatto luce sulle caratteristiche peculiari dell'istituto, evidenziando in particolare l'alternatività tra la selezione del contraente – o del socio operativo privato – mediante procedimenti ad evidenza pubblica e l'affidamento diretto, corollario del rapporto organico e dunque non intersoggettivo che intercorre tra Pubblica Amministrazione aggiudicatrice e società *in house* aggiudicataria.

Rinviando alla trattazione manualistica per l'approfondimento dell'evoluzione giurisprudenziale europea sull'argomento, ci si limita in questa sede ad elencare i requisiti che la Corte di Giustizia, prima, e il Consiglio di Stato, nel recepirne l'insegnamento, hanno individuato perché possa procedersi all'affidamento diretto dei contratti pubblici: questi consistono nel carattere totalitario della partecipazione pubblica nella società affidataria (partecipazione totalitaria); nella sussistenza di un controllo da parte dell'ente pubblico che esorbiti dalla posizione ordinaria di socio e configuri un controllo da parte dell'ente analogo a quello registrabile nei confronti degli organi interni allo stesso (controllo analogo); esecuzione della prestazione oggetto dell'affidamento in misura "*prevalente*" a favore della Pubblica Amministrazione aggiudicatrice (dedizione prevalente).

Come si avrà modo di evidenziare la già menzionata direttiva 2014/24 ha positivizzato l'istituto nell'ordinamento europeo, cristallizzando e in parte innovando la giurisprudenza della Corte di Giustizia, e, nel contempo, ha ridefinito proprio i requisiti strutturali dell'*in house providing* cui si è fatto cenno.

Sono state inoltre disciplinate talune varianti del modulo di affidamento diretto eliminando in radice i dubbi che le stesse avevano sollevato in dottrina e giurisprudenza.

3. L'*in house* nelle nuove Direttive appalti e concessioni

Prima di esaminare nel dettaglio le singole novità in materia di affidamento *in house* occorre premettere che la disciplina europea dell'istituto – dislocata nelle tre direttive emanate dal Consiglio e dal Parlamento europeo: 2014/24/UE nei settori ordinari, oggetto della presente trattazione; 2014/25/UE in materia di procedure d'appalto nei settori speciali dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali; e 2014/23/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione – è, al momento, in fase di recepimento da parte del legislatore nazionale.

In attesa dell'emanazione della disciplina nazionale di recepimento la giurisprudenza del Consiglio di Stato, in sede consultiva e giurisdizionale, ha registrato un primo apparente contrasto in merito alla diretta applicabilità delle direttive in esame prima del recepimento da parte degli Stati membri.

Il Consiglio di Stato, in sede di parere consultivo emesso dalla Seconda Sezione, n. 298 del 2015 (in Dispensa), ha infatti sostenuto la tesi della diretta applicabilità delle nuove norme, affermando che *“sebbene la direttiva 2014/24 non sia stata ancora recepita, essendo ancora in corso il termine relativo per l'incombente, e tuttavia essa appare di carattere sufficientemente dettagliato tale da presentare pochi dubbi per la sua concreta attuazione”*, e sostenendo che, pur negando il carattere *self-executing* alle direttive in questione, *“non può in ogni caso non tenersi conto di quanto disposto dal legislatore europeo, secondo una dettagliata disciplina in materia, introdotta per la prima volta con diritto scritto e destinata a regolare a brevissimo la concorrenza nei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture nell'U.E.”*.

Pur riconoscendone il carattere dettagliato, la Sesta Sezione del Consiglio di Stato, in sentenza 26 maggio 2015, n. 2660 (in Dispensa), ha tuttavia sottolineato che sostenuto che *“deve escludersi che la nuova direttiva, nonostante il suo contenuto in alcune parti dettagliato, possa ritenersi self-executing per la dirimente considerazione che è ancora in corso il termine previsto per la sua attuazione da parte dello Stato”*. I giudici della Sesta Sezione hanno infatti evidenziato come non sussista dunque un *“dovere di immediata applicazione o [...] di interpretazione conforme (che operano solo dopo che è scaduto il termine di recepimento), ma soltanto di un obbligo negativo, che si sostanzia nel dovere di astenersi dall'interpretazione difforme potenzialmente pregiudizievole per i risultati che la direttiva intende conseguire”*.

Più di recente, la Quinta Sezione del Consiglio di Stato, nell'ordinanza 4793 del 20 ottobre 2015 (in Dispensa), che sottopone alla Corte di Giustizia due questioni pregiudiziali – di cui si dirà nel paragrafo successivo – ha avallato le conclusioni esposte, affermando che *“le direttive n. 2014/23/*

UE (art. 17), n. 2014/24/UE (art. 12), n. 2014/25/UE (art. 28) [...] non sono applicabili razione temporis [...], poiché – non essendo ancora scaduto il termine per il loro recepimento – non può essere esaminato il loro carattere self-executing”, ma precisando, nel contempo, che “le previsioni in questione hanno comunque una rilevanza giuridica, pur minore rispetto al c.d. effetto diretto ovvero alla regola della «interpretazione giuridica conforme». Infatti, in nome del principio di leale collaborazione, vi è un dovere di standstill, nel senso che il legislatore nazionale, nel periodo intercorrente tra la pubblicazione della direttiva nella GUUE e il termine assegnato per il suo recepimento, deve evitare qualsiasi misura che possa compromettere il conseguimento del risultato (C. giust. 18 dicembre 1997, C-129/96, Inter-EnvironnementVallonie), così come il giudice deve evitare qualsiasi forma di interpretazione o di applicazione del diritto nazionale da cui possa derivare, dopo la scadenza del termine di attuazione, la messa in pericolo del risultato voluto dalla direttiva (C. giust. UE, 15 aprile 2008, C-268/08, Impact)”.

Occorrerà pertanto attendere la scadenza del termine di recepimento (18 aprile 2016) perché la giurisprudenza nazionale possa, nell'eventualità di un ritardo da parte del legislatore, dirimere la questione accennata che, al momento in cui si scrive, presenta carattere meramente potenziale.

3.1. Panoramica delle novità introdotte dal legislatore europeo

Esaurita la breve premessa circa l'operatività delle norme in esame si intende in questo paragrafo offrirne una panoramica sinottica che prelude ad un commento dei più importanti istituti disciplinati nella direttiva n. 2014/24, evidenziando i punti di rottura e di continuità rispetto alla normativa e alla giurisprudenza precedenti.

La disposizione di riferimento è l'art. 12 della direttiva, rubricato “*Appalti pubblici tra enti nell'ambito del settore pubblico*”, che, al primo comma, prende in considerazione l'affidamento *in house* nell'escludere dalla disciplina dettata dalla direttiva stessa in materia di appalti il caso in cui “*un appalto pubblico [sia] aggiudicato da un'amministrazione aggiudicatrice a una persona giuridica di diritto pubblico o di diritto privato*” quando ricorrono 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 conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata".

Le disposizioni in commento recepiscono dunque a livello normativo l'istituto dell'affidamento diretto, seppur con talune modifiche rispetto alla disciplina elaborata dalla Corte di Giustizia e recepita dai legislatori nazionali; il comma primo dell'art. 12 precisa inoltre che *"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"*.

Il legislatore europeo è pertanto intervenuto con intento di chiarificazione sul più controverso dei requisiti dell'affidamento *in house*, introducendo una definizione di controllo analogo che, pur presentando carattere elastico, rappresenta indubbiamente una guida per la giurisprudenza europea e nazionale, di cui dovranno attendersi i primi pronunciamenti per apprezzare l'impatto innovativo della direttiva. Per la disamina delle più rilevanti pronunce nazionali ed europee sull'argomento si rinvia alla trattazione manualistica.

Più netta la presa di posizione nella nuova direttiva in merito al requisito della dedizione prevalente dell'attività della società *in house* nei confronti della Pubblica Amministrazione aggiudicatrice, dal momento che, a fronte di un ormai consolidato indirizzo giurisprudenziale – che richiedeva un accertamento di carattere qualitativo circa l'incidenza di eventuali prestazioni verso terzi sulla sussistenza del suddetto requisito – sposa un criterio di carattere quantitativo, legato al superamento della soglia dell'80% delle attività svolte. Il criterio in questione è precisato nel suo contenuto dal disposto del quinto comma dell'art. 12 della direttiva, ai sensi del quale *"per determinare la percentuale delle attività di cui al paragrafo 1, primo comma, lettera b) [...] 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 parametri contabili indicati dalla norma, dunque, offrono un preciso criterio di verifica della dedizione prevalente della società *in house*, e sono destinati, in fase applicativa, ad allargare le maglie dell'affidamento diretto, consentendo di assegnare senza gara commesse pubbliche a società che, secondo l'impostazione accolta dalla giurisprudenza nazionale ed europea, sarebbero risultate sprovviste del requisito in esame.

Il comma 5, secondo capoverso, conclude prevedendo che *"se, a causa della data di costituzione o di inizio dell'attività della persona giuridica"*

o amministrazione aggiudicatrice in questione, ovvero a causa della riorganizzazione delle sue attività, il fatturato, o la misura alternativa basata sull'attività, quali i costi, non è disponibile per i tre anni precedenti o non è più pertinente, è sufficiente dimostrare, segnatamente in base a proiezioni dell'attività, che la misura dell'attività è credibile". Fermo restando dunque il carattere numerico-quantitativo del criterio di accertamento della dedizione prevalente, in assenza di dati incompleti o che non rispecchiano l'assetto attuale della società affidataria, pertanto, dovrà procedersi ad una proiezione virtuale dei dati esistenti, parametrando la correttezza dell'operazione ad un non meglio definito criterio di credibilità.

Altrettanto innovativa e in aperta rottura rispetto all'atteggiamento di *restraint* assunto dalla giurisprudenza amministrativa italiana si presenta la disciplina del terzo requisito, di cui alla già menzionata lettera c) dell'art. 12 cit., che introduce un'eccezione al requisito della partecipazione totalitaria in presenza "*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*".

Si ammette così la possibilità che nella società *in house* partecipino capitali privati, purché sussistano quattro requisiti espressi, due, in positivo e, due, in negativo. La norma richiede infatti che la partecipazione di capitali privati avvenga in forza di prescrizioni legislative nazionali, delimitando l'autonomia statutaria della società *in house* e la possibilità di intervenire sulla materia con fonti di rango secondario – ferma restando la possibilità di delegificazione. Le norme legislative in questione, inoltre, dovranno essere emanate "*in conformità dei trattati*", con la conseguenza che la selezione dei soci privati dovrà avvenire nel rispetto dei canoni di concorrenza, trasparenza e pubblicità, attraverso dunque una procedura selettiva ad evidenza pubblica, secondo uno schema che avvicina notevolmente la società *in house* alle società partecipate già disciplinate dal menzionato art. 113 TUEL, lettera b). Occorre attendere il recepimento della direttiva 2014/24 e le prime applicazioni giurisprudenziali nazionali e della Corte di Giustizia per meglio definire il ruolo dei soci privati nelle società *in house* e, in particolare, per verificare se occorrerà un apporto di carattere operativo da parte di questi ultimi – assimilando così quasi totalmente l'istituto alle cc.dd. società miste – o se sarà sufficiente un apporto di capitali – il che costituirebbe un elemento di differenziazione.

Con riferimento invece ai requisiti espressi in negativo dal legislatore della direttiva 2014/24, occorre che la partecipazione di capitali privati "*non comport[ino] controllo o potere di veto*", dal momento che tale evenienza eliderebbe il requisito del controllo analogo dell'Amministrazione aggiudicatrice sulla società, precludendo a monte la legittimità dell'affidamento *in house*. L'assenza di potere di veto e di un controllo privato non è tuttavia

sufficiente perché possa ammettersi la partecipazione di capitali privati, dal momento che la norma richiede altresì che questi “*non esercit[ino] un’influenza determinante sulla persona giuridica controllata*”. Sarà compito della giurisprudenza europea e nazionale precisare il contenuto della formula adottata nella direttiva, che appare finalizzata ad escludere partecipazioni che pur non garantendo un’influenza dominante al socio privato – concetto già noto alla normativa e alla giurisprudenza nazionali – risulti così marginale da impedire ogni possibile incidenza sulle determinazioni della società, che contrasterebbero con la natura di “organo esterno” dell’Amministrazione aggiudicatrice, cui sola spetta intervenire sulla gestione della società.

Alcune delle norme esaminate sono state prese in considerazione da parte della Sesta Sezione del Consiglio di Stato, nella già menzionata ordinanza n. 4793 del 20 ottobre 2015, con sui i giudici nazionali hanno sottoposto due questioni pregiudiziali alla Corte di Giustizia e, in specie, “a) *«se, nel computare l’attività prevalente svolta dall’ente controllato, debba farsi anche riferimento all’attività imposta da un’amministrazione pubblica non socia a favore di enti pubblici non soci»*. b) *«se, nel computare l’attività prevalente svolta dall’ente controllato, debba farsi anche riferimento agli affidamenti nei confronti degli enti pubblici soci prima che divenisse effettivo il requisito del cd. controllo analogo»*”.

La fattispecie presa in esame dalla Sesta Sezione riguarda un affidamento *in house* a favore di una società controllata da un ente locale e che prestava i propri servizi a favore di enti pubblici non soci in forza di un provvedimento emanato da un’Amministrazione anch’essa estranea alla compagine sociale.

I giudici del Consiglio di Stato, facendo riferimento alle norme della direttiva 2014/24, hanno osservato, al riguardo, che, ai fini dell’accertamento della dedizione prevalente, oggetto del giudizio, “*un ampliamento del novero degli affidamenti da computare si desume, invece, dalle nuove direttive sopra indicate, che impongono di computare anche gli affidamenti disposti «da altre persone giuridiche controllate dall’amministrazione aggiudicatrice di cui trattasi»*. Tale previsione ha l’effetto di ampliare il campo applicativo dell’*in house providing*. Non si rinvengono, invece, pronunce che chiariscano se tra gli affidamenti da valutare, al fine di ritenere integrato il requisito dell’*«attività prevalente»*, debbano anche essere computati quelli che riguardano enti pubblici non soci, nel caso in cui l’attribuzione sia imposta da un provvedimento autoritativo proveniente da un’amministrazione pubblica diversa, nella fattispecie la Regione Abruzzo, che impone all’ente sospettato di relazione *in house* di svolgere attività di trattamento e smaltimento rifiuti a favore di comuni non soci. In questo caso, però, sembrerebbe ravvisabile la stessa ratio che la Corte di Giustizia ha posto a fondamento dell’elaborazione del requisito della *«attività prevalente»*, poiché l’attività

imposta a favore di soggetti non soci non potrebbe comunque essere oggetto di competizione concorrenziale con altre imprese del mercato”.

Si evidenzia inoltre, nella citata ordinanza, che “*un ulteriore aspetto della delimitazione del requisito dell’attività prevalente, che rileva nella fattispecie in esame, concerne gli affidamenti che possono essere computati nel caso in cui il requisito del controllo analogo sopravvenga rispetto all’affidamento già concesso*”; nell’esaminare la questione il Consiglio di Stato afferma che “*sul punto un’indicazione sembra provenire dalla formulazione delle nuove direttive sopra citate. Infatti, l’art. 12 della direttiva 2014/24/UE, par. 5, prevede che «Se, a causa della data di costituzione o di inizio dell’attività della persona giuridica o amministrazione aggiudicatrice in questione, ovvero a causa della riorganizzazione delle sue attività, il fatturato, o la misura alternativa basata sull’attività, quali i costi, non è disponibile per i tre anni precedenti o non è più pertinente, è sufficiente dimostrare, segnatamente in base a proiezioni dell’attività, che la misura dell’attività è credibile». Nella giurisprudenza della Corte di Giustizia non si rinviene però una simile affermazione, che si potrebbe ciò nondimeno considerare operante già prima dell’adozione della citata direttiva, perché rispettosa dei principi desumibili dagli artt. 43, 46 e 89 del TFUE”.*

Dall’esame di questa ordinanza di rimessione è possibile dunque apprezzare il forte impatto che le norme introdotte dalle nuove direttive in materia hanno già registrato e sono destinate a produrre nell’ordinamento nazionale.

Si intende pertanto approfondire, nei paragrafi seguenti, le principali novità introdotte dalla direttiva 2014/24, tra cui possono annoverarsi: la positivizzazione del cd. *in house* frazionato o pluripartecipato, caratterizzato dalla compartecipazione di più enti pubblici nella società affidataria, rispetto al quale il legislatore europeo ha delineato la modalità attraverso cui le P.A. in possesso di partecipazione di minoranza possono ugualmente esercitare il controllo analogo sull’ente; la disciplina del cd. “*in house* verticale capovolto”, concernente l’ipotesi in cui tra due soggetti che si trovano in una relazione di autoproduzione il soggetto controllato reperisce prestazioni di lavoro, servizi o forniture, affidando gli stessi in via diretta nei confronti della società controllante, realizzando una sorta di *in house* bidirezionale; la disciplina del c.d. “*in house* orizzontale”, che riguarda l’ipotesi in cui sussistono tre soggetti, uno dei quali, in qualità di ente aggiudicatore, affida un appalto o una concessione a un altro soggetto, ed entrambi sono posti in una relazione di *in house* con un terzo; e, infine, il riconoscimento della possibilità di esercizio indiretto del controllo analogo, attraverso un soggetto interposto che presenti i medesimi requisiti per l’affidamento *in house*, definito in tal caso “a cascata”.

In conclusione della presente trattazione si darà infine atto delle norme che riconoscono la possibilità per gli enti pubblici di porre in essere

forme di cooperazione, secondo moduli di partenariato pubblico-pubblico.

4. L'*in house* frazionato o pluripartecipato

Con particolare riferimento al requisito del **controllo analogo**, positivizzato e definito nel primo comma dell'art. 12 cit., il successivo comma terzo della disposizione in esame ha previsto espressamente la possibilità che il controllo sulla società affidataria del servizio sia esercitato *“congiuntamente con altre amministrazioni aggiudicatrici”*.

In aggiunta rispetto ai requisiti generali per l'affidamento diretto, la norma richiede che gli organi decisionali della persona giuridica controllata siano composti da rappresentanti di tutte le amministrazioni aggiudicatrici partecipanti, anche cumulativamente o mediante un unico soggetto rappresentante di tutte le amministrazioni aggiudicatrici partecipanti; è inoltre necessario che tutte le amministrazioni aggiudicatrici esercitino il controllo analogo – nell'accezione fatta propria dal comma primo dell'art. 12 cit. – in maniera congiunta; la società *in house*, infine, non deve perseguire *“interessi contrari a quelli delle amministrazioni aggiudicatrici controllanti”*, mantenendo dunque una posizione equidistante rispetto a ciascun ente controllante.

La disposizione esaminata è pertanto volta ad assicurare il **carattere effettivo e congiunto dell'esercizio del controllo analogo in presenza di più Pubbliche Amministrazioni aggiudicatrici**, che dovranno essere tutte rappresentate negli organi decisionali ed esercitare ciascuna, seppur congiuntamente, una influenza dominante sulla gestione della società.

In tal senso la disciplina in questione rappresenta il precipitato normativo dell'indirizzo inaugurato dalla Corte di Giustizia, con sentenza *Coditel Brabant SA*, del 13 novembre 2008, in c-324/07, in cui fu affermata la possibilità di un controllo analogo esercitato da più soggetti pubblici, purché in maniera effettiva da parte di ciascuno di essi.

Sul punto è altresì intervenuta la giurisprudenza nazionale – in particolare, **Cons. Stato, Sez. V, 8 marzo 2011, n. 1447** – che sembra aver anticipato l'impostazione accolta dal legislatore europeo, ammettendo un affidamento diretto di un servizio da parte di più enti pubblici a condizione che *“il controllo, analogo a quello che ciascuno di essi esercita sui propri servizi, deve intendersi assicurato anche se esercitato non individualmente ma congiuntamente dagli enti associati”*; il Consiglio di Stato ha inoltre precisato, al riguardo, che può procedersi a deliberazioni a maggioranza, *“ma a condizione che il controllo sia effettivo con la conseguenza che il requisito del controllo analogo deve essere verificato secondo un criterio sin-*