

# **Il controllo sulla società *in house* secondo le nuove Direttive sugli appalti pubblici e sull'aggiudicazione di concessioni.**

**Clemente Pecoraro**  
**Università degli Studi di Salerno**  
**Dipartimento di Giurisprudenza**

§ 1. Premessa. § 1.1. Sull'attenzione dedicata alle società *in house*. § 2. Le derive applicative dell'*in house* e la deformazione del tipo sociale. § 2.1. Sulla difficile convivenza con il diritto societario. § 3. L'affidamento cd. *in house* ed il principio della "concorrenza per il mercato". § 4. L'affidamento *in house* secondo le Direttive nn. 23, 24 e 25 del 2014: quadro di sintesi. § 4.1. Sui requisiti per l'affidamento diretto. § 4.2. Le nuove tipologie di affidamenti *in house*: affidamento capovolto, affidamento orizzontale e affidamento congiunto. § 5. Dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia alle Direttive: continuità e novità. § 6. Sul significato metaforico del controllo analogo a quello esercitato sui propri organi. § 7. Esercizio di una influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative. § 7.1. L'esercizio dell'influenza determinante nell'ipotesi della concentrazione. § 7.2. Il passaggio all'influenza determinante nell'*in house*. § 7.3. Esercizio dell'influenza determinante ed autonomia della società controllata. § 7.3.1. Il caso specifico dell'influenza determinante sull'impresa comune cd. concentrativa. § 8. Nove tipologie di affidamento *in house* ed allentamento della nozione di controllo analogo: a proposizione della causa C-15/13. § 8.1. L'*in house* orizzontale. § 8.2. L'*in house* congiunto. § 8.3. Limitazione del controllo a singole attività. § 9. Verifica della sussistenza delle condizioni del controllo analogo. § 10. Privatizzazione della società *in house* e cenni al recepimento delle Direttive. § 10.1. Interesse delle società nell'ipotesi di creazione di uno statuto normativo differenziato.

## **§ 1. Premessa.**

In questo documento è parso opportuno procedere a riconsiderare i requisiti che legittimano gli enti pubblici a disporre affidamenti senza procedura competitiva in favore di società dotate di autonoma soggettività giuridica, la cui attività deve potersi ricondurre alla sfera di azione dell'amministrazione aggiudicatrice (cd. società *in house providing*).

Obiettivo della ricerca è sottoporre a revisione il convincimento secondo cui la società *in house* costituisce mera unità operativa dell'ente pubblico che dispone

l'affidamento, articolazione interna all'amministrazione aggiudicatrice con la quale viene ad essere legata da un rapporto interorganico.

L'occasione ed al contempo anche le ragioni che giustificano la ricerca sono da rinvenire principalmente in alcune sopravvenienze normative e precisamente nell'emanazione delle Direttive nn. 23/2014, 24/2014 e 25/2014 sull'affidamento di appalti e concessioni. Nel panorama del diritto della concorrenza, in generale, e della regolamentazione dell'azione del soggetto pubblico nell'economia, in particolare, l'adozione di queste Direttive assume un'importanza non secondaria; e ciò, naturalmente, è comprovato dal fatto che i testi normativi contengono finalmente una disciplina del fenomeno dell'*in house providing* e prevedono le caratteristiche del collegamento che la società beneficiaria dell'affidamento diretto deve avere con l'ente pubblico.

### **§ 1.1. Sull'attenzione dedicata alle società *in house*.**

La dottrina giuscommercialistica è interessata al collegamento instaurato dall'amministrazione aggiudicatrice con la persona giuridica controllata al fine di comprendere quali caratteristiche sono richieste per qualificazione della seconda come società *in house*.

Nell'arcipelago delle società partecipate, quelle *in house* rappresentano le società pubbliche alle quali negli ultimi anni è stata riservata maggiore attenzione da parte degli operatori, per via della complessità del fenomeno e del concorso di una serie di circostanze, tra cui:

- la mancanza di un preciso quadro normativo di riferimento, non essendo stata fin d'ora introdotta a livello comunitario una disciplina dedicata all'affidamento diretto in favore di società partecipate dall'amministrazione aggiudicatrice;
- la formazione di principi di matrice esclusivamente giurisprudenziale concepiti sul presupposto di fattispecie particolari, conformate a casi pur sempre specifici sottesi alla vicende processuali sottoposte al giudizio della Corte di Giustizia a partire da *leading case* della sentenza Teckal del 1999, ed incapaci per ciò stesso di fornire una comprensione unitaria del fenomeno dell'*in house*;
- il persistente e massiccio ricorso da parte delle amministrazioni pubbliche alla facoltà di procedere con gli affidamenti diretti in favore di società partecipate, data la resistenza - giammai sopita nelle prassi degli enti locali - ad esternalizzare la gestione dei servizi di rilevanza economica.

La frammentazione del quadro di riferimento ha impedito agli Stati membri di poter contare su indicazioni precise sulla base delle quali modellare la legislazione interna. Nel nostro ordinamento giuridico, ad esempio, si è assistito alla frenetica e disorganica sovrapposizione di statuizioni di leggi speciali volte a restringere o viceversa ampliare la facoltà per le amministrazioni aggiudicatrici di procedere ad affidamenti *in house* <sup>(1)</sup>.

Anche per sopperire alle incertezze legislative, la giurisprudenza (analogamente a quanto si è registrato nell'esperienza comunitaria) si è fatta carico di esercitare una vera e propria funzione *creatrice*; e, nel pur meritorio sforzo di declinare il significato dei principi elaborati dalla Corte di Giustizia, ha variamente teorizzato fantomatici caratteri organizzativi e corporativi della società beneficiaria dell'affidamento diretto.

L'emanazione delle Direttive n. 23, 24 e 25 del 2014 sopravviene in un momento storico nel quale paiono decisamente in ascesa quelle svolte interpretative in senso marcatamente pubblicistico del fenomeno della società *in house*. Si stanno infatti radicando tesi che rinvergono la condizione giustificatrice dell'affidamento diretto nel fatto che la società sia una mera articolazione periferica dell'amministrazione aggiudicatrice, una sorta di organo distaccato sul quale l'ente mantiene un controllo cd. analogo a quello esercitato sui propri uffici.

Queste tesi hanno ritenuto che la società *in house* sia costituita per operare quale unità operativa *interna* all'amministrazione aggiudicatrice. La condizione del controllo cd. analogo è identificata in un processo d'integrazione organizzativo-strutturale, segnato dall'assorbimento organico della società nell'apparato del soggetto pubblico, dal quale deriva il superamento dell'autonoma soggettività della società.

---

<sup>(1)</sup> Senza pretesa di ripercorrere le travagliate vicende della legislazione nazionale sull' *in house*, si ricorda che:

(i) Il d. l. 25 giugno 2008, n. 112, all'art. 23-bis, prevede l'obbligo della procedura competitiva di evidenza pubblica, con la *eccezione* possibilità dell'affidamento diretto solo quando a causa di particolari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale, la procedure competitiva non avrebbe consentito un efficace e utile ricorso al mercato;

(ii) L'art. 23-bis del citato d.l., convertito con modificazioni dalla l. 6 agosto 2008, n. 133, è stato abrogato con *referendum* popolare nella primavera del 2011, da cui l'effetto di una naturale espansione del fenomeno dell'*in house*;

(iii) In conseguenza della volontà referendaria, viene emanato il d.l. 138/2011, che all'art. 4 reintroduce stringe limitazione all'*in house*, concepito di nuovo come ipotesi eccezionale, tant'è che si stabilisce un tetto massimo nel valore dell'opera o del servizio oggetto dell'affidamento diretto (euro 900.000,00 successivamente ridotti a 300.000,00);

(iv) La reintroduzione dei limiti all'*in house* è stata ritenuta incostituzionale, con sentenza della Corte Costituzionale, n. 199/2012;

(v) Per l'effetto dell'abrogazione per incostituzionale dell'art. 4 d.l. 138/11, si è ritenuto che il ricorso all'*in house* fosse possibili nei limiti stabiliti dalla giurisprudenza comunitaria.

Il precipitato di questa concezione è la riqualificazione in senso pubblicistico della società e, prima ancora, l'alterazione delle normali caratteristiche dell'organizzazione corporativa riconducibili al tipo sociale, deformato dalla confusione della struttura societaria con l'apparato organizzativo del soggetto pubblico.

## **§ 2. Le derive applicative dell'*in house* e la deformazione del tipo sociale.**

Il teorema dell'annessione organica (o, se può passare l'espressione, l'internalizzazione) della società all'apparato organizzativo dell'amministrazione aggiudicatrice può essere metabolizzato a costo, da un lato, di sacrificare la soggettività dell'ente privato ed il caposaldo dell'alterità soggettiva tra socio e società, dall'altro, di svuotare l'ente di autoproduzione dei caratteri corporativi tipici delle società di capitali.

Parte della giurisprudenza domestica non ha esitato ad accettare il costo di questa deformazione del tipo sociale. Il riferimento è, principalmente, alla pronuncia delle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione, del 25 novembre 2013, relatore Rordorf, secondo la quale “la società *in house* è costituita da uno o più enti pubblici per l'esercizio di pubblici servizi, di cui esclusivamente tali enti possono essere soci, che statutariamente espliciti la propria attività prevalente in favore degli enti partecipanti e la cui gestione sia *per statuto* assoggettata a forme di controllo analoghe a quello esercitato dagli enti pubblici sui propri uffici”.

In questa accezione, il controllo è concepito su un piano formale ed astratto, identificato nella integrazione strutturale degli enti, predeterminato dallo statuto della società di autoproduzione ed è correlato alla destrutturazione dell'organizzazione corporativa <sup>(2)</sup>. Il principio di diritto espresso dalle Sezioni Unite, a dire il vero, è da tempo condiviso dalla giurisprudenza amministrativa, dove le pronunce del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti hanno costantemente propugnato concezioni pubblicistiche delle società *in house* ed hanno corrispondentemente prospettato - senza averne compreso probabilmente a piano la portata - forme più o meno accentuate di deformazione del modello organizzativo della società-veicolo.

---

<sup>(2)</sup> La Sentenza è pubblica in diverse riviste, con note assai critiche di C. IBBA, *Responsabilità erariale e società in house*, in *Giur. comm.*, 2014, II, p. 5; E. CODAZZI, *La giurisdizione delle società cd. in house: spunti per una riflessione sul tema tra anomalia del modello e (in)compatibilità con il diritto societario*, in *Giur. comm.*, 2015, II, p. 236; S. SARDELLI, *Danno diretto e indiretto: la Suprema Corte ribadisce il discrimine tra giurisdizione contabile ed ordinaria*, in *Giur. comm.*, 2015, II, p. 460

Sta di fatto che il radicamento della concezione della società *in house* quale unità operativa assorbita organicamente nel perimetro organizzativo dell'amministrazione aggiudicatrice ha indotto a disapplicare la disciplina societaria ed estendere all'ente privato frammenti più o meno corposi della normativa pubblicistica. Basterà ricordare, a riprova degli effetti applicativi della deriva pubblicistica, quella giurisprudenza che esonera la società *in house* dalla soggezione al fallimento<sup>(3)</sup>, o quella che considera il danno arrecato al patrimonio della società alla stregua di un danno erariale con la conseguente sottoposizione degli amministratori e sindaci al sindacato del giudice contabile<sup>(4)</sup>.

---

<sup>(3)</sup> Trib. S. Maria Capua Vetere, 9 gennaio 2009, in *Fallimento*, 2009, p. 713, con nota di D'ATTORRE, *Le società in mano pubblica possono fallire?*; Trib. S. Maria Capua Vetere, 22 luglio 2009, in *Fallimento*, 2010, p. 690, con nota di D'ATTORRE, *Società in mano pubblica e fallimento: una terza via è possibile*; Trib. Catania, 26 marzo 2010, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it); Trib. Patti, 6 marzo 2009, in [www.dejure.it](http://www.dejure.it); Trib. Catania, 26 marzo 2010, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it); Trib. Alessandria, 9 luglio 2013; Trib. Palermo, 8 gennaio 2013; Trib. Nola, 28 gennaio 2014, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

Ma in senso critico vedi anche D'ATTORRE, *Società in mano pubblica*, op. cit., p. 393 ss.; ID., *Le società in mano pubblica possono fallire?*, in *Società*, 2009, p. 717 ss.; FIMMANO', *Il fallimento delle società pubbliche*, in *Crisi di impresa e fallimento*, 18 dicembre 2013, consultabile su [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it); FIORANI, *Società pubbliche e fallimento*, in *Giur. comm.*, 2012, I, p. 532 ss.; SALVATO, *I requisiti di ammissione delle società pubbliche alle procedure concorsuali*, in AA. VV., *Le società pubbliche*, op. cit., p. 302 ss.; NOTARI, *Ambito di applicazione delle discipline delle crisi*, in AA. VV., *Diritto fallimentare. Manuale breve*, Milano, 2008, p. 103; FAUCEGLIA, *I presupposti*, op. cit., p. 36; VENTORUZZO, *Commento all'art. 1*, op. cit., p. 12; FIMMANO', *La società partecipata, anche se in house, non è un ente pubblico ma un imprenditore commerciale e quindi è soggetto a fallimento*, in *Fallimento*, 2013, p. 1296 ss.; SALVATO, *I requisiti*, op. cit., p. 265 ss.; ROMAGNOLI, *Le società degli enti pubblici: problemi e giurisdizioni nel tempo delle riforme*, in *Giur. comm.*, 2006, I, p. 476; SCARAFONI, *Il fallimento delle società in mano pubblica nel settore dei servizi pubblici locali a rilevanza economica*, in *Le società pubbliche*, op. cit., p. 320 ss.

In giurisprudenza, in senso contrario all'orientamento pubblicistico, Cass. civ., 6 dicembre 2012, n. 21991, e Trib. Rimini, 13 maggio 2013, in *Fallimento*, 2013, p. 1273 ss., con nota di BALESTRA, *Concordato, assoggettabilità delle società partecipate da enti pubblici e prededuzione del fallimento dei soci*; App. Napoli, 27 maggio 2013, e App. Napoli, 24 aprile 2013, n. 57, in *Fallimento*, con nota di FIMMANO', *La società pubblica, anche se in house, non è un ente pubblico ma un imprenditore commerciale e quindi è soggetto a fallimento*; App. Napoli, 15 luglio 2009, in *Fallimento*, 2010, p. 690.

<sup>(4)</sup> Sulla questione si rinvia, in luogo di molti, ai recenti commenti (critici) alla pronuncia delle sezioni unite (Cass. n. 26283/13) ad opera di IBBA, *Responsabilità erariale e società in house*, in *Giur. comm.*, 2014, II, p. 17; SALVATO, *Riparto della giurisdizione sulle azioni di responsabilità nei confronti degli organi sociali delle società in house*, in *Fallimento*, 2014, p. 38 ss.; MARTUCCI, *Impresa pubblica e forma societaria: quale responsabilità per gli amministratori di società in house?*, in *Riv. dir. comm.*, 2014, II, p. 259.

Ma in senso critico rispetto all'estensione dell'ambito di applicazione della responsabilità amministrativa alle società partecipate da enti pubblici (su cui, v. Cass. civ., sez. un., 22 dicembre 2003, n. 19667, in *Giornale dir. amm.*, 2004, p. 311; ma soprattutto Cass. civ., sez. un., 26 febbraio 2004, n. 3899, in *Giur. it.*, 2004, p. 1946, con nota di RODRIQUEZ, *La giurisdizione della Corte dei conti: dagli enti pubblici economici alle s.p.a. a prevalente capitale pubblico*; in argomento, in luogo di molti, ANTONIOLI, *Società a partecipazione pubblica e giurisdizione contabile*, Milano, 2008), venivano già avanzate riserve in considerazione degli effetti pregiudizievoli che ne sarebbero derivati sul piano della legittimazione della società e dei soci di minoranza ad invocare l'azione di responsabilità ex artt. 2393, 2393-bis, c.c.: l'esclusione del diritto dei soggetti privati a richiedere il risarcimento del danno, infatti, affievolisce la tutela dell'interesse sociale a favore della valorizzazione dell'interesse pubblico al risarcimento del danno erariale (così IBBA, *Azioni ordinarie*, cit., p. 153), determinando uno svantaggio per coloro che avessero ipoteticamente investito nella società pubblica (misura anti-liberale).

## § 2.1. Sulla difficile convivenza con il diritto societario.

Al cospetto delle derive interpretative fondate sul carattere ibrido della società *in house* – nominativamente società ma sostanzialmente ente pubblico – paiono più che mai attuali le preoccupazioni avanzate anni addietro da autorevole dottrina. A commento di una delle prime leggi dedicate alle società deputate ad esercitare servizi pubblici locali, infatti, si profetizzava un senso di sconcerto per il “commercialista che s'imbatta, per la prima volta, nelle norme di diritto societario che regolano le società che hanno per oggetto l'esercizio dei servizi pubblici locali...alcuni dei più importanti principi fondamentali del diritto societario che gli sono famigliari risultano, già a prima vista, sconvolti; e i problemi interpretativi che quella disciplina subito solleva sono incredibilmente numerosi e spesso ricevono dalla dottrina pubblicistica e dalla giurisprudenza soluzioni a dir poco sorprendenti”<sup>(5)</sup>.

L'idea che una società di capitali, costituita tramite atto pubblico regolarmente iscritto nel registro delle imprese, possa operare su un piano d'immedesimazione organica con l'ente pubblico è incompatibile con il diritto societario ed apre un bivio: negarne radicalmente l'ingresso nel nostro ordinamento giuridico ed escludere di conseguenza che la pubblica amministrazione possa avvalersi di questo strumento organizzativo, e ciò sul presupposto che l'*in house* rappresenta una mera *facoltà* per gli Stati membri<sup>(6)</sup>; o, per converso, considerare gli enti di autoproduzione alla stregua di società singolari o di diritto speciale, e ciò sul diverso presupposto che proprio i principi elaborati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia possano funzionare da fonte per legittimare l'istituzione di un modello societario speciale<sup>(7)</sup>.

Impostando il ragionamento in questi termini l'alternativa è secca, disconoscere l'ingresso delle società *in house* nel nostro sistema giuridico o per converso ritenerle società speciali<sup>(8)</sup>.

---

<sup>(5)</sup> R. COSTI, *Servizi pubblici locali e società per azioni*, in *Giur. comm.*, 1998, I, p. 798.

<sup>(6)</sup> Sunti per la riflessione in C. IBBA, *Società in house: nozione e rilevanza applicativa*, in *Munus*, 2015, I, p. 5. ss.

<sup>(7)</sup> La tesi è proposta da F. GUERRA, *Il controllo analogo*, in *Giur. comm.*, 2011, I, p. 799 s.

<sup>(8)</sup> Non paiono invece convincenti le proposte di superare l'*impasse* utilizzando il modello della s.r.l. e fruttarne la maggiore elasticità organizzativa rispetto al tipo azionario (cfr. M. LIBERTINI, *Le società di autoproduzione in mano pubblica: controllo analogo, destinazione prevalente dell'attività ed autonomia statutaria*, in BENAZZO-CERA-PATRIARCA, *Il diritto delle società oggi. Innovazioni e persistenze. Studi in onore di Giuseppe Zanarone*, Torino, 2011, p. 473 ss.; C. IBBA, *Società in house*, p. 5 s.): qualora il significato del controllo analogo fosse quello dell'inserimento della società all'interno del corpo organizzativo dell'amministrazione aggiudicatrice, non vi sarebbe tipo sociale in grado di *tollerare* la deformazione corporativa provocata dall'istituzione di una relazione di controllo che per sua natura presuppone la negazione dell'alterità soggettiva e la riduzione della società ad organo dell'ente aggiudicatore.

Le inefficienze del *trade-off* non sono però meno sconvolgenti del problema chiamato a risolvere: negare il ricorso all'affidamento diretto in favore di società partecipate significherebbe risolvere un problema semplicemente ignorandone l'esistenza, con inconvenienti pratici direttamente proporzionali all'interesse riscosso, soprattutto nella pratica, dall'impiego della società come modello di funzionamento dell'azione della pubblica amministrazione; al contempo, pensare che gli arresti della giurisprudenza comunitaria possano funzionare da fonte per autorizzare le deviazioni tipologiche provocate dall'inserimento nello statuto delle clausole sull'*in house* significherebbe ricavare – in spregio a qualsiasi regola ermeneutica, oltre che di logica - una regola precettiva (che legittima la specialità del modello societario) dal consolidamento del fenomeno esaminato.

L'introduzione delle sopravvenienze normative da parte degli organi comunitari segna un'occasione assai significativa per tastare la fondatezza della concezione pubblicistica della società *in house* tenendo conto che:

- per un verso, la difficile convivenza con i principi societari testimonia l'importanza di riprendere criticamente quelle derive interpretative che vorrebbero associare il controllo sulla società *in house* ad una relazione interorganica con l'amministrazione aggiudicatrice;
- per altro verso, la prospettiva d'indagine dalla quale muovere nell'auspicata direzione è oggi rappresentata dall'analisi delle novità contenute nelle Direttive nn. 23/14, 24/14 e 25/14 in tema di appalti pubblici ed aggiudicazione di contratti di concessione.

### **§ 3. L'affidamento cd. *in house* ed il principio della “concorrenza per il mercato”.**

Il punto di partenza del ragionamento è dato dall'emanazione della Direttiva (sugli appalti pubblici) del 26 febbraio 2014 n. 23, della Direttiva (sull'aggiudicazione dei contratti di concessione) del 26 febbraio 2014 n. 24 e della Direttiva (sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali) del 26 febbraio 2014 n. 25.

Esse contengono il nucleo basilico dei principi e delle regole cui gli Stati membri dovranno uniformarsi per omologare la normativa interna dedicata alla regolamentazione delle procedure competitive da applicare per l'affidamento di appalti e concessioni. La regola di condotta prescritta all'amministrazione aggiudicatrice è quella di procedere all'affidamento (solo dopo e) per mezzo dell'espletamento di procedure competitive. Il ricorso alla procedura competitiva

costituisce il modello organizzativo elettivo per assicurare il corretto funzionamento dell'azione dell'amministrazione. Entrambi i testi normativi, però, riconoscono la facoltà per la Pubblica Amministrazione di agire in deroga alle procedure di pubblica evidenza e disporre affidamenti diretti in favore di società sottoposte al controllo dell'amministrazione aggiudicatrice ed a questa legata da un vincolo di dipendenza anche operativa.

L'importanza dedicata dall'ordinamento comunitario al fenomeno dell'affidamento *in house* si giustifica, ovviamente, in ragione del valore primario e fondativo riconosciuto nei Trattati al principio della libera concorrenza.

Il principio comunitario della libera concorrenza ha infatti assunto non solo il significato di una mera competizione nel mercato (cd. "concorrenza nel mercato"), ma ha anche funzionato da supporto per il radicamento di un vincolo di "concorrenza per il mercato". In questa seconda declinazione, infatti, il vessillo della libera concorrenza è stato invocato allo scopo di preconstituire e garantire la parità di trattamento (e la parità di occasioni) a beneficio di tutti coloro i quali siano egualmente interessati ad accedere ad un mercato sottoposto, per legge, a regimi di esclusiva pubblicistica.

Il riferimento alla "concorrenza per il mercato" contiene un precetto indirizzato elettivamente al soggetto pubblico - quale ne sia l'articolazione o la veste organizzativa concretamente assunta - e funge da supporto per fondare (tra l'altro) l'obbligo per l'amministrazione procedente di fare ricorso alle procedure competitive per selezionare l'impresa cui affidare l'esercizio del pubblico servizio.

Il precetto non è stato però interpretato in senso forte, quale dovere per l'ente pubblico di esternalizzare l'esercizio di attività economiche in precedenza esercitate direttamente o da un organismo ad esso interno (es. aziende municipalizzate o speciali). È infatti prevalsa una interpretazione in senso per così dire debole. La previsione di una concorrenza per il mercato è stata intesa alla stregua di un dovere, da riferire naturalmente all'amministrazione pubblica che decide di esternalizzare (in tutto o in parte) singole funzioni, di assicurare la parità di trattamento tra gli operatori interessati ad accedere al mercato della produzione del servizio pubblico. È decisiva la volontà dell'ente pubblico di esternalizzare il servizio: questa decisione, di fatto, istituisce il mercato (il mercato riguarderà il servizio da commissionare) e costringe l'amministrazione aggiudicatrice a sottoporsi alle procedure competitive per selezionare l'operatore (pubblico o privato) incaricato della gestione del servizio.

Nella versione cd. debole del vincolo di concorrenza per il mercato, il principio comunitario della libera concorrenza non elide la sovranità dell'ente pubblico di scegliere le modalità attraverso le quali organizzare le funzioni amministrative o

esercitare attività che interferiscono con il perseguimento di scopi e finalità pubbliche (principio pubblicistico della cd. autodeterminazione).

In omaggio all'esposto principio di autodeterminazione, l'ente pubblico conserva il potere di decidere se continuare a gestire l'erogazione del servizio pubblico direttamente o comunque tramite organismi interni all'ente, o, per converso, procedere alla esternalizzazione dell'attività:

- nel primo caso, non si crea affatto un mercato e neppure si pone un problema di applicazione dei vincoli pro-concorrenziali, talché l'affidamento in favore di organismi interni all'amministrazione non compromette il gioco della concorrenza;
- nel secondo caso, invece, la decisione dell'ente crea un nuovo (e potenziale) mercato e rende coerentemente necessario il ricorso alle procedure competitive al fine di preservare la parità di trattamento tra gli operatori (pubblici o privati) che aspirano ad accedervi tramite l'aggiudicazione della committenza pubblica.

In questo quadro si colloca il fenomeno dell'affidamento *in house*. Infatti, tra la decisione di gestire direttamente il servizio e quella di esternalizzare l'attività s'interpone la facoltà per l'ente pubblico di procedere ad un affidamento senza procedura competitiva in favore di società sottoposta ad un controllo analogo a quello esercitabile sui propri uffici. L'affidamento *in house* rappresenta un modello organizzativo di erogazione del servizio *equipollente* alla gestione diretta, e ciò, naturalmente, sul presupposto di considerare la società di autoproduzione un organismo che *appartiene* all'amministrazione aggiudicatrice e non ne è sostanzialmente estranea <sup>(9)</sup>.

Il ricorso all'*in house providing* deve pertanto intendersi quale espressione di un potere di autodeterminazione dell'ente pubblico, ritenuto dalla giurisprudenza comunitaria notoriamente compatibile con i principi concorrenziali ed oggi recuperato dalle tre direttive.

#### **§ 4. L'affidamento *in house* secondo le Direttive nn. 23, 24 e 25 del 2014: quadro di sintesi.**

Le Direttive non si limitano ad enunciare genericamente la facoltà per le amministrazioni pubbliche di disporre affidamenti in assenza di procedure

---

<sup>(9)</sup> Deve pertanto rifiutarsi la convinzione per la quale l'*in house* rappresenta una eccezione alle regole generali del diritto comunitario, le quali richiedono la previa gara: così, ad es. Cons. Stato, ad plen., 3 marzo 2008, n. 1; Cons. Stato, sez. III, 7 maggio 2015, n. 2291; Cons. Stato, sez. II, 30 gennaio 2015, n. 298.

competitive ma – ed è questo l’aspetto di maggior interesse - prevedono i requisiti in presenza dei quali è legittimo l’affidamento *in house* a società partecipate dall’amministrazione precedente.

Le condizioni sono determinate, a livello di principio, dagli artt. 17, comma primo, 12, comma primo, 28, comma primo, rispettivamente della direttiva n. 23, 24, e 25 del 2014, e sono rinvenute:

- a) nell’esercizio, da parte dell’amministrazione aggiudicatrice, di un controllo cd. analogo (a quello esercitato sui propri servizi) sulla persona giuridica beneficiaria dell’affidamento (**requisito del controllo cd. analogo**);
- b) nella destinazione prevalente, da parte della persona giuridica controllata, della propria attività in favore dell’amministrazione aggiudicatrice o di altre persone giuridiche controllate dall’amministrazione aggiudicatrice (**requisito della prevalenza dell’attività**);
- c) nella partecipazione pubblica al capitale della persona giuridica beneficiaria dell’affidamento diretto (**requisito dell’assenza di soci privati**).

#### **§ 4.1. Sui requisiti per l’affidamento diretto.**

Il testo delle Direttive specifica il significato di ciascuno dei tre requisiti, nel senso di fornirne la nozione e predeterminarne i criteri o parametri in base ai quali accertarne la sussistenza.

Con riguardo al requisito del controllo cd. analogo, ai sensi degli articoli sopra menzionati, per controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi deve intendersi “*l’esercizio di una **influenza determinante** (o, secondo la diversa accezione dell’art. 17, comma primo, della direttiva n. 23/14, “**influenza decisiva**”) sugli **obiettivi strategici** e sulle **decisioni significative** della persona giuridica controllata*”.

Anche il secondo requisito è declinato con una normativa di dettaglio. La destinazione prevalente dell’attività in favore dell’amministrazione aggiudicatrice è infatti concepita in senso quantitativo perché misurata secondo un parametro rigorosamente matematico. Affinché sussista l’esposta condizione di prevalenza è richiesto che “***almeno l’80% delle attività della persona giuridica controllata devono essere effettuate nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall’amministrazione aggiudicatrice controllante o da altre persone giuridiche controllate dall’amministrazione aggiudicatrice***”. Al fine di determinare la percentuale delle attività svolte dalla società nello svolgimento dei compiti oggetto dell’affidamento diretto deve prendersi in considerazione “il fatturato totale medio, o una idonea misura alternativa basata sull’attività, quali i costi sostenuti dalla

persona giuridica, nei compi dei servizi, delle forniture e dei lavori per i tre anni precedenti l'aggiudicazione. Se a causa della data di costituzione o di inizio dell'attività della persona giuridica controllata, ovvero a causa della riorganizzazione delle sue attività, il fatturato, o la misura alternativa basata sull'attività, quali i costi, non è disponibile per i tre anni precedenti o non è più pertinente, è sufficiente dimostrare, segnatamente in base a proiezioni dell'attività, la **credibilità** dell'assunto per cui l'attività sia destinata prevalentemente in favore dell'amministrazione aggiudicatrice" (artt. 23, comma quinto, 12, comma quinto, 28, comma quinto, rispettivamente delle direttive n. 23, 24 e 25 del 2014).

L'affidamento *in house* esige infine che la **società sia pubblica**, nel senso di partecipata dal soggetto pubblico, mentre è escluso che possa aversi una *partecipazione di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione (di capitali privati) che non comportano controllo o potere di veto e che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata*". L'appartenenza alla sfera del soggetto pubblico non è inteso in termini di "esclusività" della partecipazione pubblica, potendosi ammettere una partecipazione di soggetti privati, purché di spessore trascurabile. Il rapporto della società con l'ente pubblico conserva quei caratteri dell'*in house providing* anche in presenza di una partecipazione di soggetti privati sempreché questa:

- i) non comporti controllo o potere di veto e non permetta l'esercizio di una influenza determinante sulla società affidataria;
- ii) sia prevista dalla legge (nazionale), e questa sia comunque conforme ai trattati.

#### **§ 4.2. Le nuove tipologie di affidamenti *in house*: affidamento capovolto, affidamento orizzontale e affidamento congiunto.**

L'affidamento diretto è stato originariamente concepito immaginando la fattispecie – più elementare ed in passato anche maggiormente impiegata nella prassi – in cui la società di autoproduzione era sottoposta ad un controllo diretto e verticale dell'amministrazione aggiudicatrice. Le direttive, tuttavia, concepiscono l'*in house providing* al di là dei confini del tradizionale rapporto di controllo diretto e verticale e, per l'effetto, dispensano l'amministrazione aggiudicatrice dall'obbligo della procedura competitiva in costanza di fattispecie anche diverse, nelle quali la relazione con la società possiede contorni più complessi e per certi versi meno definiti.

È il caso, innanzitutto, dell'**in house cd. inverso o capovolto**. In questa ipotesi, è la società controllata a disporre l'affidamento (di appalto o concessione) in favore dell'amministrazione controllante.

I commi terzo degli artt. 17, 12 e 28 (rispettivamente delle direttive n. 23, 24, e 25 del 2014), contemplano invece la fattispecie nella quale la società aggiudicataria dell'appalto o della concessione sia partecipata e controllata congiuntamente da più amministrazioni aggiudicatrici. Nella ipotesi di **in house cd. frazionato o congiunto**, ciascuno dei soggetti pubblici che partecipa alla società ha facoltà di disporre un'aggiudicazione senza gara a condizione che:

- i) l'amministrazione aggiudicatrice esercita *congiuntamente* (con altre amministrazioni aggiudicatrici) un controllo sulla società analogo a quello che esse esercitano sui propri servizi;
- ii) oltre l'80 % delle attività della società sono effettuate nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dalle amministrazioni controllanti o da altre persone giuridiche controllate dalle amministrazioni aggiudicatrici;
- iii) nella società sottoposta al controllo congiunto non v'è partecipazione diretta di capitali privati, o meglio non vi sono partecipazioni private che comportano un controllo o potere di veto o che consentono l'esercizio di una influenza determinante.

Le direttive aprono infine le porte all'**in house cd. orizzontale** quale ulteriore tipologia di relazione giuridicamente rilevante tra l'amministrazione aggiudicatrice e la società affidataria. In forza dei commi secondo degli artt. 17, 12 e 28 (rispettivamente delle direttive n. 23, 24, e 25 del 2014), infatti, è dispensato dall'obbligo della procedura competitiva l'ente sottoposto al controllo (analogo) di una amministrazione aggiudicatrice quando l'affidamento diretto è fatto in favore di un terzo soggetto giuridico controllato dalla medesima amministrazione aggiudicatrice. La complessità dell'*in house cd. orizzontale* è comprovata dall'esistenza di almeno tre soggetti collegati da un rapporto trilaterale, per cui il soggetto A aggiudica un appalto o una concessione ad un soggetto B e sia A che B sono controllati da un altro soggetto C: tra l'amministrazione aggiudicatrice e la società beneficiaria dell'affidamento non esiste alcun rapporto di controllo diretto ma entrambi si pongono in relazione di *in house* con un soggetto terzo – l'ente pubblico C – il quale controlla tanto A quanto B.

**§ 5. Dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia alle Direttive: continuità e novità.**

L'impostazione delle Direttive ricalca, a livello di principi generali, l'elaborazione della giurisprudenza comunitaria <sup>(10)</sup>.

L'affidamento *in house* rappresenta fenomeno di origine notoriamente giurisprudenziale. Il principio è infatti espresso per la prima volta nella celebre sentenza CGCE del 18 novembre 1999 (causa C-107/98, Teckal), nella quale la Corte ebbe a stabilire "l'inapplicabilità della direttiva dedicata all'affidamento di appalti e l'esonero dalla procedura competitiva nel caso in cui l'ente esercita sulla società affidataria un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e questa realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente che la controlla".

La formulazione generica impiegata per enunciare i requisiti che legittimano l'affidamento senza gara ha reso necessario il successivo ricorso alla Corte. Questa Autorità si è ripetutamente pronunciata soprattutto sul concetto di controllo analogo, condizione ritenuta notoriamente dirimente per comprendere il fenomeno. Nei successivi interventi, la Corte ha precisato che la partecipazione totalitaria dell'amministrazione aggiudicatrice rappresenta una *conditio sine qua non* del controllo analogo, il quale s'identifica nell'esercizio di una influenza qualitativamente diversa dal controllo societario fondato sulla partecipazione maggioritaria (o, per l'appunto, totalitaria alla società).

L'esercizio del controllo analogo è stato associato ad una situazione in cui l'ente pubblico mantiene un potere diretto sull'attività oggetto dell'affidamento e corrispondentemente la società viene ridotta a unità operativa dell'amministrazione aggiudicatrice: il fenomeno è prossimo a quello dell'impresa-organo, di cui alla celebre tripartizione risalente al Giannini sull'impresa pubblica <sup>(11)</sup>. Con la riduzione della società ad articolazione organizzativa dell'amministrazione aggiudicatrice, infatti, la sua azione è posta nei termini di una relazione meramente interorganica con l'amministrazione aggiudicatrice, capace perciò stesso di fagocitare la soggettività della controllata <sup>(12)</sup>.

Nonostante i meritori sforzi di perfezionare la portata del teorema, ne sono rimasti decisamente opachi i contorni. La giurisprudenza comunitaria, interpretando correttamente il proprio compito di valutare solamente l'osservanza delle norme del trattato non si è mai preoccupata di selezionare gli strumenti organizzativi

---

<sup>(10)</sup> Cfr. C. VOLPE, *L'affidamento in house di servizi pubblici locali e strumentali: origine ed evoluzione più recente dell'istituto alla luce della normativa e della giurisprudenza europea e nazionale*, [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 3/2014.

<sup>(11)</sup> M. S. GIANNINI, *Le imprese pubbliche in Italia*, in *Riv. soc.*, 1958, p. 227-228, dove l'impresa-organo identifica il caso in cui l'attività veniva svolta direttamente da un organo dello Stato, diversamente dall'ipotesi in cui l'impresa è affidata ad un ente distinto, ancorché di natura pubblica e sottoposta a controlli tipici dell'ordinamento della pubblica amministrazione (semi-amministrazione), e soprattutto dissimile da caso dell'impresa esercitata da società partecipata (azionariato pubblico).

<sup>(12)</sup> Per un quadro di sintesi, di recente, v. M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza dell'unione europea*, Milano, 2014, p. 521 ss.

concretamente utilizzabili per riservare all'ente pubblico un simile potere di controllo, ritenendo l'indagine di esclusiva pertinenza del giudice nazionale. Il richiamo al rapporto interorganico manteneva pertanto una dimensione marcatamente concettuale e dal significato piuttosto approssimativo.

Né mancavano contrasti interni alla stessa giurisprudenza comunitaria, che pure hanno alimentato quelle zone grigie nella determinazione del significato corrente di controllo analogo e dell'effetto che ne sarebbe derivato in chiave di riduzione del rapporto di controllo nello schema teorico della relazione meramente interorganica.

Incertezze interpretative sono state riscontrate con riferimento:

- (a) all'oggetto del controllo, dove si discuteva sul fatto che la relazione interorganica doveva presupporre l'esercizio di una influenza sulle sole decisioni strategiche, o, per converso, su qualsiasi atto di gestione, ancorché minuto;
- (b) alla esclusività della partecipazione pubblica, giusta la difficoltà di capire se la riduzione del controllo sulla società nello schema concettuale del rapporto interorganico presupponeva la necessaria esclusività della partecipazione pubblica o avrebbe invece tollerato il mantenimento di una partecipazione privata, purché di minoranza e di spessore comunque trascurabile;
- (c) al carattere necessariamente individuale o finanche congiunto del controllo, su cui si apriva l'alternativa tra comprimere la relazione interorganica solamente all'ipotesi tradizionale in cui il controllo era esercitato singolarmente dall'amministrazione aggiudicatrice (socio unico o comunque di maggioranza), o, per contro, diradare le maglie del fenomeno fino a ritenerlo compatibile con il controllo analogo congiunto o pluri-frazionato;
- (d) alla essenzialità di una connessione tra controllo analogo e partecipazione alla società *in house*, considerate le riserve a concepire una relazione interorganica in assenza di una partecipazione diretta dell'amministrazione aggiudicatrice alla società *in house*, anche quando entrambe sono sottoposte al controllo analogo di un terzo soggetto (l'*in house* orizzontale).

Non era pertanto agevole definire l'intensione del paradigma concettuale del controllo analogo, per quanto la direzione dell'ente pubblico veniva comunemente associata più ad una destrutturazione dell'organizzazione corporativa della società *in house*, anziché ad un controllo fondato sulla mera eterodirezione (degli amministratori) della società.

In occasione della redazione delle nuove Direttive, la discussione sugli incerti contorni della nozione hanno dato origine alla contrapposizione di due orientamenti:

quello “prudenziale”, che auspicava un intervento minimale finalizzato a recepire i principi generali della elaborazione giurisprudenziale per attutire le anomalie causate da prassi applicative eccessivamente differenziate nei singoli Paesi; e, in senso opposto, quello “riformista”, per il quale l’adozione di un quadro normativo unitario avrebbe dovuto essere l’occasione per il definitivo superamento della rigidità dei vincoli imposti dal paradigma coniato dalla giurisprudenza comunitaria.

Rispetto all’iniziale proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sugli appalti pubblici (documento COM- 2011, 896 definitivo del 20 dicembre 2011), il testo definitivo delle Direttive consta di notevoli differenze che si pongono all’insegna di un sostanziale ampliamento del fenomeno dell’*in house providing*.

Ma v’è di più.

Comparando la disciplina introdotta dalle Direttive con l’elaborazione della giurisprudenza comunitaria si ha contezza di un marcato sconfinamento dal paradigma concettualizzato dalla Corte di Giustizia, ad onta del fatto che il considerando 31 della direttiva n. 24/2014 indica quali criteri informativi proprio i “principi di cui alla pertinente giurisprudenza della Corte di giustizia dell’Unione europea”.

Si registrano esplicite innovazioni, vere e proprie fughe in avanti, ogni qualvolta l’*in house* viene a ricomprendere fattispecie per le quali era prima esclusa la riconducibilità al paradigma della relazione interorganica. Si consideri, anzitutto, il tema della composizione della compagine sociale. Sulla base del testo delle Direttive deve ritenersi oggi ammissibile una partecipazione del socio privato<sup>(13)</sup>. L’investimento privato, infatti, non esclude che la relazione conservi i caratteri dell’*in house*. A dire il vero, le Direttive consentono di affermare che la relazione di appartenenza generata dall’esercizio del controllo analogo può anche *prescindere* dalla partecipazione dell’ente pubblico al capitale della società (l’*in house* rovesciata e quello orizzontale) o, in alternativa, può atteggiarsi a partecipazione minoritaria perciò stesso inidoneo (in sé) ad assicurare un qualsiasi tipo di controllo societario (l’*in house* congiunta o pluri-frazionata).

---

<sup>(13)</sup> Si tratterà di capire se il riferimento alla previsione di legge circa la partecipazione del socio debba significare un intervento esplicito del legislatore – nelle forme di renderla obbligatoria – o possa intendersi semplicemente come compatibilità con la legislazione nazionale: nel primo senso depono il considerando 32 della direttiva 24/2014; nella seconda direzione, C. VOLPE, *Le nuove direttive sui contratti pubblici e l’in house providing: problemi vecchi e nuovi*, p. 4 ss. del dattiloscritto, secondo il quale la partecipazione del socio privato sarebbe ammessa nelle società in house dedite all’esercizio di un servizio pubblico generale, ma non in quelle società che ricevono in affidamento un servizio pubblico strumentale (società cd. strumentali) per le quali la legge interna, al momento vigente, impone la totalità della partecipazione pubblica.

Inoltre, i concetti elaborati dalla giurisprudenza della Corte il più delle volte sono ripresi nel testo delle Direttive con aggiustamenti o puntualizzazioni, e l'effetto è quello di *diradare* il raggio di operatività dell'*in house*. Lo denota la definizione data al controllo analogo. Se è infatti vero che il testo riprende la massima giurisprudenziale del “controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi”, è parimenti singolare che l'enunciazione del principio è seguita dalla specifica per la quale “il controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi deve intendersi **l'esercizio di una influenza determinante** (o decisiva, nella Direttiva n. 23/14) sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della società controllata”.

Questi elementi di novità non possono non avere un valore dirompente sulla concezione dell'*in house*, ne ridefiniscono il perimetro di riferimento e pongono un interrogativo sulla persistente validità di quel paradigma prospettato - almeno *in nuce* - dalla giurisprudenza comunitaria e sul quale sono state costruite quelle derive interpretative di marcata ispirazione pubblicistica che hanno inteso associare la società *in house* ad un organo dell'ente pubblico, privandola dell'autonoma soggettività e riducendola a patrimonio separato dell'amministrazione aggiudicatrice.

## **§ 6. Sul significato metaforico del controllo analogo a quello esercitato sui propri organi.**

Il teorema che riduce la società *in house* ad articolazione interna all'amministrazione aggiudicatrice, alla quale la società di autoproduzione sarebbe coerentemente legata in forza di una relazione meramente interorganica, trova notoriamente sostegno nella massima giurisprudenziale secondo cui l'affidamento diretto può avvenire solamente in favore di società sottoposta a “controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi”.

L'impressione è che la riduzione della società ad organo dell'ente pubblico, sebbene incoraggiata dal tenore della massima giurisprudenziale oggi ripresa dalle Direttive sotto forma di enunciazione di un principio normativo, racchiuda null'altro che una *metafora*. Il linguaggio giuridico, come di recente avvertito da una dottrina autorevole, è spesso metaforico, caratterizzato cioè dalla “trasposizione della parola dal significato suo proprio ad altro significato, onde cogliere la somiglianza fra ciò che, nel significato proprio, la parola designa e ciò che, per traslato, è destinata a designare” <sup>(14)</sup>. Sovente sono il ragionamento della dottrina o la costruzione argomentativa della giurisprudenza a ricorrere all'uso metaforico per applicare un

---

<sup>(14)</sup> F. GALGANO, *Le metafore nel diritto*, in *Contr. e impr.*, 2010, p. 285; ID., *I dogmi nel diritto*, in *Contr. e impr.*, 2010, p. 923 s.

istituto o sintetizzarne la portata. Non mancano però circostanze nelle quali è lo stesso linguaggio del legislatore ad essere metaforico: il caso più celebre è, con ogni probabilità, il riferimento alla persona giuridica, sul quale tanti equivoci in passato si sono avuti, e non poco si è dovuto faticare per superare i fraintendimenti di quelle concezioni che desumevano dall'associazione linguistica l'identificazione concettuale di fenomeni diversi <sup>(15)</sup>.

Seguendo questa traccia, dire che Ulisse è una volpe non è molto dissimile dal proclamare che l'amministrazione aggiudicatrice esercita sulla società *in house* un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi. La metafora si limita a comunicare l'attribuzione di una specifica proprietà all'eroe (furbizia), ma non intende identificarlo con la volpe. Nel caso che ci occupa, l'espressione linguistica utilizzata è inequivocabilmente diretta a comunicare una similitudine; corrispondentemente, essa *non può significare che la società è (divenuta) un organo o un ufficio interno all'ente pubblico*, ma si limita a comunicare che la pubblica amministrazione continua ad esercitare un controllo sull'attività commissionata nonostante la terzietà della società di autoproduzione.

Che il significato conferito all'*in house* esorbiti da qualsiasi uso ragionevole del concetto di controllo analogo a quello esercitato sui propri uffici lo testimonia, implicitamente, un dato attinto dall'ordinamento giuspubblicistico. Nell'accezione proposta dalle tesi pubblicistiche, il controllo analogo si traduce in una vera e propria situazione di dominio, tipica dei rapporti fondati su vincoli di mera gerarchia nei quali è completamente annullata l'autonomia decisionale dell'unità subordinata <sup>(16)</sup>. Sennonché, l'evoluzione dell'ordinamento della pubblica amministrazione segna un netto recesso del criterio di organizzazione delle funzioni di tipo "gerarchico". L'ispirazione pluralista del sistema amministrativo, suggellata dai principi costituzionali (di cui all'art. 97 Cost.), ha imposto di organizzare l'esercizio delle funzioni pubbliche sui diversi criteri della competenza, della sussidiarietà e della responsabilità, talché lo stesso concetto di potere gerarchico è stato progressivamente sostituito dal riferimento al coordinamento o, tutt'al più, alla direzione <sup>(17)</sup>.

---

<sup>(15)</sup> In termini di analisi del linguaggio, il tema è sviluppata da F. D'ALESSANDRO, *Persone giuridiche ed analisi del linguaggio*, rist., Padova, 1989.

<sup>(16)</sup> Cfr. L. ARCIDIACONO, *Gerarchia amministrativa*, in *Enc. giur.*, 1989; G. MARONGIU, *Gerarchia amministrativa*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969; V. BACHELET, *Evoluzione del ruolo e delle strutture della pubblica amministrazione*, in *Scritti in onore di C. Mortati. Aspetti e tendenze del diritto costituzionale*, Milano, 1977; G. MANNA, *Partizioni teoriche del diritto amministrativo*, Napoli, 1980, p. 90 ss.

<sup>(17)</sup> Cfr. M. CLARICH, *La nozione di direttiva: problemi ricostruttivi e tendenze recenti*, in *Foro amm.*, 1984, p. 551 ss.; S. D'ALBERGO, *Direttiva*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964; F. MERUSI-M. CLARICH, *Direttiva*, in *Enc. giur.*, XI, 1989; G. TREVES, *L'organizzazione amministrativa*, Torino, 1975; V. BACHELET, *L'attività di coordinamento nell'amministrazione pubblica dell'economia*, Milano, 1957.

Sarebbe pertanto paradossale riconoscere un potere gerarchico su una persona giuridica formalmente (e soggettivamente) distinta dall'amministrazione aggiudicatrice, quando un analogo potere di dominio non è concepibile neppure sugli organi della pubblica amministrazione.

Non s'intende insistere su questo terreno perché qualsiasi ragionamento incentrato sul funzionamento dell'ordinamento interno alla pubblica amministrazione sarebbe esposto al pericolo di scivolare nella metafora della riduzione della società ad organo dell'amministrazione aggiudicatrice.

Escluso l'assorbimento della società *in house* nell'organigramma dell'amministrazione aggiudicatrice, pare opportuno domandarsi cosa possa ragionevolmente comunicare, in positivo, l'espressione metaforica del controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi.

Per farlo occorre superare una tentazione invalsa in una parte della letteratura. Le metafore, come è noto, trasmettono un messaggio che sconta normalmente un'approssimazione e per questo il ragionamento metaforico si presenta insidioso, specie quando l'oggetto della metafora (il cd. dominio sorgente) è un concetto giuridico di carattere specialistico e dalla pronunciata natura artificiosa, non potendo in questo caso operare il controllo del senso comune tipico del linguaggio peregrino <sup>(18)</sup>.

Che il significato attribuito all'uso dell'espressione abbia decisamente travalicato la portata metaforica sottesa all'associazione del controllo sui propri servizi è plasticamente testimoniato dall'imbarazzo di giustificare il contratto di servizio: nella stipula di questo regolamento contrattuale si contrappongono due parti, l'ente pubblico aggiudicatore, da un lato, e la persona giuridica controllata, dall'altro (rapporto intersoggettivo) <sup>(19)</sup>. Il pregiudizio concettuale che ha portato a negare l'alterità dei soggetti e disconoscere una dualità di volontà ha *costretto* un'attenta dottrina a ripiegare sulla fantasiosa costruzione del "contratto organizzativo" per spiegare l'esistenza del regolamento contrattuale <sup>(20)</sup>. In che modo il contratto stipulato con la società partecipata possa effettivamente differenziarsi in quanto (e solo perché) "organizzativo" non è dato comprendere: di là dal *nomen*, infatti, non pare potersi negare che da questo contratto deriverebbero diritti ed obblighi reciproci e contrapposti, al pari di una comune relazione contrattuale fondata sul sinallagma delle prestazioni.

---

<sup>(18)</sup> Così F. D'ALESSANDRO, *Persone*, cit., p. 168 ss.

<sup>(19)</sup> Cfr. M. CAPANTINI, *Contratto di servizio ed affidamento in house*, in *Rv. Ita. Dir. pub. comunitario*, 2004, p. 817, il quale però pare abbondare questa traccia sul dichiarato e non provato presupposto che l'*in house* comporterebbe la negazione di autonomia soggettiva della società.

<sup>(20)</sup> G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, 2005, p. 84 ss.

Assodata l'approssimazione del linguaggio metaforico, pertanto, il significato dell'espressione utilizzata per descrivere il controllo sulla società affidataria deve essere declinato esclusivamente in base alla disciplina dell'*in house*; per riempire di contenuto una formula altrimenti inconferente deve dunque soppesarsi la portata della regolamentazione apprestata e tenere debitamente conto delle finalità per le quali è concepito il controllo cd. analogo sulle società di autoproduzione.

### **§ 7. Esercizio di una influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative.**

In aderenza a quanto previsto dalla sopravvenienza normativa, il controllo cd. analogo sussiste qualora l'amministrazione aggiudicatrice **esercita una influenza determinante** (o, decisiva, secondo la diversa accezione prevista dalla Direttiva n. 24/14 per l'affidamento delle concessioni) **sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative.**

L'associazione del controllo all'esercizio di una influenza determinate non è nuova nel panorama del diritto comunitario della concorrenza.

Innanzitutto, il riferimento alla natura determinante come parametro per misurare la rilevanza dell'influenza veniva sì impiegato dalla giurisprudenza comunitaria per definire il controllo dell'amministrazione aggiudicatrice sulla società di autoproduzione; ma, come anticipato, l'impianto delle direttive ha avuto il merito di specificare:

- la modalità di estrinsecazione dell'influenza, nel senso di ritenere necessario l'esercizio del controllo (effettività del controllo);
- l'oggetto della influenza, nel senso di riferirlo alla decisione dei soli atti di alta gestione (controllo come direzione).

Questo sarebbe già indicativo, in linea di principio, del fatto che l'esercizio dell'influenza determinante non esclude affatto la distinta soggettività della società di autoproduzione. Se la volontà della persona giuridica è infatti "determinata", si deve pur ciò stesso ammettere che essa è *altra* rispetto alla volontà del controllante: è dunque preservata l'integrità soggettività della società controllata, ed anche la sua organizzazione corporativa, tant'è che i cui organi direttivi restano non a caso esposti alla "mera" influenza del soggetto pubblico. L'influenza è esercitata sulla base di poteri/diritti "esterni" al modello organizzativo (previsti dal diritto comune, es. patti parasociali, o dal diritto amministrativo, es. conferenze di servizio) o comunque interni al normale funzionamento dell'azione societaria (es. approvazione di deliberazioni assembleari). Ciò, dopotutto, sul presupposto che il controllo analogo si risolve nell'esercizio di una influenza (determinante) sui "soli

obiettivi strategici e decisioni significative”. La limitazione oggettiva della influenza – sugli obiettivi strategici o decisioni significative – unitamente alla previsione di una soglia di rilevanza – in misura determinante – lascia impregiudicato il riconoscimento di un’autonomia operativa da parte degli amministratori della controllata, la cui libertà di azione è completamente preservata con riguardo agli affari correnti, per subire una parziale limitazione (sotto forma di influenza esterna) esclusivamente ai fini della decisione degli atti di maggiore importanza.

Dal momento in cui il controllo è limitato all’influenza sugli atti di alta gestione, allora, non pare azzardato parlare di una “direzione” esercitata dall’amministrazione aggiudicatrice <sup>(21)</sup>; anzi, attesa la (riafferzata) alterità soggettiva e la corrispondente separazione operativa tra l’ente pubblico e la società di autoproduzione, con ogni probabilità l’esercizio di questa influenza andrebbe considerata espressione di una **eterodirezione** della società *in house*.

La letteratura giuridica in diverse occasioni evoca il concetto di “direzione” per discriminare il potere d’incidere su alcuni processi decisionali dell’organizzazione corporativa rispetto al potere di gestire l’impresa, ove la conseguenza di riferire la prima all’esercizio di un potere sovraordinato alla gestione corrente <sup>(22)</sup>. Le fattispecie alle quali è associato un presunto potere di direzione sono eterogenee ed anche per questo la categoria pare avere un carattere piuttosto descrittivo senza contare che essa conserva confini ancora incerti. Discorso a parte andrebbe probabilmente fatto per l’attività di direzione (e coordinamento) prevista dalla riforma del diritto societario al capo IX del quinto libro agli artt. 2497 c.c. <sup>(23)</sup>.

---

<sup>(21)</sup> Per una sfumatura del controllo analogo in “direzione, coordinamento o supervisione” (ma erroneamente esteso a qualsiasi atto di gestione, anche minuto) cfr. TAR Lazio, sez. II-ter, 13 giugno 2007, n. 5408; Cons. Stato, sez. IV, 25 gennaio 2005, n. 168.

<sup>(22)</sup> Nelle società di persone, cfr. F. VASSALLI, *Responsabilità d’impresa e potere di amministrazione nelle società personali*, Milano, 1973, p. 275 ss.; B. LIBONATI, *L’amministratore non socio di società in nome collettivo*, in *Studi in memoria di T. Ascarelli*, II, Milano, 1969, p. 1089, p. 1136 s. In generale cfr. F. GALGANO, *La società per azioni*<sup>2</sup>, in *Trattato dir. comm. e dir. pubbl. economia*, diretto da F. Galgano, Padova, 1988, p. 219; ID., *Degli amministratori di società personali*, Padova, 1963 p. 36, nt. 86, dove si ammette però, almeno in linea di principio, che il dominio dell’imprenditore sulla impresa non si esaurisce nell’attività di gestione; C. TEDESCHI, *Poteri di orientamento dei soci nelle società per azioni*, Milano, 2005, p. 69, 193, 221. Sulla teorizzazione di un potere d’impresa diverso da quello che riguarda la gestione, cfr. anche P. MONTALENTI, *Direzione e coordinamento nei gruppi societari: principi e problemi*, in *Riv. soc.*, 2007, p. 317, p. 333 ss.; P. P. FERRARO, *Le situazioni, soggettive del socio di società a responsabilità limitata*, Milano, 2012, p. 273 ss.; S. BONORA, *La responsabilità del socio gestore di società a responsabilità limitata*, Milano, 2013, p. 179 ss. In senso contrario, però, G. ROSSI, *Persona giuridica, proprietà e rischio d’impresa*, Milano, 1967, p. 110 s.

<sup>(23)</sup> Cfr. F. GALGANO, *Direzione e coordinamento di società*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna, 2005; SCOGNAMIGLIO G., “Clausole generali”, *principi di diritto e disciplina dei gruppi di società*, in *Riv. dir. priv.*, 2011, p. 517; M. CARLIZZI, *La direzione unitaria e le società partecipate dagli enti pubblici*, in *Riv. dir. comm.*, I, p. 1177; V. CARIELLO V., *Direzione e coordinamento di società e responsabilità: spunti interpretativi iniziali per una riflessione*

Almeno nel caso che ci occupa, il riferimento alla (etero)direzione della società vuole avere il limitato valore d'indicare che l'influenza esercitata dall'ente pubblico si mantiene ad un livello superiore rispetto alla gestione corrente, interessando solamente alcuni processi decisionali e precisamente quelli riguardanti la definizione di obiettivi strategici o le decisioni più significative.

La (etero)direzione identifica una relazione di controllo che, sul piano istituzionale, si muove in una prospettiva esterna al funzionamento dei meccanismi di formazione della volontà sociale, e sul piano operativo, non compromette completamente la capacità decisionale dell'ente controllato, con il quale si instaura un rapporto di controllo su un piano pacificamente "intersoggettivo".

Il fatto di riferire il controllo analogo ad un potere di eterodirezione sulla società *in house* costituisce un'evidenza giuridica non conciliabile con l'accezione di matrice pubblicistica che ne prospetta l'immedesimazione organica all'amministrazione aggiudicatrice.

### **§ 7.1. L'esercizio dell'influenza determinante nell'ipotesi della concentrazione.**

Il richiamo all'esercizio di una influenza cd. determinante è comune al Regolamento CE n. 139 del 2004 sulle concentrazioni <sup>(24)</sup>.

L'elemento che qualifica l'operazione di concentrazione, e che serve a discriminare questo illecito anticoncorrenziale dall'intesa vietata e dall'abuso di posizione dominante, è l'**acquisizione duratura di un controllo** in presenza di diritti, contratti o altri mezzi che conferiscono, da soli o congiuntamente, e tenuto conto delle circostanze di fatto o di diritto, la possibilità di "**esercitare un'influenza determinante sull'attività di un'impresa**".

L'acquisto del controllo può turbare gli assetti concorrenziali del mercato al ricorrere di certe condizioni. I presidi contemplati dal regolamento sulle

---

*generale*, in *Riv. soc.*, 2003, p. 1229; ID., *Commento all'art. 2497*, in *Società di capitali*, a cura di G. Niccolini e A. Stagno d'Alcontres, Napoli, 2004, p. 1853; M. BUSSOLETTI, *Sulla irresponsabilità da direzione unitaria abusiva e su altre questioni aperte in tema di responsabilità ex art. 2497 c.c.*, in *Riv. dir. comm.*, 2013, I, p. 395; L. BENEDETTI, *La responsabilità da esercizio di direzione e coordinamento "istituzionalizzato" tramite il voto in assemblea*, in *Corr. giur.*, 2012, p. 1485; ID., *La responsabilità "aggiuntiva" ex art. 2497, 2° co., c.c.*, Milano, 2012; ID., *La responsabilità da eterodirezione abusiva della capogruppo. Natura contrattuale o aquiliana? Eventuale carattere sussidiario?*, in *Giur. comm.*, 2013, II, p. 523.

<sup>(24)</sup> La concentrazione è l'operazione attraverso la quale si procede: (i) alla fusione di due o più imprese precedentemente indipendenti; (ii) alla costituzione di un'impresa comune da parte di due o più imprese; (iii) all'acquisto di controllo diretto o indiretto dell'insieme o di parti di una o più imprese da parte di uno o più soggetti o di una o più imprese, sia tramite acquisto di partecipazioni nel capitale o di elementi del patrimonio, sia tramite contratto o qualsiasi altro mezzo.

concentrazioni operano solo quando la formazione di questo controllo consente di esercitare una influenza determinante su una nuova attività di impresa, a prescindere dalle forme attraverso le quali è stato precostituito il potere d'influenza. Non ha infatti alcuna importanza la veste giuridica degli strumenti impiegati per concludere l'operazione, né tantomeno conta l'astratta previsione da parte del legislatore, siccome a rilevare non è in sé il titolo giuridico sottostante, ma solamente la possibilità di esercitare una influenza capace di produrre effetti anticoncorrenziali <sup>(25)</sup>.

L'*informalità* del titolo giuridico che legittima la possibilità di esercitare l'influenza (contratto, diritto su beni produttivi, partecipazione sociale, etc.) ed il contrappeso rilievo della *effettività* del controllo, sono caratteristiche costanti e trasversali del diritto della concorrenza, segmento della normativa che più di altri esige una dose non marginale di elasticità e duttilità per mantenere un'accettabile aderenza alla complessità economica del fenomeno disciplinato <sup>(26)</sup>.

Deve pertanto domandarsi se alcune di queste evidenze ed esperienze giuridiche maturate sulla normativa *antitrust* non possano servire anche ad analizzare l'*in house providing*, fenomeno forgiato dalla prassi giurisprudenziale per risolvere un problema di concorrenza. Ciò, naturalmente, impregiudicata la diversità di prospettiva da cui la concorrenza è considerata, nel senso cioè che l'acquisto del controllo è, nel primo caso, rilevante se ed in quanto fattore capace di "comprimere la *concorrenza sul mercato*" (concentrazione); nel secondo, viceversa, la formazione di una posizione di controllo serve a "preservare la *concorrenza per il mercato*" (affidamento diretto).

La riferibilità degli esposti principi all'*in house* non può ovviamente derivare dalla mera constatazione che i due fenomeni scontano una comune appartenenza all'*acquis* comunitario. La ragionevolezza del recupero – seppur moderato - di queste esperienze al caso che ci occupa è invece suggerita dalle finalità dell'*in house* e, dopotutto, trova spunti di riflessione nella conformità dei testi normativi.

Si consideri il profilo funzionale. Se la condizione per l'affidamento diretto è che l'attività svolta dalla società sia *sostanzialmente determinata* dalla sfera di azione dell'amministrazione aggiudicatrice – circostanza che escluderebbe l'esistenza di un vero e proprio mercato – non si vede quale valore selettivo possa darsi alla specifica forma giuridica attraverso la quale il controllo (che istituisce

---

<sup>(25)</sup> F. TUFARELLI, *Il controllo sulle concentrazioni*, in AA. VV., *I contratti nella concorrenza*, a cura di A. Catricalà ed E. Gabrielli, Torino, 2011, p. 337 ss.

<sup>(26)</sup> E vedi infatti T. ASCARELLI, *Corso di diritto commerciale. Introduzione e teoria dell'impresa*, Milano, 1962, p. 137 ss. Il concetto è costantemente ripreso nella letteratura, tra gli altri, v. G. GIANNELLI, *Impresa pubblica e privata nella legge antitrust*, Milano, 2000, p. 1 s.

questa relazione di appartenenza) viene esercitato: ciò che conta è unicamente l'effettività della relazione di controllo.

Né si possono ignorare, in secondo luogo, alcune analogie tra il regolamento CE n. 139/04 ed il testo delle Direttive sull'affidamento diretto di appalti e concessioni. In entrambi si fa riferimento ad un controllo che si manifesta attraverso l'*esercizio* di una influenza determinante, per cui, da un lato, parrebbe richiesta "l'effettività" del controllo, dall'altro, basterebbe che essa assuma misura *determinante*.

### **§ 7.2. Il passaggio all'influenza determinante nell'*in house*.**

Le caratteristiche del controllo che ai sensi dell'art. 3 del Reg. 139/04 si manifesta attraverso la possibilità di esercitare una *influenza determinante sull'impresa*, nei limiti in cui può immaginarsi un parallelismo con la fattispecie disciplinata dalle recenti direttive comunitarie, non sono affatto compatibili con l'interpretazione corrente, qui avversata, data al sintagma del controllo analogo.

Sul presupposto che l'influenza sulla società di autoproduzione prescinde dal titolo che ne supporta giuridicamente l'esercizio, parrebbe fondato ritenere irrilevanti le formalità attraverso le quali vengono precostituiti i poteri di controllo in favore dell'amministrazione aggiudicatrice. La conclusione è avversata dall'opinione comune e si pone in contrasto con la prassi dell'inserimento nello statuto di clausole che attribuiscono prerogative di indirizzo e controllo in favore dell'amministrazione aggiudicatrice (clausole di soggezione al controllo analogo) o che istituzionalizzano fantomatici organi deputati a verificare l'osservanza delle condizioni per l'*in house* (comitato per il controllo analogo).

Ciò che rileva, per converso, è l'*idoneità ad esercitare* una *influenza determinante* sulla società, quale che sia il titolo sottostante: che siano i poteri di *voce* connessi alla partecipazione sociale, o meri accordi tra i soci - nelle forme, ad esempio, di patti parasociali o di accordi di cooperazione tra pubbliche amministrazioni - oppure contratti commerciali o di servizio conclusi con l'ente - *a fortiori* quando predeterminano *standard* qualitativi dei servizi e prevedono il diritto del committente a valutarne il rispetto - o, ancora, relazioni fiduciarie sulla base delle quali tenere pressioni extraistituzionali sui membri degli organi direttivi (e di controllo), quando nominati con meccanismi singolari (es. art. 2449 c.c.) o in forza di regole di diritto comune (maggioranza dei voti in assemblea, o, in alternativa, nomina riservata con i sistemi di tutela delle minoranze).

Questi strumenti di esercizio dell'influenza permettono di mantenere il controllo sulla società di autoproduzione senza passare tuttavia attraverso la

deformazione del modello organizzativo. Il controllo in questo modo scivola da un piano astratto e formale – cristallizzato in regole statutarie che deviano dai caratteri corporativi del paradigma societario - ad un piano fattuale e concreto, basato sui comportamenti degli operatori, ancorché resi eventualmente doverosi (ad es., dagli accordi tra soci) o comunque eterodeterminati dalla minaccia di sostituzione nelle cariche sociali (influenze extraistituzionali).

A sostegno della tesi depone un argomento non trascurabile. È la concreta possibilità di esercitare una influenza determinante la condizione richiesta per associare l'attività svolta dalla società in regime di *in house* alla sfera di controllo dell'amministrazione aggiudicatrice. Il fatto che la società conserva una distinta soggettività ed è al contempo preservata l'integrità del suo assetto corporativo non esclude che l'attività esercitata possa essere comunque ricondotta alla sfera di azione dell'ente pubblico. La relazione di appartenenza, richiesta per scongiurare gli effetti anticoncorrenziali dell'affidamento diretto, va riconsiderata sul diverso piano del parallelismo delle condotte e dell'integrazione fattuale dei processi decisionali delle due organizzazioni, quella dell'ente pubblico e quella societaria.

Se la costituzione di una società *in house* è, per il diritto comunitario della concorrenza, uno schema organizzativo equipollente all'esercizio diretto dell'attività, per quanto sopra esposto la sua internalizzazione non è da ricercare sul piano formale della confusione soggettiva con l'amministrazione aggiudicatrice (inserimento nello statuto di clausole di soggezione al controllo analogo), ma necessita di essere riscontrata su un piano concreto alla luce delle condotte serbate dagli operatori (influenze esercitate sugli amministratori della società). È il parallelismo delle iniziative, il coordinamento o, meglio, la (etero)direzione che nella prospettiva dell'analisi della realtà economica costituisce il banco di prova sul quale ritenere o meno soddisfatta la condizione di appartenenza della società alla sfera di azione del soggetto pubblico.

La relazione di appartenenza tipica dell'*in house* presuppone un processo d'integrazione non completamente dissimile da quello nel quale si possono realizzare alcune operazioni di concentrazione. Il parallelismo è tanto più grave di significato appena si considera che nella concentrazione la formazione del controllo opera sul piano propriamente "strutturale" <sup>(27)</sup>; ebbene, tanto nell'ipotesi dell'acquisto del controllo, quanto nella costituzione dell'impresa comune, ha luogo un'integrazione dei processi decisionali che senza "deformare la soggettività degli enti" o pretendere una "destrutturazione degli assetti corporativi" si sostanzia nel coordinamento o direzione della persona giuridica controllata.

---

<sup>(27)</sup> C. OSTI, *Valutazione della concentrazione*, in AA. VV., *Diritto*, p. 647, dove anche la precisazione che l'analisi delle condotte rimane comunque decisiva per valutare gli effetti anticoncorrenziali della formazione del controllo.

### **§ 7.3. Esercizio dell'influenza determinante ed autonomia della società controllata.**

E si perviene ad una terza considerazione suggerita dalla comparazione tra il controllo esercitato dal soggetto pubblico sulla società di autoproduzione e quello previsto dal Reg. n. 139/04 con riferimento all'operazione di concentrazione.

Se è vero che le omogeneità linguistiche non sottintendono per ciò stesso una identità concettuale, è parimenti innegabile che quando le fattispecie considerate presentano una contiguità, seppur minima, queste omogeneità possono nondimeno spiegare un valore indiziario ai fini dell'esegesi dei testi normativi.

Sotto questo profilo deve osservarsi che il controllo previsto dall'art. 3, comma secondo, del Reg. n. 139/04 non è stato interpretato come situazione equivalente ad una compromissione completa dell'autonomia decisionale dell'impresa controllata, ancorché soggetta ad una influenza determinante sull'*attività d'impresa* <sup>(28)</sup>.

Da qui la contiguità con la nozione di controllo rilevante nella prospettiva dell'*in house*, dove l'esercizio del controllo serve ad assicurare un collegamento tra l'amministrazione aggiudicatrice e la società di autoproduzione in base al quale le iniziative dei due soggetti si sviluppano sotto una "regia comune", e, per l'effetto, l'attività svolta dovrebbe potersi considerare espressione di una *realtà economica sostanzialmente unitaria*.

Vi sarebbe da aggiungere, anzi, che la concentrazione presuppone l'esercizio di una influenza determinante sull'attività d'impresa controllata, mentre il controllo analogo si limita all'esercizio di eguale influenza ma limitatamente alla definizione degli obiettivi strategici e delle decisioni significative. A rigore, il grado di penetrazione ed integrazione dei processi decisionali tra l'ente pubblico e la società di autoproduzione sarebbe addirittura più blando di quanto previsto per rinvenire un'operazione di concentrazione ai sensi del citato Reg. Ce.

---

<sup>(28)</sup> C. OSTI, *Nozione di concentrazione*, in AA. VV., *Diritto antitrust italiano*, Bologna, I, 1993, p. 583, dove la precisazione secondo cui l'influenza non dovrà necessariamente estendersi ad ogni dettaglio della gestione.

Si è anche sostenuto – a commento della legge *antitrust* interna – che l'influenza determinante di derivazione comunitaria sarebbe qualcosa in meno dell'influenza dominante in cui si estrinseca invece la nozione codicistica di controllo. Vero è che la diversità attiene non tanto all'intensità ma alla qualità del controllo: l'influenza determinante serve a qualcosa di diverso e cioè a valutare se l'associazione (duratura) degli operatori incida negativamente sull'assetto concorrenziale del mercato, da qui l'utilizzo di una formula volutamente più ampia rispetto a quella domestica (cfr. M. S. SPOLIDORO, *Il concetto di controllo nel codice civile e nella legge antitrust*, in *Riv. soc.*, 1995, p. 470; M. NOTARI, *La nozione di controllo nella disciplina antitrust*, Milano, 1996, p. 30; V. DONATIVI, *Impresa e gruppo nella legge antitrust*, Milano, 1996, p. 134.; OLIVIERI-ALESSI, *La disciplina della concorrenza e del mercato*, Torino, 1991, p. 52).

La conclusione merita di essere correlata alla previsione, contenuta sempre nelle Direttive, sulla destinazione prevalente dell'attività in favore dell'amministrazione aggiudicatrice. Secondo una precisa – ma nondimeno discutibile - opzione di politica legislativa la condizione di prevalenza è stata concepita in senso quantitativo/numerico <sup>(29)</sup>, tenendo conto unicamente del fatturato originato dai rapporti con l'amministrazione aggiudicatrice che non può essere inferiore all'80 % di quello complessivo. Questo significa, a rigor di principio, che la società *in house* potrebbe esercitare attività diverse da quella specifica per la quale è affidataria dell'appalto o della concessione, e, in ogni caso, dovrebbe poter agire sul mercato e negoziare con soggetti terzi. In tal senso, invero, le Direttive sembrano esasperare - più che confermare - la vocazione commerciale della società di autoproduzione! Limitandosi a raccogliere assertivamente il dato normativo, non se ne può ignorare la portata dirompente. La conseguenza di questa opzione non può non essere il mutuo riconoscimento di una sfera di autonomia, sia operativa sia gestionale, in favore della società *in house*. Se infatti la nozione comunitaria dell'*in house* tollera l'esercizio da parte della stessa società di autoproduzione di attività diverse, con facoltà di operare (nei riportati limiti del volume d'affari) anche sul mercato, non se ne può non riconoscere proporzionalmente un'autonomia d'azione *dall'*amministrazione aggiudicatrice.

Tale riconoscimento si riverbera sulla definizione del controllo esercitato sulla società, coerentemente assottigliato all'esercizio di una influenza sulle decisioni concernenti i soli atti strategici, da riferire verosimilmente agli aspetti strutturali (es. dimensionamento del capitale, politiche di finanziamento, entrata o uscita dal gruppo etc.) o alla direzione dell'attività principale.

### **§ 7.3.1. Il caso specifico dell'influenza determinante sull'impresa comune cd. concentrativa.**

La comparazione con la concentrazione non poteva non chiudersi con il riferimento all'acquisto del controllo realizzato tramite la “costituzione di un'impresa comune esercente stabilmente tutte le funzioni di una entità economica autonoma” (cd. impresa comune concentrativa: Reg. Ce n. 194/04, art. 3, comma quarto).

La fattispecie dell'impresa comune concentrativa rende contezza di quanto sopra esposto, nel senso che la realizzazione di una operazione di concentrazione

---

<sup>(29)</sup> Critico sulla concessione in favore delle società *in house* della libertà di negoziare liberamente sul mercato, con terzi, è M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza dell'unione europea*, Milano, 2014, p. 526, il quale suggeriva coerentemente d'interpretare la prevalenza della destinazione dell'attività in senso qualitativo-funzionale.

non compromette *completamente* l'autonomia degli operatori coinvolti nel processo d'integrazione aziendale.

Il Regolamento Ce sulle concentrazioni riprende, sotto questo profilo, un'acquisizione della prassi della Commissione, che già da tempo aveva distinto tra imprese comuni cooperative ed imprese comuni concentrative, con applicazione del regime di favore solo per le seconde, risolvendosi invece le prime in meri accordi tra imprese da assoggettare al gravoso regime delle intese. Gli organi comunitari, nel varare il nuovo Regolamento, hanno colto l'occasione per puntualizzare che la distinzione tra una intesa (impresa comune cooperativa) ed una concentrazione realizzata tramite la costituzione di una impresa comune (impresa comune concentrativa) risiede esclusivamente nel mantenimento di una "minima autonomia decisionale" in capo all'impresa controllata (*i.e.*: esercizio stabile di tutte le funzioni di un'entità economica autonoma).

Il richiamo a queste riflessioni vale, naturalmente, nei limiti in cui l'analisi del controllo nel quale si estrinseca il processo d'integrazione tra distinti operatori economici posto a base dell'operazione di concentrazione possa dare indicazioni per comprendere il diverso fenomeno dell'influenza determinante esercitata dall'amministrazione aggiudicatrice sulla società di autoproduzione.

L'impressione è che l'*in house* costituisce un fenomeno d'integrazione nel quale la relazione di appartenenza della società all'ente pubblico si traduce nella soggezione ad una regia comune, una direzione unitaria, non diversamente da quanto avviene in presenza di un gruppo d'impresе, dove la singola impresa viene assorbita all'interno di una *visione unitaria della realtà economica* alla quale partecipa.

Ecco la conferma che l'esercizio del controllo analogo sulla società *in house* non importa e non rende comunque necessaria alcuna deformazione del tipo sociale, può derivare dall'utilizzo di strumenti del diritto comune o altri meccanismi di controllo, anche pubblicistici, ma parimenti rispettosi dei caratteri essenziali della disciplina societaria.

L'argomento segna un ulteriore tassello in favore della tesi secondo cui l'esercizio di un'influenza determinante, a maggior ragione se circoscritto ai soli obiettivi strategici e decisioni significative, si risolve in un controllo perpetrato lasciando impregiudicata la soggettività della società di autoproduzione e la struttura corporativa tipica del modello societario.

**§ 8. Nuove tipologie di affidamento *in house* ed allentamento della nozione di controllo analogo: a proposizione della causa C-15/13.**

Per comprendere la rarefazione accusata dalla relazione di appartenenza in cui si sostanzia il controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, assume un valore decisivo l'apertura a tipologie di affidamento *in house* diverse da quelle fondate su un rapporto di controllo diretto e verticale tra l'amministrazione aggiudicatrice e la persona giuridica beneficiaria dell'affidamento.

Sotto questo profilo, l'esame delle sopravvenienze normative conferma un decisivo sconfinamento del fenomeno dell'*in house* dalla concezione di matrice giurisprudenziale secondo cui l'affidamento diretto esigerebbe la rigorosa soggezione della società di autoproduzione al dominio dell'ente pubblico attraverso l'esercizio di un potere gerarchico capace di ridurre gli organi sociali a meri esecutori dell'amministrazione aggiudicatrice.

Non poteva non stridere con questa concezione il caso di recente portato all'attenzione della Corte di Giustizia e deciso con sentenza dell'8 maggio 2014 (causa C-15/13). Qui, infatti, la Università della Città di Amburgo, sulla quale la Città di Amburgo esercitava un controllo limitatamente alle procedure per gli acquisti, concedeva un affidamento diretto in favore della società HIS, partecipata in misura prevalente da una cordata di enti pubblici, tra cui la stessa Città di Amburgo con una percentuale di appena il 4,60 %, e con partecipazioni privati di minor rilievo. Tra l'amministrazione aggiudicatrice (Università di Amburgo) e la società di autoproduzione HIS (società pluripartecipata) non vi era una relazione diretta. La relazione tra i due enti si fondava sull'interposizione di un terzo soggetto, la Città di Amburgo, la quale poteva esercitare un controllo diretto sul settore degli acquisti della Università e al contempo partecipava, nella limitata prospettiva dell'esercizio di una influenza congiunta o frazionata, sulla società affidataria.

La Corte ha ritenuto che la fattispecie si ponesse fuori dal paradigma dell'*in house providing* <sup>(30)</sup>.

La decisione veniva giustificata sul rilievo della mancanza di una relazione diretta e verticale tra l'Università di Amburgo e la società HIS, e per quanto la Corte non escludeva la compatibilità con la logica concorrenziale di forme di cooperazione tra le pubbliche amministrazioni (tra cui, per l'appunto, l'*in house* orizzontale) veniva egualmente contestato che l'influenza esercitata dalla Città di

---

<sup>(30)</sup> Secondo la citata Corte di Giustizia "l'art. 1, par. 2, lett. a), della dir. 2004/18/CE, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, deve essere interpretato nel senso che un contratto avente ad oggetto la fornitura di prodotti, concluso tra, da un lato, un'università che è un'amministrazione aggiudicatrice ed è controllata nel settore delle sue acquisizioni di prodotti e servizi da uno Stato federale tedesco e, dall'altro, un'impresa di diritto privato detenuta dallo Stato federale e dagli Stati federali tedeschi, compreso detto Stato federale, costituisce un appalto pubblico ai sensi della medesima disposizione e, pertanto, deve essere assoggettato alle norme di aggiudicazione di appalti pubblici previste da detta direttiva".

Amburgo sull'amministrazione aggiudicatrice potesse soddisfare la condizione richiesta per il controllo analogo (anche) perché limitato al settore degli acquisti di una società (dopotutto) pluripartecipata.

E tuttavia, alla luce delle novità introdotte dalle emanate Direttive, la conclusione parrebbe non essere più scontata. Non solo è stato previsto l'*in house orizzontale* come modalità organizzativa equipollente all'*in house verticale*, ma è stato contemporaneamente ammesso anche il controllo analogo cd. plurifrazionato, esercitato cioè (solo) congiuntamente da una cordata di enti pubblici.

### § 8.1. L'*in house* orizzontale.

Sul riconoscimento dell'*in house orizzontale* e il corrispondente convincimento secondo cui l'amministrazione può attendere ad una funzione pubblica attraverso la cooperazione tra enti parimenti controllati, deve convenirsi con le parole dell'Avvocato Generale nella causa C-15/13, secondo il quale se "il fondamento che giustifica l'applicazione dell'eccezione *in house* si trova nel fatto che la conclusione del contratto (di appalto o di concessione) tra l'amministrazione aggiudicatrice e la società affidataria (ovvero: lo strumento di cooperazione tra gli enti soggetti ad un comune controllo) non è il risultato di volontà autonome degli enti che ne costituiscono le parti, ma è l'espressione di una volontà unica, è giocoforza constatare che in un affidamento interno orizzontale la *relazione esistente tra l'amministrazione aggiudicatrice e il soggetto aggiudicatario è molto più tenue* rispetto a quella esistente in un affidamento «*in house*» verticale".

In mancanza di una relazione di controllo diretto, l'*in house* (orizzontale) si sostanzia in un mero legame indiretto, la cui portata dipende dalle rispettive relazioni esistenti tra i due enti con la loro amministrazione controllante comune<sup>(31)</sup>. Il concetto di controllo analogo è dunque proporzionalmente sfumato: non v'è traccia di una immedesimazione organica all'amministrazione aggiudicatrice – manca finanche una partecipazione diretta alla società affidataria – ed è parimenti improponibile pensare ad un controllo "dominicale" tipico dei rapporti gerarchici<sup>(32)</sup>.

---

<sup>(31)</sup> F. FOGGIA, *In house providing orizzontale: modello teorico e prospettive applicative*, in *Riv. Neldiritto*, 2014, fasc. 8, p. 1536.

<sup>(32)</sup> Nell'*in house* orizzontale s'infrange la normale simmetria tra i requisiti del controllo e della destinazione prevalente dell'attività, perché la società affidataria è legittimata a svolgere la propria attività nei confronti di un ente diverso da quello che esercita l'influenza determinante: proprio perché l'amministrazione non è parte del contratto di servizio, *in nuce*, anche il potere di controllare l'attività oggetto dell'affidamento sarebbe corrispondentemente depotenziato.

Invocare l'esistenza di una relazione interorganica nell'*in house* orizzontale ha un significato marcatamente *finzionistico*, dietro al quale si cela una considerazione sì unitaria della rete organizzativa che lega più amministrazioni pubbliche, ma nel senso di regia unitaria sotto forma di coordinamento e direzione comune.

## § 8.2. L'*in house* congiunto.

L'attenuazione della relazione di appartenenza della società *in house* all'amministrazione aggiudicatrice è altresì amplificata dall'ammissibilità di un controllo analogo cd. congiunto e dal coevo riconoscimento della facoltà di costituire una società di autoproduzione per servire una pluralità di enti pubblici.

La valutazione su questa novità è indiscutibilmente positiva, s'incentivano forme consortili di gestione dei servizi pubblici con sicuri vantaggi in termini di efficienza aziendale e di riduzione dei centri di spesa. Al contempo, però, non può negarsi che proprio questo avanzamento del fenomeno dell'*in house* segna un definitivo indebolimento del suo nucleo concettuale e concorre al processo di rarefazione del vincolo di (presunta) appartenenza della società aggiudicataria all'amministrazione aggiudicatrice.

In una ipotesi di affidamento senza gara in favore di società pluripartecipata, di fatto, la relazione tra la singola amministrazione aggiudicatrice e la società *in house* è compresa dalla previsione di condizioni tutt'altro che selettive, ovvero che:

- i) gli organi decisionali delle persone giuridiche controllate sono composti da rappresentanti di tutte le amministrazioni aggiudicatrici partecipanti, per quanto i soggetti preposti alle cariche sociali possono rappresentare varie o tutte le amministrazioni aggiudicatrici, e ciò dovrebbe verosimilmente presupporre la previsione di meccanismi capaci di agevolare un coinvolgimento di tutti i soci nella nomina (decisa pur sempre a maggioranza) delle cariche sociali o quanto meno istituzionalizzare una rappresentanza dei soci pubblici di minoranza attraverso, ad esempio, la nomina riservata a specifiche categorie<sup>(33)</sup>;
- ii) le amministrazioni aggiudicatrici sono in grado di esercitare congiuntamente un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative, e ciò dovrebbe verosimilmente significare che gli enti pubblici potranno aver concluso accordi di cooperazione, intese o protocolli aventi ad oggetto linee programmatiche d'indirizzo strategico, con l'impegno di

---

<sup>(33)</sup> Cfr. V. DONATIVI, I "confini" (ancora incerti) del controllo analogo congiunto in materia di *in house providing*, in *Giur. comm.*, 2014, II, p. 765 ss.

uniformare ad esse la propria condotta nell'ambito del funzionamento dell'organizzazione societaria (es. mediante l'esercizio del voto);

iii) la persona giuridica controllata non persegue interessi contrari a quelli delle amministrazioni aggiudicatrici controllanti, nel senso cioè che il progetto imprenditoriale sotteso alla costituzione della società pluripartecipata (e, naturalmente, la corrispondente gestione) tiene conto della valorizzazione delle esigenze di tutte le amministrazioni partecipanti (es., per una società di trasporto pubblico, che i territori di ciascuna amministrazione siano coperti dal servizio), a prescindere dalla dimensione dell'investimento e dal valore percentualistico della partecipazione capitaria.

È curioso notare che l'*in house* congiunta è ammessa in via di mera sottrazione; all'amministrazione aggiudicatrice è infatti concessa, quando essa *non esercita* su una persona giuridica di diritto privato o pubblico un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, la facoltà di disporre un affidamento diretto al ricorrere delle condizioni per l'affidamento congiunto. Non sembra tuttavia ragionevole esaltare il significato di questo rilievo testuale, che potrebbe aver avuto solamente il senso di rimarcare l'introduzione di una frontiera dell'*in house* nuova rispetto a quella tradizionale.

L'esame della prassi formatasi in epoca anteriore all'emanazione delle citate Direttive <sup>(34)</sup>, invero, conforta il convincimento opposto. L'assorbimento nel fenomeno dell'*in house* della fattispecie in cui l'influenza è congiunta, infatti, stride con l'accezione rigorosa notoriamente data dalla giurisprudenza, anche e soprattutto domestica. La debolezza del controllo pluri-frazionato, nel quale le possibilità di una influenza sono ancorate principalmente all'aspettativa di rappresentanza negli organi di direzione e controllo della società, rende contezza della ontologica irriducibilità dell'*in house* al paradigma concettuale del rapporto gerarchico dal quale avrebbe dovuto verosimilmente derivare un vero e proprio dominio sulla gestione della società di autoproduzione.

### **§ 8.3. Limitazione del controllo a singole attività.**

Il depotenziamento della relazione di controllo richiesta affinché l'amministrazione aggiudicatrice possa disporre un affidamento diretto in favore della società di autoproduzione è suggellato dal fatto che il controllo incorre in una doppia limitazione:

---

<sup>(34)</sup> E si veda, in particolare, Corte di Giust., 10 settembre 2009, in *Giur. dir. amm.*, 2010, p. 127, con nota di M. GIORGIO, *L'in house pluripartecipato e il caso Sea*.

- la prima di tipo orizzontale, nel senso che esso deve riguardare solamente l'attività per la quale è disposto l'affidamento dell'appalto o della concessione;
- la seconda, di tipo verticale, nel senso che il controllo deve manifestarsi sotto forma di esercizio di una influenza determinante su obiettivi e decisioni strategiche.

Le due limitazioni sono normalmente interconnesse.

Si chiarisce che la prima limitazione trova sostegno in due argomenti testuali: da un lato, il riferimento al controllo analogo come quello esercitabile sui propri *servizi* (anziché sui propri organi), espressione dalla quale si ricava la necessità di associare l'erogazione del servizio alla sfera d'azione dell'ente pubblico; dall'altro, l'ancoraggio della prevalenza dell'attività in favore dell'amministrazione aggiudicatrice a parametri quantitativi, opzione che pare infatti presupporre la facoltà per la società *in house* di svolgere sul mercato anche attività diverse da quelle per le quali essa ha ricevuto l'affidamento e sulle quali non vi sarebbe alcun interesse dell'amministrazione a spiegare un controllo.

Non è da escludere che il controllo analogo esercitato dall'amministrazione aggiudicatrice potrebbe non essere riferito tanto alla società, quale persona giuridica sulla quale estendere un dominio gerarchico, ma piuttosto all'attività da questa svolta e precisamente all'affare oggetto dell'appalto o della concessione <sup>(35)</sup>.

L'opzione interpretativa non pare del resto incompatibile con il testuale richiamo ad una influenza determinante sulla definizione degli "obiettivi strategici" e sulle "decisioni significative". Soprattutto in una ipotesi di società "aperta" (nei limiti previsti dalle Direttive) al mercato, obiettivi strategici e decisioni significative possono significare proprio che l'influenza è circoscritta alla (etero)direzione dei (soli) processi decisionali direttamente interessati allo svolgimento dell'opera o del servizio commissionato alla società di autoproduzione.

---

<sup>(35)</sup> Cfr. V. DONATIVI, *I confini*, "La disciplina degli appalti e delle concessioni, difatti, già contempla ipotesi di affidamento plurimo congiunto, come quella del consorzio pubblico (ma analogo ragionamento potrebbe essere svolto con riferimento ad altre forme di gestione aggregata sulla base di specifiche convenzioni o accordi tra enti), in cui il singolo ente è in grado di esercitare, proprio attraverso i meccanismi tipicamente consortili, un controllo non tanto sul consorzio come tale (ovverosia sul consorzio inteso come ente, o soggetto giuridico), quanto (e, potrebbe dirsi, secondo quel che più conta) sul servizio di cui il consorzio è affidatario: *rectius*, su quella porzione del servizio (complessivamente svolto dal consorzio) che è di competenza (sul piano funzionale, territoriale, ecc.) dell'ente di riferimento. E tuttavia si tratterebbe di ragionamento che richiederebbe una rivisitazione delle stesse basi su cui si fonda la giurisprudenza comunitaria, per la semplice e dirimente ragione che il controllo analogo che quest'ultima esige quale presupposto giustificativo dell'affidamento diretto non è configurato come un controllo che possa essere direttamente ed esclusivamente declinato sull'attività (e, dunque, sul servizio o la porzione di servizio di competenza del singolo ente), ma come un controllo che deve necessariamente tradursi in forme di influenza sul governo societario (o, se si vuole, reiterandosi così la contraddizione sistematica già messa in luce, in forme di governo extrasocietario prevaricanti su quelle di carattere endosocietario)".

Orbene, se la Corte di Giustizia avesse deciso la causa n. 15/13 in forza dei nuovi principi previsti dalle Direttive comunitarie, la conclusione avrebbe potuto essere anche diversa; in particolare, la limitazione dell'influenza al settore degli acquisti decisi dalla Università di Amburgo non avrebbe potuto probabilmente escludere in sé l'esistenza di un controllo analogo da parte della Città di Amburgo, anche perché l'affidamento riguardava proprio la commissione di un'opera tecnologica (acquisto di un bene/servizio).

Il convincimento della Corte si fondava evidentemente sul presupposto, oggi fortemente depotenziato dalle sopravvenienze normative, che il controllo analogo sulla società doveva riguardare la struttura organizzativa nella sua interezza ed avrebbe dovuto comportare l'immedesimazione organica al soggetto controllante.

### **§ 9. Verifica della sussistenza delle condizioni del controllo analogo.**

Ragionando sulla disciplina dell'*in house* introdotta dalle sopravvenienze normative può dirsi che la relazione di controllo tra l'amministrazione aggiudicatrice e la società di autoproduzione non esige alcuna *formale confusione* di soggetti e/o di strutture organizzative.

La relazione con la società *in house* si fonda invece su un controllo di tipo "effettivo" ed "informale". I due concetti sono avvinti da una marcata circolarità.

Con l'effettività dell'influenza s'intende rimarcare che il controllo deve essere concreto.

Il fatto che la società di autoproduzione conserva integra l'autonomia soggettiva e la propria organizzazione corporativa induce a credere che la fonte di quei poteri d'influenza non possono essere le clausole di soggezione al controllo analogo inserite nello statuto <sup>(36)</sup>.

A parte la forzatura prodotta da simili clausole – che difetterebbero per eccesso rispetto al grado di influenza necessario per instaurare la relazione tipica dell'*in house* – l'irritualità di queste predeterminazioni statutarie rischierebbe di causare una deformazione del modello organizzativo, con risultati prossimi all'avversata confusione soggettiva con l'amministrazione aggiudicatrice.

Non s'intende evidentemente escludere che le amministrazioni aggiudicatrici possano modellare lo statuto in funzione dello scopo della società di autoproduzione, ed è anzi scontato pensare che l'atto costitutivo contenga una precisa impronta del progetto imprenditoriale. Al riguardo vale però l'insuperato

---

<sup>(36)</sup> Si rinvia alle puntuali osservazioni di C. IBBA, *Società in house*, p. 6.

insegnamento secondo cui “l’interesse pubblico può servirsi del diritto privato ma non può chiedere al diritto privato più di quanto esso può dare e deve accettare del diritto privato ciò che gli è essenziale” <sup>(37)</sup> : ne deriva che l’intervento sullo statuto può aversi nei limiti in cui lo strumento societario tollera una personalizzazione dell’assetto organizzativo.

Su base statutaria si potrebbe prevedere, ad esempio, che l’attività debba svolgersi prevalentemente con le amministrazioni aggiudicatrici, ed anzi parrebbe meritorio istituzionalizzare un vincolo di esclusività; introdurre meccanismi particolari di nomina delle cariche sociali per assicurare la rappresentanza di tutti gli interessi dei soggetti pubblici; limitare la circolazione delle quote e l’ingresso di soci privati, prevedere la suddivisione dei soci in categorie speciali in ragione dell’omogeneità delle proprie competenze istituzionali; o intervenire sulla ripartizione delle competenze tra assemblea (collegio rappresentativo della volontà dei soci pubblici) ed organo di gestione, nei diversi limiti previsti rispettivamente dagli artt. 2364, n. 5, 2380-bis, c.c., per la s.p.a., e dagli artt. 2468, 2479, c.c., per la s.r.l.

Nondimeno queste previsioni possono non essere necessariamente sufficienti. La pre-constituzione del potere sulla base del quale esercitare l’influenza determinante può essere allora affidata a strumenti paralleli: sia quelli di natura privatistica – es. patti parasociali, contratti di servizio – sia quelli di natura pubblicistica - compresi ad es. gli accordi quadro tra le amministrazioni, le conferenze di servizio - il cui spiegamento rimane in ogni caso *esterno* allo statuto della società ed alla determinazione delle regole organizzative dell’ente <sup>(38)</sup>.

Se il controllo attiene all’attività oggetto dell’affidamento, un peso non indifferente può concretamente avere il regolamento del contratto di servizio, almeno quando è predisposto il diritto dell’ente pubblico di controllare gli *standard* qualitativi nella gestione del servizio ed esercitare poteri correttivi e/o sanzionatori: la previsione di questo controllo con base “contrattuale” può infatti più facilmente manifestare il collegamento con l’iniziativa promossa (direzione) dall’amministrazione aggiudicatrice.

---

<sup>(37)</sup> G. OPPO, *Diritto privato e interessi pubblici*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, 41; cfr. N. IRTI, *L’ordine giuridico del mercato*, Bari, 2003, 127 s.

<sup>(38)</sup> L’impiego di strumenti di diritto amministrazione si pone ad eventuale integrazione della preconstituzione del potere sulla base del quale l’ente pubblico dovrebbe esercitare l’influenza determinante, ma non pare essenziale per soddisfare la condizione del controllo cd. analogo (diversamente, invece, G. CAIA, *Le società a prevalente capitale pubblico come formula organizzativa di cooperazione tra comuni*, in *Foro amm.*, 2002, p. 1237; M. GIORELLO, *L’affidamento dei servizi pubblici locali tra diritto comunitario e diritto italiano*, p. 940; L. R. PERFETTI, *L’affidamento diretto di servizi pubblici locali a società partecipate dai comuni, tra amministrazione indiretta e privilegi extra legem*, in *Foro amm.*, 2004, p. 1168).

Nella prospettiva esaminata, ad ogni modo, gli strumenti di controllo para-sociali sono da considerare un fenomeno non deteriore rispetto alle previsioni statutarie, per quanto concettualmente diversi dalle regole organizzative e dotati di una effettività rapportata alla mera prescrizione di regole di condotta. Se questo è il punto di fragilità, per contro l'ammissibilità di strumenti negoziali di controllo sottostà ad un filtro molto meno severo.

La loro esistenza, unitamente alle previsioni statutarie compatibili con il tipo sociale, non può non essere considerata al fine di stabilire, *ab origine*, la liceità della scelta dell'amministrazione di disporre l'affidamento diretto. Nel momento in cui è disposto l'affidamento in favore della società di autoproduzione, deve compiersi una valutazione *prospettica* sull'esistenza di poteri adeguati all'esercizio di un'influenza determinante e non potrà non tenersi conto tanto delle previsioni statutarie quanto degli accordi-parasociali.

La verifica delle condizioni per l'affidamento diretto, soprattutto in conseguenza dei suggestivi margini di duttilità impressi al fenomeno dell'*in house*, esige una valutazione di tipo *sintetico-globale*, nella quale si dovranno ponderare le caratteristiche corporative della società di autoproduzione, la composizione della compagine sociale, il tipo di relazione con l'amministrazione aggiudicatrice, eventuali rapporti contrattuali e tutto ciò che contribuisce a chiarire se l'attività sociale possa essere considerata espressione di una realtà economica più complessa di quanto non spieghi la formale soggettività della società.

A questa valutazione tipicamente prospettica – analoga a quella già concepita con riguardo all'accertamento della condizione di prevalenza dell'attività in favore dell'amministrazione aggiudicatrice <sup>(39)</sup> ed a quanto ad esempio previsto con riferimento all'esame degli effetti anticoncorrenziali della concentrazione – non potrà non seguire un effettivo esercizio del controllo, pena la revoca dell'affidamento e/o la contestazione della sua legittimità <sup>(40)</sup>.

## **§ 10. Privatizzazione della società *in house* e cenni al recepimento delle Direttive.**

---

<sup>(39)</sup> Si tenga conto che, per l'esame della citata condizione, le Direttive prevedono espressamente la possibilità di dimostrare la misura della prevalenza in base a mere proiezioni, purché credibili.

<sup>(40)</sup> Come è noto, discusso se le condizioni per l'*in house* debba permanere in pendenza dell'affidamento. La Corte di Giustizia è passata da un orientamento iniziale più rigoroso ad un orientamento più concreto e sostanzialista: la presenza dei soci privati viene considerata ostativa all'affidamento diretto solo se tale partecipazione sussista al momento della stipula della convenzione (C-371/05 e C-573/07 SEA). La giurisprudenza nazionale, più restrittiva, impone invece che la partecipazione pubblica permanga per tutta la durata della vita della società e sia garantita nel tempo da apposita clausola statutaria che contempli il divieto di cedibilità ai privati delle azioni (Cons. Stato, sez. V, 3 febbraio 2009, n. 591).

Il testo delle Direttive consente di prospettare una concezione di società *in house* che si può definire “privatistica”, nel senso che l’affidamento diretto non pare richiedere una modifica strutturale del tipo sociale o una destrutturazione dell’organizzazione corporativa, e ciò in contrapposizione alla concezione pubblicistica proposta dalla contestata giurisprudenza, anche comunitaria.

Resta da capire se in fase di recepimento gli Stati membri rinunceranno ad apportare modifiche, ad eccezione di correzioni marginali ed eventuali specifiche tecniche, forti del pericolo di vanificare altrimenti l’obiettivo di assicurare un più elevato livello di armonizzazione tra le prassi nazionali.

In attesa dell’imminente recepimento anche da parte del nostro ordinamento giuridico, e prescindendo in questa sede dall’*anomalo* contrasto sull’immediata esecutività delle predette Direttive <sup>(41)</sup>, gli elementi di novità introdotti dalle sopravvenienze normative dovrebbero lasciar presagire un declino delle tesi pubblicistiche.

Vi è un dato piuttosto significativo contenuto nell’impianto delle Direttive, dal quale gli Stati non possono in ogni caso prescindere. La società affidataria, anche quando sottoposta a controllo analogo a quello esercitabile dall’amministrazione sui propri servizi, è portatrice di un interesse *altro* e distinto dall’interesse dell’ente pubblico controllante: non altrimenti può interpretarsi il disposto delle Direttive in forza del quale ci si limita a richiedere che la persona giuridica controllata *non persegue interessi contrari* a quelli dell’amministrazione controllante.

Il riconoscimento di un interesse concettualmente altro rispetto a quello dell’ente pubblico segna la cifra di una indefettibile autonomia della società di autoproduzione, si coniuga con l’astratta compatibilità di una partecipazione del socio privato al sodalizio societario e ne riafferma fuori da qualsiasi dubbio la natura privatistica.

Il carattere privatistico della relazione sottesa al fenomeno dell’*in house* non solo dovrebbe consentire di sedare i dubbi sulla compatibilità dell’istituto pubblicistico con le regole societarie, ma possiede anche il pregio di intercettare le direttrici generali della normativa domestica dedicata alle società partecipate.

È fuori discussione che le società partecipate da soggetti pubblici, anche quando preposte all’esercizio di una funzione di rilevanza pubblica, mantengano la natura di

---

<sup>(41)</sup> Il Consiglio di Stato, con parere del 30 gennaio 2015, n. 298, n. 298/2015, ha ritenuto immediatamente applicabili queste Direttive nel nostro ordinamento giuridico; lo stesso organo, invece, con sentenza del 26 maggio 2015, n. 2660, ha escluso che le Direttive – in mancanza del preventivo spirare del termine massima fissato per il recepimento – sia immediatamente esecutive.

persone giuridiche di diritto privato e sono pertanto sottoposte alla normativa propria del tipo sociale <sup>(42)</sup>.

Il principio è stato di recente ribadito da una legge dello Stato, quando all'art. 3, comma 13, del d. l. 135/12, conv. in legge n. 135/12, si stabilisce che “Le disposizioni del presente articolo e le altre disposizioni, anche di carattere speciale, in materia di società a totale o parziale partecipazione pubblica si interpretano nel senso che, per quanto non diversamente stabilito e salvo deroghe espresse, si applica comunque la disciplina del codice civile in materia di società di capitali” <sup>(43)</sup>.

La neutralità del paradigma societario quale modello organizzativo per lo svolgimento di attività <sup>(44)</sup> tollera la presenza di una partecipazione pubblica, o meglio permette che le specifiche esigenze connesse all'investimento del soggetto pubblico possano avere una rilevanza sul piano del funzionamento dell'organizzazione societaria. Ma quando ciò avviene, e nei limitati frangenti in cui la normativa di diritto comune dà rilevanza all'interesse particolare del socio pubblico, resta incontestata una distinta considerazione e concezione dell'interesse sociale <sup>(45)</sup>.

Basta considerare la normativa sulla nomina alle cariche sociali ai sensi dell'art. 2449 c.c., uno dei rari casi in cui è ancora previsto un potere *lato sensu* autoritativo nel corpo del diritto societario <sup>(46)</sup>. La norma prevede espressamente che gli amministratori ed i sindaci nominati dagli enti pubblici *hanno i diritti e gli obblighi dei membri nominati dall'assemblea* e, secondo un radicato orientamento interpretativo, possono essere revocati anche dalla società per giusta causa <sup>(47)</sup>.

---

<sup>(42)</sup> A. BASSI, *Azionariato pubblico e procedure concorsuali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1969, p. 986 ss.; F. GALGANO, *Commento all'art. 1*, in *Commentario Scialoja-Branca. Legge fallimentare*, a cura di Bricola, Galgano, Santini, Bologna-Roma, 1974, p. 90; RAGUSA MAGGIORE, *Il fallimento. Il presupposto soggettivo*, in *Le procedure concorsuali. Il fallimento. Trattato*, diretto da Ragusa Maggiore, Costa, I, Torino, 1997, p. 217; G. GIANNELLI, *Impresa pubblica e privata nella legge antitrust*, Milano, 2000, p. 195 s. Di recente, F. FIMMANO, *La società pubblica, anche se in house, non è un ente pubblico ma un imprenditore commerciale e quindi è soggetta a fallimento*, in *Fallimento*, 2013, p. 1297 s.; RORDORF, *Le Società “pubbliche” nel codice civile*, in *Società*, 2005, p. 423.

<sup>(43)</sup> Cfr. Cass. civ., sez. un., 23 gennaio 2015, “In tema di società per azioni partecipata da ente locale, ove l'amministratore nominato dal socio pubblico ne impugni l'atto di revoca, la controversia appartiene alla giurisdizione ordinaria e non alla giurisdizione amministrativa, trattandosi di atto “jure privatorum” e non “jure imperii”, alla luce della clausola ermeneutica generale ex art. 4, comma 13, del d.l. n. 95 del 2012, conv. in legge n. 135 del 2012”.

<sup>(44)</sup> Su cui vedi il fondamentale contributo di G. SANTINI, *Il tramonto dello scopo lucrativo*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, I, p. 162 ss.; per le contiguità con i principi introdotti dalla riforma del diritto societario, C. ANGELICI C., *La società per azioni. Principi e problemi*, I, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger, Milano, 2012.

<sup>(45)</sup> Cfr. C. ANGELICI, *In tema di socio pubblico*, in *Riv. dir. comm.*, 2015, II, p. 177 ss.

<sup>(46)</sup> Sia consentito il rinvio al mio *Privatizzazione dei diritti speciali di controllo dello Stato e dell'ente pubblico nelle s.p.a.: il nuovo art. 2449 c.c.*, in *Riv. soc.*, 2009, p. 956 ss.

<sup>(47)</sup> Sul punto, di recente, vedi A. BLANDINI, *Della nomina e della cessazione dell'organo amministrativo di società pubblica*, in *Riv. dir. soc.*, 2014, p. 419 ss.; G. CAVALLARO, *Società*

Segno, evidentemente, della rilevanza dell'interesse particolare del socio pubblico, ma anche della sua *cedevolezza* rispetto agli interessi tipicamente connessi al corretto funzionamento dell'organizzazione societaria, analogamente a quanto convenuto dall'art. 2497 c.c., in forza del quale l'eventuale eterodirezione esercitata dall'ente pubblico deve in ogni caso sottostare al rispetto dell'interesse alla conservazione del patrimonio sociale e di quello al mantenimento del valore delle partecipazioni sociali <sup>(48)</sup>.

### **§ 10.1. Interesse delle società nell'ipotesi di creazione di uno statuto normativo differenziato.**

Non è da escludere che il legislatore nazionale possa anche andare oltre, non limitarsi al compito minimale di recepire le Direttive, ed introdurre una disciplina organica per le società destinate a funzionare da mero veicolo per l'espletamento di appalti e concessioni pubblici.

In questo modo, naturalmente, l'*in house* entrerebbe a far parte a pieno titolo del variegato universo delle società speciali, soggiacendo ad uno statuto differenziato ed astrattamente incompatibile con quello societario, ma non per effetto di avventate opzioni interpretative della dottrina o della giurisprudenza, ma in omaggio ad una scelta (se del caso discutibile sotto il profilo dell'opportunità) del legislatore.

Per quanto la prospettiva esuli dagli obiettivi di questa ricerca, piace osservare che non si potrebbe in ogni caso cancellare il riconoscimento di un autonomo interesse in capo alla persona giuridica, ancorché sottoposta al controllo analogo, ovvero il riconoscimento di una seppur minima ed indefettibile autonomia, sia concettuale sia operativa.

Dopotutto, dovrebbe valere per le società di diritto singolare un regime non tanto diverso, e comunque non deteriore, rispetto a quello apprestato per gli organismi di diritto pubblico deputati allo svolgimento di attività economiche, tra i quali le Aziende speciali o le Istituzioni. In entrambi i casi, benché ne sia incontrovertita la qualifica di enti pubblici, perché inseriti a pieno titolo nel perimetro dell'azione della pubblica amministrazione, per essi la legge riconosce espressamente una

---

*partecipata da enti pubblici ex art. 2449 cod. civ.: revoca degli amministratori ed insussistenza della giusta causa per mancanza del rapporto fiduciario*, in *Dir. Fall.*, 2015, p. 398 ss.

<sup>(48)</sup> Sul presupposto (condiviso tra gli altri da C. ANGELICI, *In tema*, p. 179) che, nonostante la legge d'interpretazione autentica (art. 19, comma sesto, 6, d. l. 1 luglio 2009, n. 78, conv. in legge 2 agosto 2009, n. 102) residua uno spazio per applicare l'art. 2497 c.c. all'eterodirezione esercitata da enti pubblici che detengono partecipazione sociale nell'ambito della propria attività imprenditoriale ovvero per finalità di natura economica o finanziaria.

distinta soggettività <sup>(49)</sup> e, per l'effetto, un'autonomia patrimoniale, gestionale e finanche contabile (artt. 113 e 114 tuel) <sup>(50)</sup>.

Segno, evidentemente, che anche se le società di autoproduzione venissero legislativamente concepite alla stregua di enti di diritto singolare, il collegamento con l'amministrazione aggiudicatrice non sarebbe in ogni caso riducibile al teorema concettuale della confusione soggettiva e della relazione su base meramente interorganica.

---

<sup>(49)</sup> E vedi, tra l'altro, Cons. Stato, sez. V, ord. 22 aprile 2004, n. 2316.

<sup>(50)</sup> Sul tema, Cfr. F. BASSI, *Natura giuridica dell'azienda municipalizzata*, Milano, 1967; M.S. GIANNINI, *Profili giuridici della municipalizzazione con particolare riguardo alle aziende*, in *Riv. amm.*, 1953, I, p. 611 e 681.