

La società in house tra pubblico e privato dopo il D.P.R. 168/2010
di Armando Calogero

1. Premessa – 2. La disciplina dei servizi pubblici locali. – 3. La società in house. – 4. La società mista. – 5. La partecipazione della società mista a gare pubbliche. – 6. La disciplina transitoria. – 7. Le aperture in favore della società mista.

1. Premessa

Ad integrazione della disciplina generale è stato emanato, con D.P.R. 7 settembre 2010 n. 168, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale del 12 ottobre 2010 n. 239, in applicazione dell'art. 23bis del D.L. 112/2008, novellato dalla L. 166/2009, il “Regolamento in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica”.

La disciplina generale della materia è contenuta nello stesso art. 23bis, commi 1-12¹, che detta le condizioni occorrenti per l'affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica e quelle particolari per l'affidamento in favore di società in house, rinviando (commi 4bis e 10) ad uno o più regolamenti il compito di una successiva integrazione ².

¹ Il regime dei servizi pubblici locali di rilevanza economica è stato introdotto dall'art. 23bis del D.L. 25 giugno 2008 n. 112, convertito in L. 6 agosto 2008 n. 133, novellato dall'art. 15 del D.L. 25 settembre 2009 n. 135, convertito con modificazione in L. 20 novembre 2009 n. 166. Prima dell'entrata in vigore dell'art. 23bis del D.L. 112/2008, la disciplina generale dei servizi pubblici locali era contenuta nell'art. 113 del T.U. delle leggi sull'ordinamento degli Enti locali di cui al D. lgs 18 agosto 2000 n. 267, nonché nelle discipline settoriali dei principali servizi pubblici (risorse idriche, rifiuti, trasporti, gas naturale, energia elettrica). L'art. 23bis non ha novellato l'art. 113 ma si è aggiunto ad esso rendendo necessaria una armonizzazione tra i due articoli. Cfr., infra paragrafo n. 2.

² Tra le materie demandate figurano: a) armonizzare la disciplina generale con quella di settore; b) definire le soglie oltre le quali per gli affidamenti in house è necessario il parere dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato; c) prevedere una netta distinzione tra le funzioni di regolazione e le funzioni di gestione dei servizi. M. NICO, Nuovo regolamento sul piede di partenza, in Nuova Rassegna di Legislazione, Dottrina e Giurisprudenza, 6/2010.

Il Regolamento segue la tendenza dell'ordinamento di favorire la diffusione dei principi della libera concorrenza assoggettando la gestione diretta (senza gara) in favore della società in house a regole e vincoli propri del sistema pubblicistico³ (quali il rispetto del patto di stabilità interno⁴, l'applicazione delle disposizioni del codice dei contratti pubblici - DLgs 163/2006 - e delle norme per l'assunzione del personale - D.Lgs. 165/2001, ecc.).

Per tale motivo la disciplina della società in house risulta orientata più verso il diritto pubblico che il diritto privato, sebbene la veste giuridica sia quella propria del diritto privato.

Non bisogna infatti dimenticare che si tratta di una società di capitali finalizzata al soddisfacimento di bisogni pubblici e dotata, per le prestazioni cui è tenuta, di una organizzazione imprenditoriale con gestione di risultato, per cui ad essa si applicano le disposizioni del codice civile relative al modello privatistico che la caratterizza (ad es.: in tema di statuto, responsabilità degli amministratori, soci, società controllate, ecc.).

In tale ottica, vanno quindi esaminate le problematiche concernenti la società in house, come pure quelle relative alla società mista pubblica e privata destinata a prendere, come a breve si chiarirà, il posto delle attuali società in house.⁵

A tale proposito, giova ricordare la recente sentenza del TAR della Calabria – Sezione di Reggio Calabria⁶.

Il TAR ha rigettato il ricorso promosso contro il Comune di Reggio Calabria da una società pubblica partecipata dello stesso Comune, titolare dell'affidamento diretto del servizio di raccolta differenziata dei rifiuti solidi urbani nel territorio del medesimo Comune, in quanto quest'ultimo alla scadenza del periodo di affidamento, invece di procedere alla proroga, ha indetto la gara pubblica in cui è risultata aggiudicataria finale un'altra società pubblica partecipata di detto Comune.

La società ricorrente ha eccepito la violazione da parte della società aggiudicataria del comma 9 dell'art. 23bis del D.L. 112/2008 e ss.mm.ii., in quanto anch'essa era titolare, mediante affidamento diretto, del servizio di raccolta dei rifiuti solidi indifferenziati.

³ In particolare artt. 5-11 del D.P.R. 168/2010. – G. PALLIGIANO, *Imposto il patto di stabilità agli affidatari in house*, in *Il Sole 24 ore - Guida al diritto*, nn. 4-6/2010, 54 e ss.

⁴ La Corte Costituzionale con recente sentenza n. 325 del 3.11.2010 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del rispetto del patto di stabilità interno da parte delle società in house. La dichiarazione di incostituzionalità si è abbattuta sull'art. 23bis, comma 10, lettera a), prima parte, del D.L. 112/2008 e ss.mm.ii., che stabilisce "l'assoggettamento dei soggetti affidatari diretti di servizi pubblici locali al patto di stabilità interno", ma ha anche travolto conseguentemente l'art. 5 del Regolamento 168/2010 che, in applicazione dell'art. 23bis, assoggetta gli affidatari in house al patto stesso definendone le modalità attuative.

⁵ Cfr., *infra* paragrafo n. 7

⁶ TAR Calabria – Reggio Calabria, 4-16 giugno 2010 n. 561, con commento di HARALD BONURA.

Nel merito il comma 9 dell'art. 23bis del D.L. 112/2008 stabilisce il divieto per gli affidatari diretti dei servizi pubblici locali di "acquisire la gestione di servizi ulteriori ovvero in ambiti territoriali diversi...partecipando a gare".

Il TAR ha deciso "nel senso che il divieto in parola si applica solamente alle società che già gestiscono servizi pubblici locali a seguito di procedura non ad evidenza pubblica, con la precisazione che rientrano nel concetto di evidenza pubblica anche le forme previste dal comma 2, lettera b), dell'art. 23bis del D.L. citato", per cui ha tratto la conclusione che "detto divieto non risulta applicabile nei confronti della società aggiudicataria per l'appunto costituita in conformità del disposto dell'art. 23bis, comma 2, lettera b) del D.L. 112/2008 e succ. modif."

Nella specie il Collegio ha affrontato e risolto in senso positivo la questione relativa alla possibilità per le società miste, costituite in conformità dell'art. 23bis, comma 2, lettera b), del D.L. 112/2008 e succ. modif., di partecipare a gare pubbliche e di acquisire servizi ulteriori rispetto a quelli gestiti in regime di affidamento diretto.

La decisione adottata fornisce una interpretazione giurisprudenziale innovativa ed originale della più recente disciplina in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica, introdotta prima con l'art. 23bis del D.L. 112/2008, convertito in L. 133/2008, successivamente integrata (regolamentazione società mista) con l'art. 15 del D.L. 135/2009, convertito con modificazioni in L. 166/2009, ed ora ulteriormente definita con il Regolamento di cui al D.P.R. 168/2010.

L'inapplicabilità del suddetto divieto alle società miste, costituite ai sensi del comma 2, lettera b), del menzionato art. 23bis, discende, secondo quanto sostenuto a ragione dal TAR⁷, dalla sostanziale equiparazione, contenuta nella norma stessa, tra gara pubblica (finalizzata alla tutela della concorrenza e della par condicio degli operatori economici) e società mista (quale modello di esternalizzazione).

Ma tale equiparazione si risolve in un'apertura nei confronti delle società miste che tendono sempre più a separarsi dal modello dell' in house providing, relegato alle ipotesi eccezionali di affidamento e destinato a lasciare il posto alle prime nella gestione ordinaria del servizio pubblico, allorché debba essere reso da una partecipata dell'Ente locale⁸.

L'esigenza di tutelare la concorrenza e la par condicio tra gli operatori economici, eliminando posizioni di privilegio in favore di società pubbliche, ha spinto il legislatore nazionale, in adesione ai principi costituzionali e comunitari, ad emanare una serie di norme volte a limitare l'affidamento diretto in favore delle società partecipate da Regioni ed Enti locali.

⁷ Infra paragrafo n. 5.

⁸ R. URSI, Il gioco del Monopoli e i servizi pubblici locali, Foro Amministrativo Cds 2010, fasc. 2, pag. 466.

Le limitazioni sono rivolte alle società in house (costituite con capitale interamente pubblico e sulle quali l'Amministrazione esercita un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi), ma non toccano le società a partecipazione pubblica e privata, le c.d. società miste, sebbene configurino anch'esse specifici modelli di società in house⁹, essendo costituite con capitale pubblico maggioritario ed esercitando un controllo pubblico.

Infatti, il comma 2 dell'art. 23bis stabilisce che il conferimento della gestione dei servizi pubblici

locali avviene, in via ordinaria:

- a) mediante procedure competitive ad evidenza pubblica;
- b) a favore di società mista (a partecipazione pubblica e privata) a condizione che la selezione del socio avvenga mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, le quali abbiano ad oggetto, allo stesso tempo, la qualità di socio e l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio e che al socio sia attribuita una partecipazione non inferiore al 40%.

Secondo tale norma, quindi, la società mista è compatibile con i principi e le regole comunitarie perché è una forma ordinaria di gestione del servizio pubblico locale posta sullo stesso piano dell'affidamento mediante procedura ad evidenza pubblica.

Nel nostro ordinamento la legittimità del ricorso alla società mista (in quanto soddisfa l'esigenza di tutela della concorrenza e la parità di trattamento tra gli operatori economici) è stata riconosciuta dal Consiglio di Stato, prima con parere 18 aprile 2007, n. 456 e poi con sentenza 23 settembre 2008, n. 4603, secondo cui: la "condizione perché possa essere ritenuto legittimo il ricorso alla scelta del socio, al fine della costituzione di una società che divenga affidataria dell'esecuzione dell'opera senza necessità di gara, è che attraverso la procedura non si realizzi un affidamento diretto alla società mista, ma piuttosto un affidamento con procedura di evidenza pubblica dell'attività operativa della società mista al partner privato, tramite la stessa gara volta all'individuazione di quest'ultimo. Il modello, in altre parole, trae la propria legittimità dalla circostanza che la gara ad evidenza pubblica per la scelta del socio privato abbia ad oggetto, al tempo stesso, l'attribuzione dei compiti operativi e quella qualità di socio".

La Corte di Giustizia europea poi, sulla scorta alle considerazioni svolte dalla giurisprudenza interna, ha affermato, con riferimento alle società miste, che "l'istituzione di questi organismi

⁹ Infra paragrafo n. 7.

riunisce in uno stesso atto la scelta di un socio economico privato e l'aggiudicazione della concessione alla società a capitale misto da istituire a tale esclusivo scopo".

Infine con l'intervento normativo di cui all'art. 15 della L. 166/2009, di integrazione dell'originario art. 23bis mancante della regolamentazione della società mista, il suddetto indirizzo della giurisprudenza interna e comunitaria è stato recepito dal legislatore nazionale.

Da ultimo, il Regolamento di cui al D.P.R. 168/2010 ha definito il quadro normativo relativo alla disciplina dei servizi pubblici locali, con riferimento a quelli aventi rilevanza economica, in applicazione del D.L. 112/2008 ss.mm.ii.

In tale contesto si inserisce la sentenza del TAR Calabria che riconosce l'inapplicabilità del divieto di cui al comma 9 del citato art. 23bis alle società miste, sul presupposto normativo che le società miste non sono modelli derogatori dei principi di tutela della concorrenza, ma sono strumenti ordinari di gestione del servizio pubblico fondati sull'evidenza pubblica, attribuendo ad esse la possibilità di acquisire servizi ulteriori rispetto a quelli gestiti in affidamento diretto.

La sentenza quindi offre l'occasione per una riflessione sull'equiparazione compiuta dal legislatore nazionale tra gara pubblica (modello di esternalizzazione) e società mista (partenariato, pubblico-privato) e sulle conseguenti aperture in favore delle società miste.

Inoltre la sentenza offre anche l'opportunità per svolgere, alla luce dei più recenti interventi normativi e giurisprudenziali, nonché in considerazione delle norme regolamentari di cui al D.P.R. 168/2010, una breve disamina sugli affidamenti in favore delle società in house e società miste, nonché sul divieto di partecipazione a gare e sugli affidamenti nel periodo transitorio.

Preliminarmente, è opportuno fornire brevemente un quadro riassuntivo della disciplina dei servizi pubblici locali, tenuto conto delle nuove norme introdotte dall'art. 23bis del D.L. 112/2008 e successive modificazioni apportate dall'art. 15 della L. 166/2009, nonché dal suddetto Regolamento governativo, raffrontandolo con il previgente sistema.

2. La disciplina dei servizi pubblici locali .

Alla fine degli anni '90 si è imposto a livello comunitario, nel solco del tradizionale affidamento diretto (senza gara) dei pubblici servizi¹⁰, l'istituto dell'in house providing, originato dalle note

¹⁰ Nel nostro Paese l'erogazione dei servizi pubblici è storicamente legata agli Enti locali ed in particolare ai Comuni, che vi hanno provveduto direttamente nei confronti delle comunità presenti sui propri territori. La gestione diretta dei Comuni è entrata in crisi per l'insostenibilità dei costi richiedendo necessariamente l'esternalizzazione.

sentenze della Corte di Giustizia Europea sui casi Teckal¹¹ e Harge Gewässerschutz¹², con le quali si è sostenuto che, nell'ipotesi di affidamento di un servizio pubblico, la gara ad evidenza pubblica è obbligatoria per la tutela del mercato e della concorrenza tra tutti gli operatori economici interessati, ma deve essere ammesso l'affidamento diretto a società dotate di personalità giuridica controllate dalla Pubblica Amministrazione, in virtù del potere di auto-organizzazione della stessa Pubblica Amministrazione.

In conseguenza il legislatore nazionale ha innovato radicalmente la disciplina dei servizi pubblici locali.

In particolare, a partire dal DLgs 18.8.2000, n. 267, Testo Unico degli Enti Locali (TUEL), il legislatore ha proceduto ad una decisa privatizzazione¹³ ed anche liberalizzazione¹⁴ con numerosi interventi di rivisitazione della materia, l'ultimo dei quali è arrivato con l'introduzione dell'art. 15 della L. 166/2009 recante modificazioni all'art. 23bis del D.L. 112/2008, convertito in L. 133/2008.

Quello dei servizi pubblici locali risulta un regime giuridico particolarmente instabile, oggetto di continui interventi da parte del legislatore che sembra sempre alla ricerca dell'assetto definitivo.¹⁵

La disciplina introdotta dal TUEL 267/2000, è stata successivamente rivisitata prima dall'art. 35 della L. 448/2001 e poi dall'art. 14 del D.L. 269/2003 convertito in L. 326/2003, nonché è stata riformata dall'art. 4, comma 234, della Legge 350/2003, che ha apportato ulteriori integrazioni.

Anzitutto il TUEL, le cui disposizioni devono intendersi abrogate solo se incompatibili con la nuova normativa contenuta nel citato art. 23bis, ha introdotto la distinzione tra servizi pubblici

¹¹ La Corte di Giustizia CE, con sentenza 18.11.1999, causa C – 107/98, ha affermato che in tutte le fattispecie di affidamento di appalto pubblico di fornitura deve procedersi a gara, salvo il caso in cui l'Ente locale eserciti sull'affidatario un controllo analogo a quello da esso esercitato sui propri servizi

¹² La Corte di Giustizia CE, con sentenza 7.12.2000, causa C – 94/99, ha poi affermato che ai fini del ricorso all'affidamento diretto con un soggetto partecipato dall'Amministrazione precedente e quindi al fine della legittimità dell'affidamento in house, è necessario anche che il controllo analogo sia di tipo strutturale in modo che l'affidatario sia configurabile come un prolungamento amministrativo dell'Ente locale.

¹³ La privatizzazione implica che l'affidatario deve essere una società di capitali di cui l'ente locale detiene in tutto o in parte la proprietà del capitale sociale con il potere di condizionare l'operato della società.

¹⁴ La liberalizzazione implica che una volta operata la privatizzazione l'Ente locale non si occupi più della gestione né direttamente né indirettamente così che l'affidatario può operare nel mercato secondo le regole della libera concorrenza.

¹⁵ R. URSI, op. cit..

locali di rilevanza economica e servizi pubblici locali privi di rilevanza economica¹⁶ prevedendo una diversa normativa da applicare alle fattispecie concrete.

Inoltre con riferimento ai servizi pubblici locali di rilevanza economica, caratterizzati dalla remuneratività delle attività relative ai servizi stessi, l'art. 113 del TUEL ha individuato tre possibili forme di gestione e precisamente:

- affidamento ad un imprenditore terzo individuato a seguito dell'espletamento di una gara ad evidenza pubblica;
- affidamento diretto ad una società mista pubblico-privata con gara per la scelta del socio privato;
- affidamento diretto ad una società in house.

Con riferimento ai servizi pubblici locali privi di rilevanza economica, caratterizzati dal fatto che per essi non vi può essere né mercato né concorrenza, la relativa disciplina era contenuta nell'art. 113 bis del TUEL (introdotto dall'art. 35 della L. 448/2001, riscritto dal D.L. 269/2003, convertito in L. 326/2003, e integrato dalla L. 350/2003).

Poiché l'art. 113bis è stato dichiarato illegittimo dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 272 del 27 luglio 2004¹⁷, i servizi privi di rilevanza economica possono assumere numerose forme di gestione (azienda speciale, società di capitali pubblica, associazione, fondazione, istituzione, gestione in economia, società in house, ecc.).

Il passaggio dalla disciplina di cui all'art. 113 del TUEL 267/2000, come successivamente riformato dalla L. 350/2003, alla nuova disciplina dettata dall'art. 23bis del D.L. 112/2008, cui sono state apportate correzioni con la recente riforma di cui all'art. 15 della L. 166/2009, ha collocato l' in house providing in una posizione diversa: non più come modalità alternativa ordinaria di gestione del servizio pubblico, ma come forma di affidamento eccezionale,

¹⁶ Nello specifico tale distinzione è stata introdotta dal D.L. n. 269/2003 convertito in L. n. 326/2003 che ha abolito la precedente distinzione tra servizi a rilevanza industriale e servizi privi di rilevanza industriale prevista dall'art. 35 della L. n. 448/2001. Il TUEL non ha però precisato le caratteristiche e i requisiti dei settori di riferimento da collegare alla bipartizione. Secondo l'orientamento prevalente (TAR Sardegna, Sez. I, 2 agosto 2005, n. 1729) i servizi di rilevanza economica sono tutti quelli che vengono offerti agli utenti a fronte di un corrispettivo che ha la duplice funzione di coprire i costi e di remunerare il capitale investito – F. DELLO SBARBA, La compatibilità degli affidamenti in house con l'art. 23bis D.L. 112/2008: il g.a. anticipa l'art. 15 D.L. 135/2009, in *Urbanistica e appalti*, 2/2010. Il Regolamento di cui al D.P.R. 168/2010 attribuisce rilevanza economica ai servizi pubblici locali il cui valore economico supera la somma complessiva di €200.000,00 annui.

¹⁷ La sentenza della Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 113bis in quanto esso, sebbene si riferisse ai servizi privi di rilevanza economica nei quali non vi può essere né mercato né concorrenza, aveva richiesto come presupposto dell'affidamento del servizio l'aggiudicazione della gara.

configurabile solo in presenza di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento.

Mentre l'art. 113 del TUEL 267/2000 riconosceva all'istituto pari dignità rispetto alla gara per la scelta del gestore ovvero alla gara per la scelta del socio di una società mista pubblico-privata, l'art. 23bis novellato dalla L. 166/2009 invece limita la facoltà di scelta dell'Ente locale.

Infatti, l'Ente locale per avvalersi di tale forma di gestione è tenuta a richiedere preventivamente il parere all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato fornendo una relazione sugli esiti delle indagini di mercato dalla quale emergano la convenienza dell'affidamento diretto rispetto all'espletamento della gara ad evidenza pubblica.

In particolare l'art. 2 del Regolamento prevede che tale convenienza deve essere individuata all'esito di una accurata verifica con delibera quadro dell'Ente (consiglio comunale o provinciale), la quale, oltre ad illustrare l'istruttoria compiuta, deve evidenziare i fallimenti del sistema concorrenziale e viceversa i benefici derivanti dal mantenimento del regime di esclusiva del servizio.

La verifica deve essere effettuata entro 12 mesi dall'entrata in vigore del Regolamento e poi periodicamente secondo i rispettivi ordinamenti degli Enti locali e comunque prima di procedere all'affidamento o al rinnovo della gestione dei servizi.

Il parere dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato non va richiesto, ai sensi dell'art. 4 del Regolamento, se il valore economico del servizio oggetto dell'affidamento è inferiore alla somma complessiva di €200.000,00 annui.¹⁸

Con la riforma di cui all'art. 23bis del D.L. 112/2008, convertito il L. 133/2008, l'intento del legislatore è stato quello di abrogare il regime giuridico previsto dall'art. 113 del TUEL come successivamente modificato, al fine di favorire la più ampia diffusione dei principi di libera concorrenza e di libera prestazione da parte di tutti gli operatori economici interessati alla gestione dei servizi pubblici in ambito locale.

Ma, poiché la riforma, operata dalla L. 133/2009, si è rivelata incompiuta in quanto non prevedeva le società miste, il legislatore era costretto ad un ulteriore intervento riformatore con l'art. 15 del D.L. 135/2009, convertito in L. 166/2009, per integrare e completare il sistema delle modalità di affidamento mediante la regolamentazione delle società a partecipazione pubblica e privata, la cui tenuta risultava necessaria anche se ad una parte della dottrina tale strumento gestionale non appariva compatibile con l'ordinamento comunitario¹⁹.

¹⁸ Infra paragrafo n. 3.

¹⁹ R. URSI, op.cit..

Pertanto, attualmente le modalità di gestione e di affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica risultano essere:

- in via ordinaria:
 - a) in favore di imprenditori (o di società in qualunque forma costituite) individuati mediante procedure competitive ad evidenza pubblica;
 - b) in favore di società a partecipazione mista pubblica e privata, a condizione che la scelta del socio privato avvenga mediante procedure competitive ad evidenza pubblica a doppio oggetto (cioè qualità del socio ed attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio) e che al socio sia attribuita una partecipazione non inferiore al 40%. Inoltre il bando di gara o la lettera di invito, relativi a tale procedura competitiva, deve assicurare che:
 1. i criteri di valutazione delle offerte, basati su qualità e corrispettivo del servizio, prevalgano di norma su quelli riferiti al prezzo delle quote societarie;
 2. il socio privato selezionato svolga gli specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio per l'intera durata del servizio stesso e che, ove ciò non si verifica, si proceda a un nuovo affidamento ai sensi dell'art. 23bis, comma 2;
 3. siano previsti criteri e modalità di liquidazione del solo socio privato alla cessazione della gestione.²⁰

- in via eccezionale in favore di società in house con i seguenti requisiti:

- a) capitale interamente pubblico;
- b) controllo sulla società da parte dell'ente pubblico proprietario, analogo a quello esercitato sui propri servizi;
- c) attività della società svolta prevalentemente per l'ente pubblico proprietario.

Per garantire la parità tra gli operatori economici e per limitare le posizioni di privilegio, il legislatore ha poi vietato ai soggetti beneficiari di affidamenti, in via diretta o indiretta, in Italia o all'estero, anche non appartenenti a stati della UE, di acquisire la gestione di ulteriori servizi o

²⁰ Integrazioni apportate ai sensi del comma 4 dell'art. 3 del Regolamento di cui al D.P.R. 168/2010.

dello stesso servizio in ambiti territoriali diversi, nonché di svolgere servizi o attività per enti pubblici o privati, partecipando a gare.

Tuttavia, ai sensi del comma 2, lettera b, dell'art. 15 della L. 166/2009, che ha modificato l'art. 23bis del D.L. 112/2008, il divieto non si applica, come si vedrà²¹, alla società mista costituita con le modalità indicate nel medesimo art. 23bis, cioè quando il socio privato è stato selezionato all'esito di una gara ad evidenza pubblica "a doppio oggetto", avente ad oggetto contemporaneamente la qualità di socio e l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio (lo stesso vale per il socio privato di una società mista).

Inoltre il legislatore con il corpo normativo sopra indicato si è proposto di definire una disciplina organica e generale dei servizi pubblici locali che prevale sulle disposizioni di settore.

Sono stati però esentati diversi settori sia per mantenere una maggiore concorrenzialità (gas) sia per proteggerli dalla concorrenza (es.: farmacie comunali)²².

L'art. 1 del Regolamento, nel definire l'ambito di applicazione, esclude in particolare i seguenti servizi: di distribuzione del gas naturale, dell'energia elettrica, del trasporto ferroviario e della gestione delle farmacie comunali.

Per le risorse idriche il Regolamento poi prevede la piena ed esclusiva proprietà pubblica di tali risorse e l'autonomia gestionale del gestore.

Nei casi di esclusione, le rispettive discipline di settore prevalgono sulla nuova disciplina.

Risultano invece soggetti alla disciplina generale tutti gli altri settori (trasporti su gomma, risorse idriche, rifiuti, nonché gli altri settori innominati).

In particolare è previsto che la disciplina del 23bis prevalga sulle preesistenti normative settoriali incompatibili.

Per tale motivo l'in house providing appare una forma di affidamento compatibile con tutti i tipi di servizi pubblici, ivi compresi i rifiuti le cui norme settoriali ne escludono l'istituto²³.

3. La società in house.

L'[affidamento in house](#) (o in house providing) è l'ipotesi di affidamento in cui l'Ente locale committente pubblico, derogando al principio di carattere generale dell'evidenza pubblica, in luogo di procedere all'affidamento esterno di determinate prestazioni, provvede in proprio all'esecuzione delle stesse, attribuendo l'appalto o il servizio di cui trattasi ad altra entità

²¹ Cfr., Infra paragrafo n. 5.

²² A. VIGNERI, I servizi pubblici locali dopo l'art. 15 del D.L. n. 135/2009, in www.astridonline.it.

²³ Cfr., art. 202 del Codice dell'ambiente. – A. VIGNERI, op. cit..

giuridica di diritto pubblico mediante il sistema dell'affidamento diretto c.d. in house providing, ossia senza gara.²⁴

Si tratta, come già precisato, di un istituto di creazione giurisprudenziale, poi oggetto anche di interventi normativi.

L'espressione in house è stata per la prima volta utilizzata, in Ambito Comunitario, nel Libro Bianco sugli appalti pubblici nell'Unione Europea.

In tale documento, successivo al Libro Verde sulla stessa materia presentato nel 1996, la Commissione Europea definisce gli in house contracts²⁵ come “contratti aggiudicati all'interno della Pubblica Amministrazione... tra un'Amministrazione ed una società da questa interamente controllata”.

L'in house providing costituisce quindi un modello organizzativo in cui la Pubblica Amministrazione provvede da sé al perseguimento degli scopi pubblici quale manifestazione del potere di auto-organizzazione e del più generale principio comunitario di autonomia istituzionale.²⁶

In merito giova precisare che la scelta tra il sistema dell'affidamento del servizio mediante gara pubblica e l'opposto modello dell'affidamento in house va sempre preceduta dalla comparazione degli obiettivi pubblici che si intendono perseguire e delle modalità realizzative, tenuto conto dei tempi necessari, delle risorse umane e finanziarie da impiegare e del livello qualitativo delle prestazioni in base ai principi di economicità e massimizzazione dell'utilità per l'Amministrazione (sistema anglosassone del c.d. “Best Value”).²⁷

Tuttavia il sistema degli affidamenti in house risulta derogatorio rispetto al metodo di scelta del contraente mediante gara pubblica e si pone in contrasto con i principi generali stabiliti dal Trattato Istitutivo delle Comunità Europee a tutela della concorrenza e del mercato e a presidio della garanzia di massima trasparenza in materia di affidamento di contratti pubblici, nonché

²⁴ N. FERRANTE, Gli affidamenti “in house”, il rapporto tra l'Amministrazione e la società affidataria nella logica del “Controllo analogo”, in <http://www.altalex.com/>; Per un approfondimento sul tema si vedano C. ALBERTI, Appalti in house, concessioni in house ed esternalizzazione, in Riv. Ital. Dir. Pubbl. Comunitario, 2001, 501; S. COLOMBARI, Delegazione interorganica ovvero in house providing nei servizi pubblici locali, in Foro Amministrativo C.d.S., 2004, 1136.

²⁵ Il modello contrapposto a quello dell'in house providing è il cosiddetto outsourcing o contracting out, in cui la p.a. si rivolge al privato esternalizzando l'esercizio stesso dell'attività amministrativa o, più semplicemente, il reperimento delle risorse necessarie al suo svolgimento

²⁶ Sui principi che più in generale regolano le scelte discrezionali di ogni amministrazione pubblica si veda D. CASALINI, L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house, Napoli, 2003, 281 ss.

²⁷ Nel sistema inglese il “Best Value Performance Plan” è un documento che tutti gli enti locali sono tenuti a pubblicare, al pari del bilancio di esercizio (consuntivo), e che come dice la sua denominazione rappresenta un'analisi delle performance realizzate con quelle obiettivo, messe a confronto con quelle medie del comparto.

con i principi e le norme dell'ordinamento interno in tema di imparzialità, trasparenza, efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa.²⁸

Per tali ragioni il legislatore nazionale, già con la prima riforma di cui all'art. 23bis del D.L. 112/2008, convertito in L. 133/2008, per tutelare la concorrenza e il mercato, ha favorito la privatizzazione, sia pura nell'ottica della liberalizzazione, provocando una forte restrizione del campo di azione dell'affidamento diretto senza gara.

Il ricorso al modello dell'in house providing è stato così relegato alle ipotesi eccezionali di affidamento e gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, con la conseguenza che le società totalmente pubbliche sono diventate un modello di governance residuale a tutto vantaggio di un mercato in cui saranno sempre più presenti operatori economici totalmente privati o misti pubblico-privato.

La successiva riforma introdotta dall'art. 15 del D.L. 135/2009, convertito in L. 166/2009, che ha novellato l'art. 23bis del D.L. 112/2008, ha poi ribadito la straordinarietà ed eccezionalità dell'affidamento diretto a società con capitale interamente pubblico, seguendo l'impostazione precedentemente intrapresa.

Infine il regolamento di cui al D.P.R. 168/2010, come sopra detto, ha introdotto ulteriori modalità per l'affidamento in house e ha stabilito il criterio economico che individua i servizi pubblici locali di rilevanza economica.

Pertanto l'affidamento in house può essere legittimo solo in presenza delle condizioni stabilite dal novellato art. 23bis del D.L. 112/2008 e dal D.P.R. 168/2010 in aggiunta a quelle già configurate dalla giurisprudenza propria dell'in house providing.

In particolare, le nuove norme prevedono che la Pubblica Amministrazione affidante debba adottare una delibera motivata (atto deliberativo dell'Ente) all'esito di una verifica sulla sussistenza di situazioni eccezionali causate da peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e morfologiche che non rendono possibile il ricorso al mercato e quindi alla gara.

Ai sensi dell'art. 2 del Regolamento, la delibera, oltre ad illustrare l'istruttoria compiuta, deve evidenziare i fallimenti del sistema concorrenziale e viceversa i benefici del mantenimento del regime di esclusività del servizio.

Tale delibera deve essere sottoposta al vaglio dell'Autorità Garante del Mercato e della Concorrenza che dovrà rilasciare un parere preventivo sull'affidamento diretto.

²⁸ In tal senso, cfr., D. CASALINI, op. cit. secondo cui la giurisprudenza comunitaria sull'in house providing rappresenta il tentativo di armonizzare i principi a tutela della concorrenza presenti nel Trattato CE, con il potere di auto-organizzazione parimenti riconosciuto alle amministrazioni pubbliche degli Stati membri.

Il parere dell'Autorità Garante si configura come obbligatorio e semi vincolante (deve essere tenuto in debita considerazione dall'Amministrazione affidante).

L'Ente locale comunque potrà discostarsi, secondo l'interpretazione prevalente, purchè fornisca idonea ed adeguata motivazione.²⁹

E' stabilito inoltre che il rilascio del predetto parere deve avvenire entro 60 giorni dalla ricezione della delibera motivata dell'Ente.

Trascorsi inutilmente tale termine vale il silenzio assenso.

Tuttavia ai sensi dell'art. 4 del Regolamento il parere dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato è obbligatorio sugli affidamenti dei servizi pubblici il cui valore economico supera la somma complessiva di €200.000,00 annui³⁰.

Una volta precisate le norme del novellato art. 23bis del D.L. 112/2008, integrate dalle disposizioni del Regolamento di cui al D.P.R. 168/2010, che marginalizzano in maniera marcata l' in house providing, l'istituto non ha però subito nel suo complesso altre significative modificazioni, per cui tale figura giuridica va definita nell'ambito dei confini segnati dapprima dalla Corte di Giustizia europea e successivamente dalla giurisprudenza interna e dal legislatore nazionale.

Le condizioni necessarie affinché si possa derogare alla gara pubblica, sono state individuate per la prima volta dalla Sentenza della Corte di Giustizia del 18 novembre 1999, c.d. "Sentenza Teckal"³¹ che le ha così indicate:

- 1) esercizio da parte dell'ente committente, sulla società affidataria, di un "controllo analogo" a quello che esercita sui propri servizi;³²
- 2) necessità che la società affidataria realizzi la "parte più importante della propria attività con l'ente committente" (o gli enti se son più di uno) che la controlla.³³

²⁹ B. GILIBERTI - L. R. PERFETTI, I. RIZZO, La disciplina dei servizi pubblici locali alla luce del D.L. 135/2009, in *Urbanistica e Appalti*, 3/2010. A. VIGNERI, op.cit.

³⁰ O. FORLENZA, Regolamento – D.P.R. 168/2010, in *Il Sole 24 ore*, Guida al Diritto, n. 44/2010.

³¹ Corte di Giustizia Europea, 18 novembre 1999, C-107/98, Teckal Srl c. Comune di Viano e Azienda Gas – Acqua Consortile (AGAC) di Reggio Emilia, in *Urbanistica e Appalti*, 2000, 227.

³² Secondo la Corte di Giustizia, il concetto di controllo analogo, sottintende l'esistenza di un rapporto assimilabile alla relazione di subordinazione gerarchica, poiché laddove sussiste una posizione di rilevante controllo gestionale e finanziario dell'ente locale sul soggetto affidatario, quest'ultimo non può essere ritenuto terzo rispetto all'ente stesso. Per un'ampia rassegna sull'evoluzione del concetto di "controllo analogo" si veda F. CARINGELLA, *Il problema dell'in house providing: un nodo non risolto dal Codice*, in R. DE NICTOLIS (a cura di) *Il nuovo Diritto Amministrativo*, Milano, 2007, 335 e ss.

³³ La ratio di tale requisito si coglie agevolmente se si considera come le regole della concorrenza risulterebbero violate nel caso di affidamento diretto di un pubblico servizio ad un'impresa che operi nel

Con tale pronuncia la Corte di Giustizia, non solo ha delineato i limiti del ricorso all'affidamento in house, ma ha implicitamente fornito la soluzione normativa dell'istituto de quo.

Per la Corte di Giustizia, infatti, nel caso di affidamento diretto del servizio, sussiste una delegazione interorganica in favore di un soggetto che pure se dotato di personalità giuridica distinta, risulta nella sostanza, come tutte le articolazioni interne classiche dell'Ente, sottoposto ad un penetrante controllo da parte dello stesso Ente.

Avverso la tesi sostenuta dalla sentenza della Corte di Giustizia sono state avanzate molteplici obiezioni relative al fatto che l'affidamento diretto del servizio si pone in contrasto in primis con il principio di concorrenza, cioè uno dei canoni principali del Trattato istitutivo della Comunità Europea.

Inoltre, è stato evidenziato che la società in house gode di una posizione di privilegio economico violando le regole della par condicio e sottraendo al libero mercato quote di contratti pubblici.

In adesione a tali valutazioni, i requisiti dell'in house providing, costituendo questo istituto un'eccezione alle regole generali del diritto comunitario, sono stati interpretati restrittivamente.³⁴

In questa direzione un contributo incisivo relativa all'individuazione del controllo analogo è stato dato dalla sentenza della Corte di Giustizia del 11 gennaio 2005 cd. "Sentenza Standt Halle"³⁵ in cui viene escluso che l'Ente conferente possa esercitare un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi nel caso di partecipazione, anche minoritaria, di un'impresa privata al capitale di una società partecipata dall'Ente locale.

mercato, che verrebbe favorita rispetto alle altre imprese che vi operano senza godere di affidamenti diretti, così alterandosi la par condicio tra imprese concorrenti. Non è, invece, così quando si tratta di organismi che non stanno sul mercato o che vi stanno in posizione del tutto trascurabile, quali, appunto, sono quelli che operano esclusivamente o quasi esclusivamente a favore degli enti pubblici che li controllano. Nell'affermare la necessità che il soggetto aggiudicatario realizzi "la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti pubblici" che lo controllano, la Corte di Giustizia sembra fare riferimento tanto alle prestazioni svolte "nei confronti" dell'amministrazione controllante quanto a quelle svolte "per conto" della stessa. Sul punto, F. CARINGELLA, op. cit., 358-359 ha evidenziato che per attività svolta "nei confronti" dell'amministrazione controllante deve intendersi quella volta a soddisfare il fabbisogno dell'amministrazione e a procurare quei fattori produttivi nonché quelle risorse necessarie per l'esercizio delle competenze. L'attività svolta "per conto" dell'ente pubblico controllante, invece, consiste nello svolgimento di funzioni proprie dell'amministrazione che hanno come diretti destinatari gli utenti finali.

³⁴ S. VARONE, Note in tema di affidamenti in house e diritto comunitario, in Foro Amm. C.d.S., 2004, 2416.

³⁵ Corte di Giustizia Europea, 11 gennaio 2005, C-26/03, Stadt Halle e RPL Recyclingpark Lochau GmbH/Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall-und Energieverwertungsanlage TREA Leuna in www.dirittodeiserviziipubblici.it/

Nella sentenza si chiarisce che il requisito del controllo analogo può ritenersi sussistente unicamente in presenza di una partecipazione pubblica totalitaria (capitale interamente pubblico).

Un successivo contributo è stato poi offerto dalla Corte di Giustizia con sentenza del 2005, cd. “Sentenza Parking Brixen”³⁶ ove si è affermato che “non è conforme al diritto comunitario l'attribuzione di una concessione di pubblici servizi senza svolgimento di pubblica gara qualora l'impresa concessionaria sia una società per azioni costituita mediante la trasformazione di un'azienda speciale di un'autorità pubblica, il cui capitale sociale al momento dell'attribuzione sia interamente detenuto dall'autorità pubblica concedente, il cui Consiglio di amministrazione disponga però dei più ampi poteri di ordinaria amministrazione e possa concludere autonomamente, senza l'accordo dell'assemblea dei soci, taluni negozi”.

In sintesi, la Corte di Giustizia ha sostenuto che il controllo analogo deve escludersi:

1. quando a livello Statutario è consentita la partecipazione al capitale sociale da parte di un soggetto privato;
2. quando sono attribuiti al Consiglio di Amministrazione poteri gestionali rilevanti.³⁷

In conseguenza l'in house providing, in quanto istituto finalizzato all'affidamento diretto, dopo tali pronunce comunitarie, ha cambiato volto.

E' diventato un “principio della disciplina comunitaria” con riguardo non solo agli appalti pubblici e ai servizi pubblici, ma a tutti i contratti pubblici e, in genere, all'attività di rilevanza economica quando è oggetto di contratto da stipulare con una pubblica amministrazione.

L'ottica comunitaria spostava l'in house providing da modello organizzativo dell'Amministrazione a esigenza di tutela della concorrenza.

Il che equivaleva a dire che l'autonomia organizzativa non può arrivare a ledere il principio di concorrenza, poiché tali condizioni non sono richieste in via alternativa, ma anzi devono necessariamente concorrere.³⁸

³⁶ Corte di Giustizia Europea, 13 ottobre 2005, c-458/03, Parking Brixen GmbH contro Gemeinde Brixen, Stadtwerke Brixen AG in www.dirittodeiservizipubblici.it.

³⁷ R. URSI, La Corte di giustizia stabilisce i requisiti del controllo sulle società in house, in *Il Foro italiano*, 2006, IV Col. 79 – 82.

³⁸ M. CHIAPPETTA, L'in house providing alla luce della recente giurisprudenza comunitaria, in www.lexitalia.it, n.4, 2006; C. VOLPE, In house providing, Corte di Giustizia, Consiglio di Stato e Legislatore Nazionale, un caso di convergenze parallele, in *Urbanistica e Appalti*, 2008, 1401.

Successivamente, nella sentenza del 19 aprile 2007, la Corte di Giustizia è tornata nuovamente sulla questione con la sentenza Tragsa (causa C-295/05), indicando come elemento sintomatico della sussistenza del rapporto in house la circostanza che il soggetto affidatario non goda di alcun margine di libertà né relativamente alle modalità di esecuzione degli incarichi conferiti, né con riguardo alle tariffe da applicare alle prestazioni.

Inoltre, il giudice comunitario ha affermato due importanti principi ai fini della definizione delle condizioni che legittimano l'affidamento in house.

Con il primo, viene precisato che costituisce elemento rilevante ai fini della sussistenza del c.d. "controllo analogo" la possibilità per l'Ente committente di esercitare una serie di facoltà che si sostanziano: nella nomina degli organi direttivi della società affidataria, nella determinazione delle spese di funzionamento di detta società e nello svolgimento di una serie di verifiche sull'attività sociale.

Con il secondo principio viene invece precisata l'incidenza dell'eventuale partecipazione di soggetti privati al capitale della società, chiarendo che qualora al momento dell'affidamento in house non vi sia un'effettiva partecipazione alla società di soggetti privati, ma sussista solo la possibilità che tale evenienza possa verificarsi in futuro, ciò non costituisce elemento sufficiente per escludere l'esistenza di un controllo analogo.³⁹

Da ultimo, con la sentenza del 10 settembre 2009 (causa C-573/07), il Giudice comunitario ha affermato che il controllo esercitato dagli Enti azionisti sulla società affidataria può essere considerato analogo a quello esercitato sui propri servizi quando l'attività della società sia espletata limitatamente al territorio di tali Enti e, fondamentalmente, a beneficio di questi, nonché quando tramite organi statutari composti da rappresentanti degli Enti stessi, questi ultimi esercitino una influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti della società.

Anche la giurisprudenza amministrativa nazionale, sulla base delle indicazioni e degli orientamenti espressi a livello comunitario, ha esplicitato le condizioni affinché il controllo esercitato dalle Amministrazioni aggiudicatrici sulle società affidatarie pubbliche presenti le caratteristiche richieste.⁴⁰

La sesta sezione del Consiglio di Stato nella sentenza n. 168/05 ha ritenuto che il controllo analogo si perfeziona allorquando tra Amministrazione e società sussista "un rapporto

³⁹Corte di Giustizia Europea, 17 luglio 2008, c-371/05, Commissione delle Comunità Europee contro Repubblica Italiana in Foro Amministrativo CDS, 2008, 7-8, 1960.

⁴⁰F. GAVERINI, Alle radici dell'in house providing: la giustizia amministrativa italiana si rimette alla Corte di Giustizia CE, in Foro Amm. TAR, 2004, 3123; G. SCIULLO, La procedura di affidamento dei servizi pubblici locali tra disciplina interna e principi comunitari, in www.lexitalia.it, n.12, 2003

equivalente, ai fini degli effetti pratici, ad una relazione di subordinazione gerarchica; tale situazione si verifica quando sussiste un controllo gestionale e finanziario stringente dell'ente pubblico sull'ente societario".⁴¹

Il TAR Campania, in una decisione coeva (Sez. I, Sent. n. 2784/2005) ha, altresì, chiarito che "il soggetto gestore deve sostanzialmente essere configurato come una sorta di longa manus dell'affidante, pur conservando natura distinta e autonoma rispetto all'apparato organizzativo dell'ente: deve, in altri termini, determinarsi una sorta di "amministrazione indiretta", nella quale la gestione del servizio, in un certo senso, resta saldamente nelle mani dell'ente concedente, attraverso un controllo assoluto sulla attività della società affidataria la quale, a sua volta, è istituzionalmente destinata in modo assorbente ad operare in favore di questo ... Si deve dunque verificare se i rapporti organizzativi e funzionali tra Ente e società a capitale pubblico siano tali da realizzare in concreto questa assimilazione e tale indagine dovrà incentrarsi sull'esame dell'atto costitutivo e dello statuto della società".⁴²

Nello stesso senso si sono espressi il TAR Friuli Venezia Giulia, (Sent. 15 luglio 2005 n. 634)⁴³, ed il TAR Sardegna (Sent. 2 agosto 2005 n. 1729)⁴⁴, i quali hanno affermato che può ritenersi raggiunto l'obiettivo del controllo qualora esista "una forma penetrante di controllo, che investe non solo gli atti di gestione straordinaria, ma anche, in parte rilevante, la gestione ordinaria e gli organi stessi" della società.

In definitiva, ai sensi della richiamata giurisprudenza, il controllo analogo sulla società pubblica affidataria del servizio può ritenersi garantito dalla previsione, espressa nell'atto costitutivo e nello statuto della società, di stringenti poteri di controllo finanziario e gestionale a favore dell'Amministrazione aggiudicatrice.

Il controllo deve riguardare le attività fondamentali e di straordinaria amministrazione, nonchè il perseguimento degli obiettivi di interesse pubblico assegnati e gli organi della società.⁴⁵

Il Consiglio di Stato (Sez. V, Sent. 30.08.2006 n. 5072), ha statuito, inoltre, che "lo statuto della società non deve consentire che una quota del capitale sociale, , anche minoritaria, possa essere alienata a soggetti privati".⁴⁶

⁴¹ Consiglio di Stato, Sez VI, 25 gennaio 2005, n. 168, in *Il Sole 24 Ore, Diritto e Pratica Amministrativa*, 2007, 1, p.

⁴² TAR Campania, Sez. I, 30 marzo 2005, n. 2784 in *Foro Amministrativo TAR*, 2005, 4, 1154 ss., con nota di O.M. Calsolaro.

⁴³ TAR Friuli Venezia Giulia, 15 luglio 2005, n. 634 in *Foro Amministrativo TAR*, 2005, 7/8, 2355.

⁴⁴ TAR Sardegna, 2 agosto 2005, n. 1729, in *Foro Amministrativo TAR*, 2005, 7/8, 2618.

⁴⁵ N. FERRANTE, *Gli affidamenti "in house": il rapporto tra l'Amministrazione e la Società affidataria nella logica del "Controllo analogo"*, in www.altalex.com.

⁴⁶ Consiglio di Stato, Sez. V, 30 agosto 2006 n. 5072, in *Il Sole 24 Ore, Diritto e Pratica Amministrativa*, 2006, 1,12, annotata da M. ATELLI.

Lo stesso Consiglio di Stato, (in nota Sez. VI, Sent. 03.04.2007 n. 1514) ha, inoltre, precisato che “il consiglio di amministrazione della società non deve avere rilevanti poteri gestionali e all'Ente pubblico controllante deve essere consentito esercitare poteri maggiori rispetto a quelli che il diritto societario riconosce normalmente alla maggioranza sociale”.⁴⁷

In sostanza si ritiene che per il controllo societario totalitario non basta la sola ricorrenza dei presupposti dell' in house, ma occorre anche un'influenza determinante da parte del socio pubblico, sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti.

Ne consegue che l'in House esclude la terzietà, poiché l'affidamento avviene a favore di un soggetto il quale, pur dotato di autonoma personalità giuridica, si trova in condizioni di soggezione nei confronti dell'ente affidante che è in grado di determinarne le scelte.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa della Regione Siciliana, con Sent. 04.09.2007 n. 719, nel recepire gli argomenti e le indicazioni sopra riportate, ha più precisamente indicato gli elementi da cui desumere la sussistenza di un controllo analogo effettivo e non solo formale o apparente.

Essi sono:

- a) il controllo del bilancio;
- b) il controllo sulla qualità dell'amministrazione;
- c) la spettanza di poteri ispettivi diretti e concreti;
- d) la totale dipendenza dell'affidatario diretto in tema di strategie e politiche aziendali.⁴⁸

Infine, con riferimento ai limiti in cui è consentito l'affidamento in house da parte di una pluralità di Enti pubblici a favore di un'unica società dagli stessi partecipata, il Consiglio di Stato con la sentenza n. 1365 del 2009 (inserirne in nota per esteso), si è espresso nel senso che l'affidamento del servizio è ammesso anche quando il controllo viene messo in atto da uno degli enti che detiene una quota minoritaria del capitale sociale.

Il Consiglio di Stato a tal proposito richiama una pronuncia della Corte di giustizia (Sent. 13.11.2008 causa C - 324 - 07), la quale ha fissato due principi importanti entrambi rilevanti ai fini di delimitare il corretto campo di operatività degli affidamenti in house a favore di una società interamente pubblica e partecipata da una pluralità di Enti.

Il primo è che la presenza nell'ambito delle società di un organo statutario composto da rappresentanti dei soci Enti pubblici, costituisce elemento idoneo a configurare la sussistenza di un controllo analogo da parte dei secondi (Enti) sulle prime (società).

⁴⁷ Consiglio di Stato, Sez. VI, 3 aprile 2007, n. 1514, in Rivista Giuridica dell'Edilizia 2007, 4-5, 1432.

⁴⁸ C. TESSAROLO, Diritto dei servizi Pubblici, 2007.

L'altro principio è che il controllo in questione deve essere effettivo, ma non è necessario che esso sia esercitato in forma individuale, potendo invece ammettersi anche un controllo che si esprima in forma congiunta.

In sostanza non è richiesto ai fini della configurabilità del controllo analogo rispetto ad una società partecipata da più Enti pubblici, che ogni singolo Ente eserciti tale controllo in via individuale, essendo anche consentito che esso si realizzi attraverso modalità collettive che vedono cioè la partecipazione congiunta di tutti gli enti pubblici/soci.

I requisiti del controllo analogo non sottendono una logica "dominicale", rilevando piuttosto una dimensione "funzionale".

Detto controllo non presuppone necessariamente che i soci pubblici abbiano una piena disponibilità della governance societaria, essendo sufficiente che riescano ad incidere in maniera appunto "funzionale" sull'attività delle società.⁴⁹

Infine l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, in considerazione del fatto che l'in house rappresenta non solo un modello di organizzazione dell'Amministrazione ma costituisce un'eccezione alle regole generali del diritto comunitario di tutela della concorrenza e del mercato, che richiedono la previa gara, con nota n. 39239 del 04.08.2008, ha manifestato "l'esigenza di un uso corretto e circoscritto dell'istituto dell'affidamento in house"⁵⁰.

L'in house providing è stato, come sopra precisato, poi recepito dalla legislazione nazionale.⁵¹

Introdotta con l'art. 113 del TUIL 167/2000 e novellata con l'art. 23bis del D.L. 112/2008 e ss.mm.ii, integrata dal D.P.R. 168/2010, l'istituto oggi rappresenta una forma eccezionale di affidamento caratterizzata dalla coesistenza dei seguenti requisiti: 1. capitale interamente pubblico; 2. controllo sulla società da parte dell'Ente pubblico proprietario, analogo a quello esercitato sui propri servizi; 3. attività della società svolta prevalentemente per l'Ente pubblico proprietario.

Tali requisiti sono richiesti se trattasi di affidamento di servizi pubblici locali di rilevanza economica secondo il criterio stabilito dal Regolamento di cui al D.P.R. 168/2010 (valore superiore a €200.000,00 annui).

⁴⁹ Consiglio di Stato, 9 marzo 2009, n. 1365, in *Il Sole 24 Ore*, Edilizia e Territorio, 2009,15, 19, con commento a cura di R. MANGANI.

⁵⁰ Autorità Garante della concorrenza e del mercato, nota n. 39239 del 4 agosto 2008, in www.senato.it

⁵¹ *Supra* paragrafi 1 e 2 - A. ANNIBALI, *Gli affidamenti in house: dal diritto comunitario ai servizi pubblici locali*, in www.lexitalia.it, n. 12, 2003; E. CASETTA, *Manuale di Diritto Amministrativo*, VII^a edizione, Giuffrè, Milano, 2005; M. PELLINGRA CONTINO, *Uno sguardo di insieme alla liberalizzazione dei servizi di interesse economico generale tra disciplina nazionale e normativa comunitaria*, in www.giustamm.it, pubblicato il 06/04/2009.

4. La società mista

Il fenomeno delle società miste (ossia quelle non interamente possedute dall'ente pubblico, ma a capitale misto pubblico/privato) rientra nel concetto di partenariato pubblico privato⁵² (PPP) e si riferisce in generale a “forme di cooperazione tra le autorità pubbliche e il mondo delle imprese che mirano a garantire il finanziamento, la costruzione, il rinnovamento, la gestione o la manutenzione di un'infrastruttura o la fornitura di un servizio”.

La questione della possibilità di affidare direttamente il servizio a società miste, allorché le esigenze di tutela della concorrenza siano state rispettate mediante esperimento della pubblica gara indetta per l'individuazione del partner privato, ha trovato in giurisprudenza soluzioni non univoche.⁵³

Ad atteggiamenti di totale chiusura nei confronti della possibilità di affidare direttamente a società miste la gestione dei servizi senza l'esperimento di una specifica gara, diversa e

⁵² Commissione UE, Libro Verde relativo ai Partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni, 30 aprile 2004, COM (2004) 327, in www.europa.eu.int/documents/comm/index_it.htm, par. 1, nella parte in cui si dice: “ Il tema dei partenariati pubblico-privati non è definito a livello comunitario. Questo termine si riferisce in generale a forme di cooperazione tra le autorità pubbliche ed il mondo delle imprese che mirano a garantire il finanziamento, la costruzione, il rinnovamento, la gestione o la manutenzione di un'infrastruttura o la fornitura di un servizio. I seguenti elementi caratterizzano normalmente le operazioni di PPP:

- a) La durata relativamente lunga della collaborazione, che implica una cooperazione tra il partner pubblico ed il partner privato in relazione a vari aspetti di un progetto da realizzare.
- b) La modalità di finanziamento del progetto, garantito da parte dal settore privato, talvolta tramite relazioni complesse tra diversi soggetti. Spesso, tuttavia, quote di finanziamento pubblico, a volte assai notevoli, possono aggiungersi ai finanziamenti privati.
- c) Il ruolo importante dell'operatore economico, che partecipa a varie fasi del progetto (progettazione, realizzazione, attuazione, finanziamento). Il partner pubblico si concentra principalmente sulla definizione degli obiettivi da raggiungere in termini d'interesse pubblico, di qualità dei servizi offerti, di politica dei prezzi, e garantisce il controllo del rispetto di questi obiettivi.
- d) La ripartizione dei rischi tra il partner pubblico ed il partner privato, sul quale sono trasferiti rischi di solito a carico del settore pubblico. I PPP non implicano tuttavia necessariamente che il partner privato si assuma tutti i rischi, o la parte più rilevante dei rischi legati all'operazione. La ripartizione precisa dei rischi si effettua caso per caso, in funzione della capacità delle parti in questione di valutare, controllare e gestire gli stessi.

Nel corso dell'ultimo decennio, il fenomeno dei PPP si è sviluppato in molti settori rientranti nella sfera pubblica. L'aumento del ricorso a operazioni di PPP è riconducibile a vari fattori. In presenza delle restrizioni di bilancio cui gli Stati membri devono fare fronte, esso risponde alla necessità di assicurare il contributo di finanziamenti privati al settore pubblico. Inoltre, il fenomeno è spiegabile anche con la volontà di beneficiare maggiormente del "know-how" e dei metodi di funzionamento del settore privato nel quadro della vita pubblica. Lo sviluppo dei PPP va d'altronde inquadrato nell'evoluzione più generale del ruolo dello Stato nella sfera economica, che passa da un ruolo d'operatore diretto ad un ruolo d'organizzatore, di regolatore e di controllore”.

⁵³ M. GIOVANNELLI, Divieto di affidamento di servizi pubblici senza gara a società mista e ulteriore restrizione dell'in house providing, 2006, 157.

successiva rispetto a quella necessaria all'individuazione del socio privato di minoranza, si è contrapposta la tesi secondo cui la società mista a prevalente partecipazione pubblica può essere sempre affidataria diretta dei servizi alla sola condizione che la scelta del contraente privato sia avvenuta mediante trasparenti procedure selettive.⁵⁴

In particolare occorre ricordare che la Corte di Giustizia europea⁵⁵ in un primo momento aveva affermato che si pregiudica il principio della concreta e libera concorrenza e si viene a determinare una contraddizione rispetto all'uguaglianza di trattamento degli interessati, nel caso in cui si attui la diretta assegnazione di un appalto pubblico ad una società mista pubblico-privata.

Ciò in quanto si riteneva che le imprese che partecipano alla società mista vengono ad acquisire una posizione di privilegio rispetto agli altri possibili concorrenti.⁵⁶

Secondo parte della giurisprudenza nazionale⁵⁷ la costituzione di una società mista, con scelta del socio privato a seguito di gara, non esimeva dalla effettuazione di una seconda gara per l'affidamento del servizio.

Risultava necessario per tale giurisprudenza che, dopo la gara per l'acquisizione del servizio, la società ne affronti una seconda, alla quale possono partecipare tutti i soggetti interessati in possesso dei relativi requisiti, operanti nel settore.⁵⁸

Altra giurisprudenza⁵⁹ riteneva, invece, priva di qualsivoglia utilità per l'Ente locale la costituzione (a seguito di procedura ad evidenza pubblica) della società mista a capitale pubblico maggioritario quando al citato Ente non è consentito commissionarle in via diretta quelli che sono i servizi pubblici di propria spettanza.

Infatti se manca tale possibilità la costituzione della società mista non presenta alcuna utilità pratica in quanto la successiva procedura ad evidenza pubblica volta all'affidamento dei servizi configurerebbe una mera reiterazione di un procedimento già svoltosi.

In proposito il Consiglio di Stato, con Parere del 18 aprile 2007 n. 456⁶⁰, dopo avere esaminato il percorso della giurisprudenza comunitaria e nazionale e dopo aver precisato che la figura della

⁵⁴ A. COLAVECCHIO, Gli affidamenti in house a future società miste, in www.giustamm.it, n.3, 2005

⁵⁵ Corte di Giustizia Europea, sez. I, 11 gennaio 2005 n. 26, in *Foro Amministrativo TAR*, 2005, 665, annotata da E. SCOTTI.

⁵⁶ R. DE NICTOLIS, La Corte CE si pronuncia in tema di tutela della trattativa privata, negli affidamenti in house e a società mista, in *Urbanistica e Appalti*, 3/2005, 308. E. SCOTTI, Le società miste tra in house providing e partenariato pubblico privato: osservazioni a margine di una recente pronuncia della Corte di Giustizia, in *Foro Amm. C.d.S.*, 2005, 670.

⁵⁷ C.G.R.S., 27 ottobre 2006 n. 589.

⁵⁸ C. TESSAROLO, *Diritto dei servizi Pubblici*, 2006.

⁵⁹ Consiglio di Stato, sez. V, 3 febbraio 2005 n. 272, in *Il Sole 24 Ore*, Guida Al Diritto, 2006, 47, 92, annotata da G. Squaglia.

⁶⁰ Consiglio di Stato, sez. II, 18 aprile 2007, n. 456, in *Il Foro Italiano*, 2007, 12, 611

società mista non rientra tra gli affidamenti in house perché non si rinvergono in essa i requisiti della delegazione interorganica e del controllo analogo, ha affermato che la sola condizione della scelta del socio privato attraverso procedure ad evidenza pubblica non giustifica la possibilità di affidamento diretto alle società miste, ma che il ricorso alla figura della società mista è ammissibile nel caso in cui essa non dirsi beneficiaria di un “affidamento diretto”, bensì la modalità organizzativa con la quale l’Amministrazione provvede, con gara, all’affidamento al “socio operativo” della società il quale concorre materialmente allo svolgimento del servizio pubblico o di fasi dello stesso.

Il che vuol dire che la gara con cui si effettua la scelta del socio definisce anche l'affidamento del servizio operativo.

Tuttavia terminato il periodo di affidamento, si dovrà procedere poi ad una nuova selezione del socio privato per evitare che lo stesso divenga “socio stabile” della società mista.⁶¹

Per le società miste la soluzione della loro legittimità andava quindi trovata o nella doppia gara (prima per la scelta del socio e poi per l’affidamento del servizio alla società) oppure nel modello delineato dalla Sezione Seconda del Consiglio di Stato con il Parere n. 456/07.

In merito la Commissione Europea, con Comunicazione Interpretativa del 05.02.2008⁶² “sull’applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati (PPPI)” si pronunciava nel senso che si può procedere contestualmente all’affidamento diretto dell’appalto se il socio privato è scelto attraverso procedure ad evidenza pubblica e sempre che l’appalto rientri specificamente nell’oggetto sociale della società mista, per il cui affidamento l’identificazione del soggetto privato avviene attraverso una selezione competitiva pubblica e secondo criteri non discriminatori e trasparenti.

Ma, quanto ritenuto dalla Commissione non assumeva il contenuto di un principio della disciplina comunitaria né aveva valore interpretativo, poiché l’interpretazione del Diritto Comunitario spettava in ultima istanza alla Corte di Giustizia (come precisato dalla medesima Commissione nella detta comunicazione).

⁶¹Secondo tale impostazione, “l’esistenza di una gara che conferisca, di fatto, al socio privato l’affidamento sostanziale del servizio svolto dalla società mista consente di ricondurre l’ipotesi in questione a quel legittimo fenomeno di “partenariato pubblico-privato”(PPP)”. Avverso tale ultima riconduzione si veda S. ROSTAGNO, Società miste: la via del Consiglio di Stato fra modello in house e partenariato pubblico-privato, in www.giustamm.it

⁶² Comunicazione interpretativa della Commissione in data 5 febbraio 2008 “sull’applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati (PPPI)”, pubblicata nella G.U.C.E. 12 aprile 2008, C 91/4.

Inoltre il Consiglio di Stato⁶³ non ha colto l'occasione, neanche questa volta, per intervenire nell'evoluzione giurisprudenziale nazionale in ordine alla possibilità per l'Amministrazione Pubblica di avvalersi dello strumento della società mista quale modello organizzativo per l'espletamento dei compiti ad essa demandati.

Anzitutto, i giudici della sesta Sezione hanno posto l'accento, richiamando il [parere n. 456/2007](#), sulla differenza tra la società in house e la società mista, evidenziando come la prima agisce come una sorta di longa manus dell'Amministrazione in ragione sia del controllo che questa esercita sulla società in house (che si configura come analogo a quello esercitato sui propri servizi) che della destinazione prevalente dell'attività dell'ente in house in favore della stessa Amministrazione, mentre la diversa figura della società mista a capitale pubblico maggioritario, il cui socio privato sia stato scelto con una procedura ad evidenza pubblica, presuppone la creazione di nuovo modello organizzativo risultante dalla convergenza degli interessi pubblici e privati.

Inoltre, i giudici di Palazzo Spada nella predetta sentenza (n. 1555/2009) hanno ribadito la possibilità di un diretto affidamento del pubblico appalto ad una società mista costituita per una specifica missione attraverso un'unica gara finalizzata sia alla scelta del socio privato che allo stesso affidamento dell'attività da svolgere, puntualizzando che, nell'ambito di una procedura ad evidenza pubblica per la scelta del socio privato e per l'affidamento dei servizi, la lex specialis di gara possa prevedere l'eventualità di ulteriori affidamenti.

Secondo tali giudici, infatti, un tale ulteriore affidamento troverebbe giustificazione nella considerevole durata del rapporto, visto che sarebbe difficile ipotizzare che l'Amministrazione possa ricorrere al modello organizzativo in questione per periodi di tempo assai limitati, tenuto anche conto dell'eventuale complessità dei compiti affidati ab origine.

Questo innovativo assunto trovava sostegno, sempre ad avviso del Collegio, nella suddetta Comunicazione interpretativa della Commissione europea del 5 febbraio 2008 (C 6661/2007) che, oltre ad avvalorare l'impraticabilità di una doppia procedura (la prima per la selezione del partner privato del PPPI e la seconda per l'aggiudicazione dell'appalto pubblico o della concessione all'entità a capitale misto) ha, peraltro, stabilito che, nel rispetto del principio della concorrenza, è necessario che nella documentazione di gara sia espressamente prevista la possibilità di rinnovo o di una modifica dell'appalto pubblico o della concessione affidata ad una società ad economia mista e che sia chiaramente specificata la possibilità di assegnazione di nuovi compiti.

⁶³ Consiglio di Stato, sez. VI, 16 marzo 2009, n. 1555, in www.altalex.com, con nota di F. De Santis.

La Commissione europea, quindi, riguardo alla fase posteriore alla costituzione di un PPPI, ha ritenuto ammissibili specificazioni e modificazioni successive alla gara, anche rispetto a quanto previsto nella *lex specialis*, a condizione, però, che l'autorità aggiudicatrice indicasse, nel bando di gara o nel capitolato d'oneri, tale possibilità di adeguamento, al fine di darne completa conoscenza a tutte le imprese interessate alla gara facendo in modo, quindi, che tutte fossero in condizione di parità al momento della formulazione dell'offerta.

Finalmente la predetta impostazione del Consiglio di Stato, condivisa anche dalla Commissione europea, ha trovato il conforto della Corte di giustizia europea (Sez. III 15 ottobre 2009, C-196/2008), la quale, mostrando un particolare favore nei confronti del Partenariato pubblico e privato, ha ribadito la conformità all'ordinamento comunitario dell'affidamento di un servizio pubblico in favore di una società mista a condizione che "la scelta di un socio economico privato e l'aggiudicazione della concessione alla società a capitale misto da istituire a tale scopo" siano avvenuti contestualmente nel medesimo atto (c.d. a doppio oggetto).

Il legislatore nazionale ha quindi recepito le conclusioni cui sono giunte la giurisprudenza interna e quella comunitaria.

La regola in base alla quale la scelta del socio deve avvenire con gara che abbia ad oggetto, oltre alle sue qualità anche e al contempo l'attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio è stata codificata ad opera dell'art. 15 del D.L. n. 135/2009 che ha novellato l'art. 23bis del D.L. 112/2008, il quale ha anche previsto che al socio privato debba essere attribuita una partecipazione non inferiore al 40%.⁶⁴

Per la verità il testo originario dell'art. 23bis (prima della novella dell'art. 15 del D.L. 135/2009) sul punto era piuttosto lacunosa, ciononostante il ricorso alla società mista era ammissibile, in via interpretativa, in base all'art. 113 del TUEL 267/2000 (suddetto parere del Consiglio di Stato n. 456/2007).⁶⁵

L'intervento normativo chiarificatore è arrivato con la novella di cui all'art. 15 del D.L. 135/2009, che ha configurato la società mista come forma ordinaria di affidamento posta sullo stesso piano della procedura ad evidenza pubblica.⁶⁶

Il Regolamento di cui al D.P.R. 168/2010 ha previsto poi che il bando di gara con la lettera di invito deve contenere i criteri di valutazione delle offerte, la decadenza dell'affidamento, ove gli specifici compiti operativi non siano svolti per tutta la durata del servizio, nonché i criteri di liquidazione del socio alla cessazione della gestione.

⁶⁴ Sulla legislazione nazionale, cfr., supra paragrafo n. 2.

⁶⁵ Infatti l'art. 113 del TUEL risultava abrogato solo per le disposizioni incompatibili con l'art. 23bis del D.L. 112/2008. Cfr., supra, paragrafo n. 2.

⁶⁶ Infra, paragrafo n. 7.

5. La partecipazione della società mista a gare pubbliche

La sentenza del TAR Calabria riconosce alla società mista, come sopra chiarito,⁶⁷ la possibilità, insita nella norma stessa dell'art. 23bis, comma2, lettera b), del D.L. 112/2008 e ss.mm.ii., di partecipare a gare pubbliche e di acquisire ulteriori servizi ovvero in ambiti territoriali diversi rispetto a quelli gestiti in regime di affidamento diretto.

Tuttavia tale riconoscimento non può verificarsi in tutte le ipotesi di società mista.

In proposito, è necessario distinguere il caso in cui il socio della società mista non sia stato scelto mediante procedura ad evidenza pubblica dal caso in cui lo stesso sia stato selezionato con procedura ad evidenza pubblica, ma tale selezione non ha avuto ad oggetto anche l'attribuzione di compiti operativi connessi alla gestione del servizio, nonché dal caso in cui la gara abbia avuto ad oggetto al contempo la qualità di socio e l'attribuzione di compiti operativi.

Per il TAR, la fattispecie esaminata rientra a pieno titolo nella terza ipotesi, contemplata dal comma 2, lettera b), dell'art. 23bis della L. 112/2008 e ss.mm.ii., che configura la società mista con la predetta possibilità di acquisire ulteriori servizi oltre quelli di cui risulti già affidataria.

Tale interpretazione non può che essere condivisa.

Tuttavia, prima di soffermarci sulle ragioni che hanno indotto il TAR a proporre questa soluzione, è opportuno svolgere alcune precisazioni in ordine al divieto di partecipazione a gare per acquisire servizi pubblici ulteriori o ambiti territoriali diversi.

Il divieto, già previsto dal comma 6 dell'art. 113 del TUEL per le società con affidamento diretto è stato ribadito, ma in maniera più chiara e completa, dall'art. 23bis, comma 9 del D.L. 112/2008, convertito in L. 133/2008, nel testo novellato dall'art. 15 della L. 166/2009.

In particolare la norma esclude la possibilità per gli affidatari diretti di acquisire la gestione di servizi ulteriori ovvero in ambiti territoriali diversi “nonché” di svolgere servizio o attività per altri enti pubblici o privati, né direttamente, né tramite loro controllanti o altre società che siano da essi controllate o partecipate, né partecipando a gare”.

Inoltre la nuova norma introdotta dall'art. 15 della L. 166/2009, amplia l'ambito di applicazione del divieto rispetto all'originaria previsione dell'art. 113 del TUEL precludendo agli affidatari diretti il mercato delle commesse pubbliche e private.

⁶⁷ Supra, paragrafo n. 1.

Infatti il divieto esclude non solo la gestione di ulteriori servizi pubblici o in ambiti territoriali diversi, ma esclude anche lo svolgimento di attività o servizi resi per altri enti pubblici o per soggetti privati.

Per quanto riguarda l'ambito di applicazione, il divieto poi opera:

- a) nei confronti dei soggetti cui è affidata la gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali, qualora separata dall'attività di erogazione dei servizi;
- b) nei confronti delle società affidatarie dirette dei servizi pubblici locali, delle loro controllate, controllanti e controllate da un medesimo controllante.

A ben vedere, quindi, il divieto comporta la totale esclusione dal mercato della società in house, quale affidataria diretta, organismo interno dell'Ente pubblico, che può gestire il servizio pubblico sia pure occasionalmente, nonché esclude dal mercato anche la società mista allorché gestisca il servizio pubblico come affidataria diretta, senza essere passata per le regole dell'evidenza pubblica, cioè in difformità del modello organizzativo previsto dall'art. 23bis, comma 2, lettera b), del D.L. 133/2008 e ss.mm.ii.

Infine, le nuove disposizioni ripropongono l'originaria versione dell'art. 23bis, secondo cui il divieto non si applica alle società quotate in mercati regolamentati.

Il che comporta che le società quotate e le loro controllate, che sono affidatarie di servizi pubblici senza gara, possono acquisire (direttamente o indirettamente) la gestione di servizi ulteriori o in ambiti territoriali diversi sia partecipando a gare sia acquisendo direttamente servizi o attività per altri Enti pubblici o per soggetti privati⁶⁸.

Ciò premesso, va precisato che l'art. 23bis, nel testo novellato, assoggetta al divieto le società che gestiscono servizi pubblici locali "in virtù di un affidamento diretto, di una procedura non ad evidenza pubblica ovvero ai sensi del comma 2, lettera b), dell'art. 23bis del D.L. 112/2008.

In quest'ultimo caso si fa riferimento alla società mista, ma nel senso di includere solo la società mista costituita a seguito di una procedura di gara non ad evidenza pubblica.

Infatti, la norma dell'art. 23bis considera come destinatari del divieto i soggetti affidatari diretti, cioè coloro che sono tali a seguito di procedura non ad evidenza pubblica.

Ma, come già chiarito, la società mista può assumere tre diversi modelli organizzativi, due dei quali possono ritenersi equivalenti alla procedura non ad evidenza pubblica, (il socio non è stato scelto con procedura ad evidenza pubblica ovvero se scelto con procedura ad evidenza

⁶⁸ C. DE VINCENTI, I servizi pubblici locali del Decreto Legge n. 135 del settembre 2009, in www.astridonline.it, secondo cui si tratta di un privilegio eccessivo in quanto determina la violazione del principio di parità nelle competizioni per l'assegnazione dei servizi.

pubblica, la selezione non ha riguardato anche l'attribuzione dei compiti operativi connessi al servizio pubblico), mentre il terzo modello risulta equivalente alla procedura ad evidenza pubblica (la gara ha avuto ad oggetto al contempo la qualità di socio e l'attribuzione di compiti operativi).

Ora, se si considerano le tre forme di società mista (con o senza evidenza pubblica) e si tiene conto che il divieto è contemplato nei confronti dei soggetti affidatari con procedura non ad evidenza pubblica, la novella, introdotta dall'art. 15 della L. 166/2009, va interpretata (ed è questa la tesi sostenuta dal TAR) nel senso che la società mista incorre nel divieto soltanto se ha ottenuto la gestione in forma diversa da una procedura ad evidenza pubblica ovvero in forma diversa da quella prevista dalla lettera b) del comma 2, dell'art. 23 bis (perché quest'ultima è una forma organizzativa fondata sull'evidenza pubblica).

Precisa il TAR che "va preferita l'interpretazione della disposizione – pure consentita dalla sua lettura – nel senso che il divieto in parola si applica solamente alle società che già gestiscono servizi pubblici locali a seguito di procedura non ad evidenza pubblica, con la precisazione che rientrano nel concetto di evidenza pubblica ("ovvero") anche le forme previste dal comma 2, lettera b), dell'art. 23bis".

Il che significa che il divieto opera se vi è equivalenza tra società mista e procedura non ad evidenza pubblica, mentre invece non opera se vi è equivalenza tra società mista e gara pubblica.

Ne consegue che l'affidamento mediante gara e l'affidamento a società mista sono modelli organizzativi sostanzialmente equivalenti e, quindi, conformi ai principi del mercato e della concorrenza.

Da tale equivalenza deriva poi il riconoscimento, in base al diritto comunitario, della legittimità degli affidamenti in favore delle società miste, cui è pervenuta sia la giurisprudenza nazionale che la Corte di Giustizia Europea.

Risulta ormai superato il contrasto di opinioni tra una parte della giurisprudenza che affermava che la scelta del socio privato con procedura ad evidenza pubblica rendeva di per sé legittimo l'affidamento diretto alla società mista⁶⁹, e altre decisioni nelle quali si sosteneva che l'affidamento diretto in favore di una società mista rappresenta una forma di affidamento in house non conforme ai principi comunitari (mancando il controllo analogo per la presenza del socio privato), onde l'Amministrazione era tenuta ad espletare due distinte gare: l'una per la scelta del socio privato; l'altra per l'affidamento del servizio⁷⁰.

⁶⁹ Consiglio di Stato, Sez. V, 18 settembre 2007, n. 4862.

⁷⁰ Corte di Giustizia 27 ottobre 2006, n. 589; TAR Calabria, 7 novembre 2008, n. 579.

In particolare, la giurisprudenza nazionale riconosce unanimemente la tesi secondo cui l'affidamento a società miste è legittimo laddove la gara per la scelta del socio privato abbia ad oggetto anche il servizio da affidare alla istituenda società e laddove sia previsto il rinnovo della procedura di selezione alla scadenza del periodo di affidamento, allo scopo di evitare che il partner privato diventi un socio stabile⁷¹.

Ma lo stesso riconoscimento è arrivato anche dalla Corte di Giustizia europea che ha affermato la conformità all'ordinamento comunitario dell'affidamento del servizio pubblico a favore della società mista purché siano avvenuti in uno stesso atto "la scelta del socio economico privato e l'aggiudicazione della concessione alla società a capitale misto da istituire a tale scopo"⁷².

Infine la regola, in base alla quale la scelta del socio privato deve avvenire con gara che abbia ad oggetto anche e contestualmente l'attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio, è stata codificata ad opera dell'art. 23bis, comma 2, lettera b), del D.L. 112/2008 e ss.mm.ii., che ha pure previsto che al socio privato debba essere attribuita una partecipazione non inferiore al 40%.

Ai sensi dell'art. 23bis, il conferimento della gestione alla società mista, costituita con le modalità ivi stabilite, avviene quindi in alternativa al conferimento mediante procedura con gara ad evidenza pubblica.

Società mista e procedura competitiva ad evidenza pubblica sono quindi poste sullo stesso piano.

Pertanto, allo stesso modo dei soggetti affidatari di servizi pubblici a seguito di gara, le società miste costituite ai sensi del citato art. 23 bis, comma 2, lettera b), sono fondate sull'evidenza pubblica e non incorrono nel divieto di partecipare a gare per acquisire ulteriori servizi.

In particolare, posta la loro conformità con i principi del mercato e della concorrenza, vietare alle società miste la partecipazione alle gare pubbliche è lesivo del diritto comunitario.

Non a caso la Commissione europea ha ribadito che "l'entità a capitale misto è libera, come qualsiasi altro operatore economico, di partecipare a gare di appalto pubbliche"⁷³.

6. La disciplina transitoria.

⁷¹ Consiglio di Stato, 16 marzo 2009, n. 1555.

⁷² Corte di Giustizia Europea, Sez. III, 15 ottobre 2009, C-196/08.

⁷³ Cfr., Commissione europea, comunicazione interpretativa sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati (Pppi), 2008/C91/02.

L'art.23 bis del D.L. 112/2008, convertito in L. 133/2008, è intervenuto anche sulla durata degli affidamenti in corso alla data del 22 agosto 2008 (data di entrata in vigore della L. 133/2008), disciplinando la materia del c.d. periodo transitorio.⁷⁴

Anzitutto la norma aveva previsto un termine massimo di scadenza degli affidamenti alla data del 31 dicembre 2010, dopo il quale era necessario procedere all'espletamento delle gare.

In particolare la norma prevedeva la cessazione entro la stessa data del 31 dicembre 2010 delle concessioni relative al servizio idrico rilasciate con procedura diversa dall'evidenza pubblica, mentre, per quanto riguarda gli altri servizi pubblici, la definizione del regime giuridico del periodo transitorio era demandata ad un Regolamento Governativo, fermo restando il limite massimo stabilito da ciascun settore per la cessazione degli affidamenti attribuiti con procedura diversa dall'evidenza pubblica.

Tale disciplina è stata però modificata dall'intervento dell'art. 15 della L. 166/2009, che ha dettato una regolamentazione molto differente, ma più chiara e coerente rispetto a quanto stabilito dal precedente art. 23 bis.⁷⁵

In via generale, la novellata disciplina del periodo transitorio riguarda l'individuazione di nuovi termini di durata degli affidamenti in corso, nonché l'introduzione di un meccanismo premiale, che, sulla base di operazioni di dismissione della partecipazione pubblica, consente di mantenere l'affidamento fino al termine naturale di scadenza.

Il meccanismo premiale è però limitato ai soli affidamenti in house conformi al diritto comunitario in vigore alla data del 22 agosto 2008.

Gli affidamenti difformi, invece, anche se disposti entro il termine predetto, non possono avvantaggiarsi del prolungamento dell'affidamento e per essi vale il termine generale di scadenza del 31 dicembre 2010.

Inoltre gli affidamenti in house attribuiti dopo il termine del 22 aprile 2008 non rientrano nella disciplina transitoria, ma in quella a regime dove si prevedono le norme restrittive già esaminate⁷⁶.

Per le società miste sono previste tre date di scadenza: per il caso in cui il partner della società non sia stato scelto mediante gara; per il caso in cui lo stesso sia stato scelto mediante gara, la quale non ha avuto ad oggetto anche l'attribuzione di compiti operativi connessi alla gestione del servizio; per il caso in cui la gara abbia avuto ad oggetto sia la qualità di socio che l'affidamento del servizio.

⁷⁴ B. GILIBERTI – L. R. PERFETTI - I. RIZZO, op. cit.

⁷⁵ A. VIGNERI, op. cit.

⁷⁶ Cfr.,supra, paragrafo 3.

Fatte tali premesse, si precisa che l'art. 15 della L. 166/2009, che ha sostituito i commi 8 e 9 dell'art. 23bis con il comma 8 del novellato art. 23 bis, disciplina dettagliatamente il periodo transitorio degli affidamenti nel modo seguente:

1. le gestioni in house conformi ai principi comunitari in essere alla data del 22 agosto 2008 (cioè secondo la disciplina vigente alla data di entrata in vigore della L. 133/2008), cessano automaticamente e improrogabilmente alla data del 31 dicembre 2011, salvo che entro la medesima data del 31 dicembre 2011 le Amministrazioni non acquisiscano un socio privato con gara pubblica secondo le modalità di cui alla lettera b) del comma 2 dell'art. 23 bis (scelta mediante gara del socio privato, cui affidare compiti operativi, con una partecipazione non inferiore al 40%), in questo caso le gestioni cessano alla scadenza indicata nel contratto;
2. le gestioni affidate direttamente (senza gara) a società miste con partecipazione pubblica e privata cessano automaticamente ed improrogabilmente alla data del 31 dicembre 2011, qualora la scelta del socio, nel rispetto dei principi nazionali e comunitari in tema di contratti pubblici, sia avvenuta con gare ad evidenza pubblica, le quali non abbiano avuto al tempo stesso il "doppio oggetto" (la qualità di socio e l'attribuzione di compiti operativi connessi alla gestione del servizio richiesti dal comma 2, lettera b), dell'art. 23bis;
3. le gestioni affidate direttamente a società miste pubblico private, qualora la selezione del socio, nel rispetto dei principi nazionali e comunitari, sia avvenuta mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, le quali abbiano avuto il "doppio oggetto" (la qualità del socio e l'attribuzione di compiti operativi connessi alla gestione del servizio, ai sensi del comma 2, lettera b), dell'art. 23 bis), cessano alla scadenza prevista nel contratto di servizio;
4. gli affidamenti diretti assentiti alla data del 1 ottobre 2003 a società a partecipazione pubblica già quotate in borsa a tale data e quelli assentiti a società da esse controllate ai sensi dell'art. 2359 c.c., sono sottoposti a due differenti regimi:
 - a) cessano alla scadenza prevista nel contratto di servizio qualora la partecipazione pubblica si riduca anche, progressivamente, attraverso

procedure ad evidenza pubblica ovvero attraverso forme di collocamento privato presso investitori qualificati e operatori industriali, ad una quota non superiore al 40% entro il 30 giugno 2013 ed una quota non superiore al 30% entro il 31 dicembre 2015;

- b) cessano automaticamente ed improrogabilmente al 30 giugno 2013, qualora la partecipazione del partner pubblico non scenda entro questa data ad una quota non superiore al 40% ovvero cessano al 31 dicembre 2015, qualora la partecipazione del socio pubblico non scenda entro tale data ad una quota non superiore al 30%.

5. tutte le altre gestioni che non rientrano nei casi di cui ai precedenti punti 1,2,3, e 4 cessano automaticamente entro e non oltre la data del 31 dicembre 2010 (ad es.: le gestioni in house non conformi ai principi comunitari in vigore al 22 agosto 2008).

7. Le aperture in favore della società mista.

Con la novella introdotta dall'art. 15 della L. 166/2009, innovando rispetto alla precedente versione dell'art. 23bis del D.L. 112/2008, convertito in L. 133/2008, il legislatore nazionale ha disciplinato l'affidamento a favore della società mista (con partner ad evidenza pubblica a partecipazione non inferiore al 40%) come forma di gestione in alternativa a quella con scelta del gestore privato tramite gara pubblica ed in aggiunta all'ipotesi eccezionale dell'affidamento in house.

In tal modo il legislatore ha valutato procedere verso una limitazione del modello di gestione interamente pubblico, disincentivando il ricorso all'in house providing nel settore dei servizi pubblici locali di rilevanza economica e aprendo alle società miste.

In particolare ai sensi del novellato art. 23 bis, il legislatore ha inteso configurare la società mista, come forma ordinaria di gestione fondata sull'evidenza pubblica, da non confondere con il modello di approvvigionamento in house.

Tuttavia questa intenzione non può dirsi certamente realizzata.

Infatti, poiché la gara che seleziona il partner privato attribuisce a lui solo "specifici compiti operativi", con responsabilità al 40% , la gestione della società rimane sostanzialmente pubblica.

In effetti la società mista può presentarsi in modo diverso a seconda dell'oggetto della gara: se è messa a gara la gestione di quello specifico servizio, il privato è il gestore e l'Ente pubblico svolge una funzione di controllo; se è messa a gara una parte soltanto dell'attività, la gestione è ripartita tra l'Ente pubblico e il privato.⁷⁷

Ma in entrambi i casi, per l'immanenza del controllo pubblico, la gestione è sostanzialmente pubblica.

Al massimo la società mista può fare scaturire responsabilità operative ripartite tra l'Ente pubblico e il privato.

Il che significa che si è in presenza di una forma di organizzazione in house, dove però non occorre giustificare l'eccezionalità della gestione.⁷⁸

In pratica, quindi, la novella dell'art. 15 della L. 166/2009 non segna affatto la fuoriuscita del pubblico dalla gestione dei servizi pubblici locali, stante la dichiarata sua eccezionalità, ma solo viene mascherata la gestione in house con la società mista a controllo pubblico.

Inoltre, se le gestioni in house sono relegate alle ipotesi eccezionali di affidamento e sono ormai diventate difficilmente praticabili, gli spazi lasciati liberi da queste ultime sono destinati ad essere occupati dalle società miste.

Infatti la disciplina del regime transitorio stabilisce che le gestioni in house conformi ai principi comunitari (cioè conformi alla disciplina del 2003 e non a quella in attuazione del nuovo art. 23 bis che prevede l'analisi di mercato e il parere dell'Autorità Garante) cessano automaticamente e improrogabilmente alla data del 31 dicembre 2011.

Senonché, qualora l'Ente pubblico entro la stessa data del 31 dicembre 2011 acquisisca un partner privato con gara pubblica secondo le modalità previste per la costituzione di una società mista (partner privato con gara pubblica cui affidare compiti operativi con una sua partecipazione non inferiore al 40%), le gestioni cessano alla scadenza stabilita dal contratto.

Ora non vi è dubbio che l'Ente locale ha interesse a cercare un partner di minoranza.

E se lo trova, la gestione da parte della società pubblica avverrà non più sotto forma di in house, ma sotto forma di società mista.

In definitiva le società miste sono destinate a prendere il posto delle vecchie società in house permettendo la continuazione della gestione pubblica dei servizi pubblici locali di rilevanza economica in barba ai principi del diritto comunitario.

⁷⁷ R.URSI, Il gioco del Monopolio e i servizi pubblici locali, Foro amm. CDS 2010,2, 466.

⁷⁸ Idem, op. cit.

BIBLIOGRAFIA SINTETICA

- A. COLAVECCHIO, Gli affidamenti in house a future società miste, in www.giustamm.it, n.3, 2005;
- A. ANNIBALI, Gli affidamenti in house: dal diritto comunitario ai servizi pubblici locali, in www.lexitalia.it, n. 12, 2003;
- A. VIGNERI, I servizi pubblici locali dopo l'art. 15 del D.L. n. 135/2009, in www.astridonline.it;
- B. GILIBERTI - L. R. PERFETTI, I. RIZZO, La disciplina dei servizi pubblici locali alla luce del D.L. 135/2009, in *Urbanistica e Appalti* 3/2010;
- C. ALBERTI, Appalti in house, concessioni in house ed esternalizzazione, in *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Comunitario*, 2001, 501;
- C. DE VINCENTI, I servizi pubblici locali del Decreto Legge n. 135 del settembre 2009, in www.astridonline.it;
- C. VOLPE, In house providing, Corte di Giustizia, Consiglio di Stato e Legislatore Nazionale, un caso di convergenze parallele, in *Urbanistica e Appalti* 2008, 1401;
- D. CASALINI, L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house, Napoli, 2003, 281 ss.;
- E. CASETTA, Manuale di Diritto Amministrativo, VII^a edizione, Giuffrè, Milano, 2005;
- E. SCOTTI, Le società miste tra in house providing e partenariato pubblico privato: osservazioni a margine di una recente pronuncia della Corte di Giustizia, in *Foro Amm. C.d.S.*, 2005, 670;
- F. CARINGELLA, Il problema dell'In house providing: un nodo non risolto dal Codice, in R. DE NICTOLIS (a cura di) *Il nuovo Diritto Amministrativo*, Milano, 2007, 335 e ss;
- F. DELLO SBARBA, La compatibilità degli affidamenti in house con l'art. 23bis D.L. 112/2008: il g.a. anticipa l'art. 15 D.L. 135/2009, in *Urbanistica e appalti* 2/2010;
- F. GAVERINI, Alle radici dell'in house providing: la giustizia amministrativa italiana si rimette alla Corte di Giustizia CE, in *Foro Amm. TAR*, 2004, 3123;
- G. PALLIGGIANO, Imposto il patto di stabilità agli affidatari in house, in *Il Sole 24 ore - Guida al diritto*, nn. 4-6/2010, 54 e ss;
- G. SCIULLO, La procedura di affidamento dei servizi pubblici locali tra disciplina interna e principi comunitari, in www.lexitalia.it, n.12, 2003;
- M. CHIAPPETTA, L'in house providing alla luce della recente giurisprudenza comunitaria, in www.lexitalia.it, n.4, 2006;

- M. GIOVANNELLI, Divieto di affidamento di servizi pubblici senza gara a società mista e ulteriore restrizione dell'in house providing, 2006, 157;
- N. FERRANTE, Gli affidamenti "in house", il rapporto tra l'Amministrazione e la società affidataria nella logica del "Controllo analogo", in <http://www.altalex.com/>;
- N. FERRANTE, Gli affidamenti "in house": il rapporto tra l'Amministrazione e la Società affidataria nella logica del "Controllo analogo", in www.altalex.com;
- O. FORLENZA, Regolamento – D.P.R. 168/2010, in Il Sole 24 ore, Guida al Diritto, n. 44/2010;
- R. DE NICTOLIS, La Corte CE si pronuncia in tema di tutela della trattativa privata, negli affidamenti in house e a società mista, in Urbanistica e Appalti, 3/2005, 308;
- R. URSI, Il gioco del Monopoli e i servizi pubblici locali, Foro Amministrativo Cds 2010, fasc. 2, pag. 466;
- .S. COLOMBARI, Delegazione interorganica ovvero in house providing nei servizi pubblici locali, in Foro Amministrativo C.d.S., 2004, 1136;
- S. ROSTAGNO, Società miste: la via del Consiglio di Stato fra modello in house e partenariato pubblico-privato, in www.giustamm.it;
- S. VARONE, Note in tema di affidamenti in house e diritto comunitario, in Foro Amm. C.d.S., 2004, 2416.