

In house providing orizzontale: modello teorico e prospettive applicative

di Francesco FOGGIA

Alla ricerca della definizione di un nuovo modello, seguendo le linee tracciate dalla giurisprudenza nazionale e comunitaria (C.G.U.E., Sez. V, 8 maggio 2014, n. C-15/13; Cons. Stato, Sez. VI, 8 maggio 2014, n. 2362).

In data 8 maggio 2014, sia la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sia il Consiglio di Stato hanno avuto modo di pronunciarsi in ordine alla legittimità di affidamenti diretti, senza gara, disposti da amministrazioni aggiudicatrici in favore di società in house non direttamente controllate dall'affidante, bensì dallo stesso ente pubblico che esercita un controllo sull'amministrazione aggiudicatrice: nasce la teorizzazione di un modello, denominato "in house orizzontale", i cui attori, che possiamo definire società B e C, sono legate da un rapporto di affidamento diretto di un servizio pubblico, per volontà dell'ente A, la quale ultima esercita un controllo diretto e secondo i canoni dell'in house tradizionale sia su B che su C. Il presente contributo tenta di rintracciare le condizioni in presenza delle quali può provarsi ad ammettere l'esistenza di tale forma di eccezione alle regole degli affidamenti tramite gara.

SOMMARIO: 1.- I caratteri del modello dell'*in house* tra Corte di Giustizia dell'Unione Europea e giurisprudenza nazionale; 2.- Il requisito del controllo analogo e modelli particolari di controllo; 3.- Il modello teorico dell'*in house* orizzontale nelle sentenze della C.G.U.E. e del Consiglio di Stato dell'8 maggio 2014; 4.- Alla ricerca di modelli applicativi di *in house* orizzontale.

1.- I caratteri del modello dell'*in house* tra Corte di Giustizia dell'Unione Europea e giurisprudenza nazionale.

Nell'era della revisione di spesa e dei patti di stabilità, ove il principio della libera concorrenza, presentato come valore cardine di un'economia democraticamente orientata, si riscopre perfettamente funzionale rispetto all'obiettivo dell'erogazione di servizi secondo logiche di perseguimento dell'ottimo economico, la primaria funzione dell'amministrazione¹, quale quella di erogare servizi pubblici, sembra rappresentare un onere spesso eccessivamente gravoso per le provate finanze locali, con il risultato che la scelta ottimale dei metodi di organizzazione degli stessi può divenire una condizione necessaria per la sopravvivenza dell'ente stesso. Proprio, allora, la necessità di organizzazione ottimale dei servizi pubblici destinati alla collettività, porta alla maturazione di un'ottica aziendalistica che distingue tra servizi pubblici a rilevanza economica e servizi pubblici che si presentano, per caratteristiche organizzative, scevri di rilevanza in tal senso²: la distinzione in que-

stione è funzionale, nondimeno, a valutare l'impatto del servizio pubblico sugli assetti della concorrenza e del mercato, con esiti importanti in tema di scelte di *sourcing*. In tal senso, allora, qualora l'amministrazione locale non abbia la possibilità di organizzare ed erogare il servizio pubblico tramite l'organizzazione dei propri stessi uffici e servizi, deve rivolgersi, in ossequio alle disposizioni comunitarie, preferibilmente al mercato, selezionando l'affidatario del servizio mediante gara pubblica tra gli operatori privati, secondo criteri orientati al perseguimento dell'ottimo economico; rimanendo, tuttavia, libera di effettuare scelte che consentano all'ente, comunque, di rimanere attore, accanto al privato, nelle scelte organizzative dei servizi (secondo il modello del partenariato pubblico-privato istituzionalizzato), purché concorrendo all'affidamento in condizioni di parità con gli altri operatori economici; ovvero, ancora, preferendo l'*insourcing* e decidendo, negli spazi e alle condizioni a cui è ammesso dalla normativa comunitaria, di rimanere protagonista esclusiva nelle scelte di gestione del servizio, organizzando lo stesso a mezzo di società totalmente pubbliche sulle quali l'ente riesce ad esercitare un controllo analogo a quello esercitato sulle attività interne.

È da precisare che il ricorso a tale ultima forma di gestione, costituente, appunto, quella di tipo domestico (o *in house*) costituisce una possibilità, in Italia, maggiormente favorita, a seguito dell'esito referendario favorevole all'abrogazione dell'art. 23-bis D.L. n. 112/2008, che confinava l'ipotesi del ricorso all'*in house* a circostanze del tutto eccezionali in cui ricorressero "situazio-

¹ Si ricorda come, nel primo Novecento si avvertiva nel nostro Paese la necessità che i Consorzi Politici (Comuni, Province, Stato) passassero, da organismi di amministrazione, come erano tradizionalmente intesi, ad essere organismi di gestione dei servizi, al fine di istituire, migliorare e ridurre il prezzo di quelle che erano definite "utilità collettive", così da rendersi produttori ed erogatori di pubblici servizi per "...ragioni di ordine morale, come ad esempio garantire la qualità..., ridurre il prezzo di prodotti indispensabili, provvedere ad una prestazione più accurata e più regolare:.... funzione sociale e non ultima causa del progresso civile" (LAGHI A., "Aziende Municipalizzate", Vallardi, 1919).

² Deve specificarsi che la distinzione tra servizi pubblici a rilevanza economica e non, dipende non tanto da caratteri intrinseci, connessi alla tipologia di servizio erogato, bensì dalle finalità e dai moduli organizzativi che lo stesso ente locale decide di seguire e che ritiene più consoni al soddisfacimento dei bisogni della comunità di

riferimento. Come ritenuto anche da recente giurisprudenza amministrativa "... per qualificare un servizio pubblico come avente rilevanza economica o meno si deve prendere in considerazione non solo la tipologia o caratteristica merceologica del servizio (vi sono attività meramente erogative come l'assistenza agli indigenti), ma anche la soluzione organizzativa che l'ente locale, quando può scegliere, sente più appropriata per rispondere alle esigenze dei cittadini (ad esempio servizi della cultura e del tempo libero da erogare a seconda della scelta dell'ente pubblico con o senza copertura dei costi)" (Cons. Stato, Sez. V, 23 ottobre 2012, n. 5409), cosicché "La scelta delle modalità di erogazione e del regime giuridico, al quale le varie attività sono sottoposte, dipende, in definitiva, più da valutazioni politiche che dai caratteri intrinseci dei servizi" (Cons. Stato, Sez. V, 10 settembre 2010, n. 6529)

ni eccezionali che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento non permettono un'efficace ed utile ricorso al mercato³. Il modello dell'*in house*, in effetti, è stato riconosciuto ben compatibile con il sistema europeo dei principi inerenti la gestione dei servizi pubblici e dell'affidamento della concorrenza: la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 24 del 2011, aveva già riconosciuto come la legislazione europea, per quanto avesse caro il principio della liberalizzazione dei servizi pubblici, non aveva mai negato il potere delle amministrazioni pubbliche di autoprodurre servizi, beni e lavori, ricorrendo anche ad organismi interni⁴. Il sistema italiano delineato dall'art. 23-bis D.L. n. 112/08, invero, si presentava come maggiormente protezionistico del valore della concorrenza rispetto al sistema comunitario, impedendo o, comunque, fortemente ostacolando, il ricorso da parte degli enti pubblici a soluzioni di gestione domestica dei servizi.

Tuttavia, per quanto, come si è appena detto, il ricorso al modello della gestione *in house* abbia ricevuto un indubbio incentivo dall'esito referendario del 2011, non bisogna trascurare di considerare lo stesso, comunque, come un modello eccezionale, in quanto specifiche norme comunitarie positive disincentivano prassi orientate alla fuga dal libero mercato: infatti, l'art. 106 co. 2 TFUE impone a tutte "le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale" di essere "sottoposte alle norme dei trattati e, in particolare, alle regole di concorrenza"; così come l'art. 245 TFUE impedisce alle pubbliche amministrazioni di esercitare attività di impresa secondo moduli e trattamenti agevolativi rispetto alle imprese private.

Proprio in ragione dei citati obblighi comunitari, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea si è impegnata nel tracciare i confini della possibilità al ricorso dell'affidamento diretto, così, di conseguenza, definendo i limiti del ricorso all'*in house providing* da parte degli enti pubblici: i limiti in questione sono vincolanti anche nell'ordinamento interno, particolarmente a seguito del citato esito referendario, che ha lasciato al diritto euro-

peo il ruolo di completare le lacune normative evidenziatesi, sul punto, nell'ordinamento interno.

Può dirsi che il modello dell'*in house providing* si riferisce, così, a quelle situazioni in cui la società affidataria si riduce ad essere una *longa manus* dell'amministrazione pubblica, priva di qualunque autonomia gestionale ed organizzativa: cosicché l'affidamento diretto a detta società non rappresenta propriamente un'occasione di eccezionale fuga dal mercato, in quanto si sostanzia in un modulo organizzativo alternativo solo nella forma, ma non nella sostanza, alla gestione del servizio interna all'ente pubblico.

Requisito indefettibile, allora, perché possa correttamente parlarsi di *in house providing* è, innanzitutto, che l'affidatario sia una società a capitale totalmente pubblico⁵; in tal senso, restano fuori dal perimetro dell'*in house*, tutte quelle realtà societarie che presentano una partecipazione mista al capitale, sia pubblica, sia privata, per le quali l'affidamento del servizio avviene solo a seguito di una formale gara che si svolge secondo le forme del Codice degli appalti⁶: la norma in questione mira, evidentemente, ad evitare posizione di indebito vantaggio da parte di soggetti privati che potrebbero indebitamente sfruttare, per falsare agevolmente il gioco della concorrenza, la posizione privilegiata derivante dalla stabile presenza, in seno all'organismo societario, del socio pubblico. La partecipazione pubblica totalitaria al capitale societario è ritenuta, infatti, requisito indefettibile perché possa essere garantita quella situazione di dipendenza organica che normalmente si realizza nella organizzazione burocratica di una pubblica amministrazione⁷; qualunque forma di partecipazione, dunque, anche minima al capitale sociale della società pubblica da parte di un soggetto privato esclude l'applicabilità del modello *in house* e determina l'applicazione delle norme, appena più sopra citate, in tema di società miste. In tal senso, la giurisprudenza interna è anche più rigorosa di quella comunitaria, impedendo che la partecipazione privata al capitale sociale possa intervenire anche in un momento successivo all'affidamento del servizio⁸.

³ L'art. 23-bis del D.L. 112/08, aveva riformato l'art. 113 c. 5 T.U. Enti Locali, nel senso da determinare la valorizzazione dei modelli di partenariato pubblico-privato a scapito delle gestioni *in house*, trattate come forme di affidamento assolutamente residuali: infatti, in tali ipotesi, l'ente pubblico aveva l'onere di dimostrare puntualmente l'inopportunità di scegliere il contraente attraverso le forme dei contratti ad evidenza pubblica, nonché sottoponendo la propria decisione anche alla valutazione dell'Antitrust nel caso in cui il valore economico del servizio fosse superiore ad euro 200.000. Le previsioni di cui al citato articolo di legge erano seguite dal Regolamento di attuazione, previsto dalla norma stessa ed espressosi nel D.P.R. n. 168/2010, che precisava la disciplina delle modalità di gestione indiretta dei servizi. L'esposto nucleo di disposizioni è stato completamente abrogato, poi, dal referendum del giugno 2011, il cui esito ha determinato l'abrogazione del citato art. 23-bis e, conseguentemente, del D.P.R. n. 168/10 che dallo stesso traeva legittimazione.

⁴ I principi in tal senso sono ben enunciati nella pronuncia della Corte di Giustizia UE, 11 gennaio 2005, C-26/03, *Stadt Halle*; si rinvia, sul punto, anche a quanto affermato dalla giurisprudenza nazionale, che, anche di recente, ben osservava come "non si vede per quali motivi un ente locale debba rintracciare un'esplicita norma positiva per poter fornire direttamente ai propri cittadini un servizio tipicamente appartenente al novero di quelli per cui esso viene istituito" (Consiglio di Stato Sez. V, 26 gennaio 2011, n. 552).

⁵ Il principio è categoricamente affermato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con sentenza 3 marzo 2008, n. 1.

⁶ Più esattamente per le ipotesi di partenariato pubblico-privato istituzionalizzato, nella forma più nota all'esperienza italiana delle società miste, la procedura diretta all'affidamento del servizio avviene secondo il particolare modulo della cd. *gara a doppio oggetto*, con la quale l'amministrazione pubblica sceglie, utilizzando le procedure di evidenza pubblica, il *partner* privato della gestione, affidando poi direttamente, alla società così formata, lo svolgimento del servizio pubblico. Il sistema della cd. *gara a doppio oggetto* ha trovato un espresso *placet* comunitario nella pronuncia della Corte di Giustizia, Sez. III, in sentenza C-196/08, che ha ritenuto tale forma di gara compatibile con il diritto comunitario.

⁷ Il principio è affermato dalle decisioni della Corte di Giustizia UE 11 gennaio 2005, C-26/03, *Stadt Halle* e 21 luglio 2005, C-231/03, *Consorzio CONAME*; in tal senso, in dottrina, cfr. DE NICTOLIS R. – CAMERIERO L., *Le società pubbliche in house e miste*, Giuffrè, 2008, pag. 139.

⁸ Cfr. Cons. Stato, sez. V, 3 febbraio 2009, n. 591, nella quale a chiare lettere si afferma che "Se nel corso della durata di un rapporto di concessione sorto per affidamento diretto muta la compagnia sociale dell'affidatario che era totalmente in mano pubblica (con l'ingresso anche minoritario di privati) ciò comporta vulnerazione dei principi sanciti dal Trattato in materia di concorrenza. Se ne ricava che, oltre a dover sussistere nel momento genetico del rapporto, la proprietà pubblica della totalità del capitale sociale non solo deve permanere per tutta la durata del rapporto ma deve an-

Laddove è richiesta la partecipazione pubblica totalitaria al capitale sociale della società affidataria diretta del servizio, è naturale che la giurisprudenza comunitaria si sia preoccupata di precisare che tale tipo di società pubblica debba rivolgersi, nell'esercizio della propria attività di impresa, in modo preponderante a beneficio degli enti pubblici da cui è partecipata: diversamente, si sarebbero generati soggetti pubblici in grado di imporsi sul mercato dei servizi pubblici in condizioni maggiormente avvantaggiate rispetto ad altri operatori economici. A tal proposito, la Corte di Giustizia UE precisava, sin dalla prima pronuncia formulata in argomento di *in house*, che i casi di affidamento di servizi, lavori e forniture al di fuori delle regole comunitarie in tema di gare pubbliche, si realizzassero solo laddove l'ente pubblico esercita sulla società affidataria un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e laddove "questa persona realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che la controllano"⁹.

Ai fini del presente lavoro, giova tuttavia concentrarsi maggiormente su quello che è ritenuto essere, spesso, il più importante dei requisiti riferibili alle società *in house*, quale quello del cd. controllo analogo.

2.- Il requisito del controllo analogo e modelli particolari di controllo.

L'istituto dell'*in house* si caratterizza, come si è detto, per il fatto di rappresentare un modello organizzativo del servizio pubblico adottato da una pubblica amministrazione che, in questo modo, conserva la capacità di gestire lo stesso tramite il controllo di una società strumentale all'uopo costituita. Se, dunque, dal punto di vista formale, l'affidamento ad una società *in house* si presenta come un modello diverso dalla gestione tradizionale interna del servizio, in cui la responsabilità per le scelte gestionali ricade direttamente sugli uffici che compongono l'ente, tuttavia, da un punto di vista sostanziale, la gestione *in house* è paragonabile a quella della gestione interna, in quanto la società pubblica che eroga il servizio è definibile nient'altro come una *longa manus* dell'ente pubblico.

Per fare in modo che il descritto vincolo di strumentalità sia effettivo, è evidente che requisito fondamentale della gestione domestica debba consistere nel fatto che l'ente pubblico eserciti sulla società *in house* un controllo gestionale analogo a quello che può esercitare sui propri uffici interni; diversamente, è evidente che la so-

cietà pubblica si trasformerebbe in un soggetto autonomo e distinto dall'ente pubblico che la partecipa. Peraltro, se da un punto di vista concettuale è semplice e consequenziale la previsione di un controllo analogo da parte dell'ente pubblico, tuttavia risulta più difficile definire lo stesso, calandosi all'interno della realtà societaria che caratterizza la società pubblica *in house*, in quanto, evidentemente, la stessa sarà organizzata, anche strutturalmente, secondo modelli aziendalistici che tradizionalmente richiedono ampi poteri ed autonomia degli amministratori. Si rappresenta, dunque, il problema consistente nell'assicurare alla società domestica la dignità di soggetto giuridico, formalmente autonomo e separato rispetto all'ente pubblico, concedendo spazio ad inevitabili logiche manageriali; dall'altro, invece, è imprescindibile l'esercizio di un ampio potere di intervento da parte dell'ente pubblico nella gestione societaria, senza il quale la società *in house* sarebbe portata a gestire la propria attività secondo logiche che più nulla avrebbero a che fare con il perseguimento del bene comune¹⁰.

Peraltro, a dirimere il problema dell'intensità del controllo e del bilanciamento degli opposti enunciati interessi, non soccorrono definizioni univoche enunciate dalla giurisprudenza comunitaria, in seno alla quale sembra non aver mai trovato luogo, se non in modo tangente, il problema in ordine all'intensità del controllo che deve sussistere la l'amministrazione e l'impresa controllata. Sul punto, si deve considerare che gran parte delle pronunce della Corte di giustizia UE che si sono impegnate a definire il concetto di *controllo analogo*, lo hanno fatto in senso negativo, precisando, cioè, ciò che *non* è sufficiente a definire come *analogo* il controllo esercitato: in tal senso, è stato chiarito che per esserci controllo analogo, il capitale della società *in house* deve essere posseduto totalmente da enti pubblici, che la sede non può trovarsi al di fuori del territorio italiano, che la società *in house* non possa essere una *multiutility*¹¹. Volgendo lo sguardo, invece, alla giurisprudenza interna, il problema dell'intensità del *controllo analogo* è stato spesso risolto ritenendo lo stesso sussistente ogniqualevolta si accerti l'esistenza di uno stringente controllo gestionale e finanziario dell'ente pubblico sulla società partecipata, tale che il soggetto partecipato si configura come un'entità distinta solo formalmente dall'Amministrazione, ma che in concreto costituisce parte integrante della stessa¹²: si riconosce, evidentemente, nella giurisprudenza amministrativa italiana, la principale preoccupazione di limitare il fenomeno defini-

che essere garantita da appositi e stabili strumenti giuridici, quali il divieto di cedibilità delle azioni posto ad opera dello statuto"; di contro, la Corte di Giustizia UE, Sez. II, 17 luglio 2008, C-371/05, afferma che la partecipazione minoritaria al capitale societario di due organismi privati non esclude la possibilità dell'affidamento diretto, qualora siano soddisfatti, nella sostanza, gli altri requisiti tipici dell'*in house*, primo tra tutti quello del controllo analogo.

⁹ Il riferimento è a Corte di Giustizia UE, 18 novembre 1999, C-107/98, *Teckal*. Più complesso è definire il concetto della *prevalenza* rispetto al destinatario dei servizi offerti dalla società pubblica: ad ogni buon conto, dalla giurisprudenza comunitaria formatasi sul punto, sembra che il requisito della *prevalenza* costituisca un criterio interpretativo che deve tenere in considerazione, caso per caso, sia di elementi quantitativi che qualitativi. Sul punto, si ricorda anche la sentenza della Corte costituzionale n. 439 del 23 dicembre 2008, che tacciava di incostituzionalità la legge provinciale di Bolzano n. 12/2007, per il riferirsi la stessa unicamente a parametri quantitativi e non anche qualitativi, per individuare l'attività "prevalentemente dedicata".

¹⁰ La problematica evidenziata è analizzata, tra gli altri, da MONZANI S., *Controllo analogo e governante societaria*, Giuffrè, 2009.

¹¹ Rileva il problema definitorio della nozione di *controllo analogo*, tra gli altri, DE NICTOLIS R. - CAMERIERO L., *Le società pubbliche*, cit., p. 148.

¹² In tal senso, si rinvia a Tar Lazio – Roma, Sez. II-ter, 13 giugno 2007, n. 5408, che definisce come "Il controllo analogo a quello esercitato sui servizi dell'ente affidante deve, quindi, essere configurato in termini diversi e più intensi rispetto ai consueti controlli societari, quale attività di controllo (che non può che avere una natura amministrativa forte) che si traduce in un potere di direzione, coordinamento e supervisione dell'attività, che deve essere riferito a tutti gli atti di gestione ordinaria e straordinaria, in quanto strettamente correlato al perseguimento di pubblici interessi e implicante una ineluttabile ingerenza dell'Ente pubblico nella concreta gestione della società e del servizio affidato"; in senso assolutamente analogo, si esprimeva già Cons. Stato, Sez. IV, 25 gennaio 2005, n. 168.

to come *capitalismo municipale*¹³, nel senso di richiedere un controllo dell'ente pubblico particolarmente ingenerante sulle scelte societarie, tale se non da soffocare, quantomeno da limitare in modo consistente l'autonomia manageriale degli amministratori della società partecipata¹⁴.

Rispetto alla riferita posizione della giurisprudenza interna, può dirsi, dunque, che in ambito comunitario è richiesto un controllo tra amministrazione e partecipata non così stringente, evidentemente essendo la giurisprudenza europea più preoccupata a rispettare l'autonomia soggettiva che comunque spetta alla società *in house*, la quale, per quanto *longa manus* dell'amministrazione pubblica, è pur sempre organizzata secondo modelli societari¹⁵: in tale contesto, è stato rilevato come la pretesa di un'ingerenza eccessivamente penetrante dell'amministrazione pubblica nella vita della società partecipata, determinerebbe l'inutilizzabilità dei tradizionali modelli societari della società a responsabilità limitata o della società per azioni, dato che le stesse sarebbero pressoché svuotate nella loro essenza¹⁶.

Una soluzione convincente sembra, dunque, quella tesa a ricercare il giusto punto di equilibrio delle opposte esigenze in confronto, nella interpretazione letterale del termine *controllo analogo*, laddove è stato notato che il controllo richiesto all'ente pubblico sulla società partecipata deve essere "equivalente a quello che la medesima autorità esercita sui propri servizi, ma non identico ad esso in ogni elemento"¹⁷: una soluzione di tal fatta, benché certamente convincente e adeguata, non risolve in modo definitivo, come è evidente, il problema, lasciando all'interprete la soluzione del caso concreto e, dunque, di definire se in una determinata fattispecie il controllo esercitato dall'ente pubblico possa dirsi *equivalente*, quand'anche non *identico*.

Non è casuale, dunque, il dato che siano elaborate dalla giurisprudenza interna e comunitaria una serie di in-

dici sintomatici per la valutazione della sussistenza del controllo analogo; in tal senso, possono considerarsi rilevanti, ad esempio: a) la sussistenza di una previsione statutaria che impedisce l'alienazione di una quota del capitale sociale, anche minoritaria, in favore di soggetti privati¹⁸; b) assenza più o meno assoluta di poteri gestionali in capo al consiglio di amministrazione della società partecipata, cui deve corrispondere la possibilità per l'ente pubblico controllante di esercitare poteri maggiori rispetto a quelli che il diritto societario riconosce normalmente alla maggioranza sociale¹⁹; c) l'assenza, nell'impresa partecipata, di una vocazione commerciale che rende precario il controllo dell'ente pubblico e che risulterebbe, tra l'altro: dall'ampliamento dell'oggetto sociale; dall'apertura obbligatoria della società, a breve termine, ad altri capitali; dall'espansione territoriale dell'attività della società a tutta l'Italia e all'estero²⁰; d) la necessità che le decisioni più importanti debbano essere sottoposte al vaglio preventivo dell'ente affidante²¹.

La questione definitoria non esaurisce, per vero, l'ambito di problematicità dell'istituto del controllo analogo, essendosi presentate, nella prassi, forme particolari di controllo analogo che hanno richiesto uno sforzo interpretativo ulteriore, al fine di valutare la ricorrenza, nelle determinate ipotesi, degli elementi idonei a giustificare l'eccezione *in house*.

Una delle forme più ricorrenti di controllo analogo, che devia dal paradigma "scolastico", consiste nel caso in cui la società domestica sia partecipata da una pluralità di soci pubblici, così imponendosi il problema di definire se, in tali ipotesi, il controllo analogo debba essere esercitato con gli stessi modi e con la stessa intensità da tutti i *partner* pubblici, ovvero se possa intendersi che sia sufficiente la presenza di forme alternative di controllo affidate, ad esempio, ad un organo collegiale. Anche in questo caso si sono preferite soluzioni fondate sull'analisi del caso concreto, non essendo possibile definire un modello unico di controllo in tali fattispecie particolari: ciò che è certo è che non si possa pretendere un controllo, per così dire, frantumato per quanti sono i soci pubblici che partecipano alla società *in house*: in senso contrario, si giungerebbe a scoraggiare forme di cooperazione tra enti pubblici finalizzate alla creazione di società domestiche in grado di soddisfare la gestione di servizi pubblici di più enti. La giurisprudenza interna si è, allora, orientata nel senso da ritenere sufficiente, per i casi di che trattasi, la presenza di un organo collegiale di controllo, formato da tutti gli enti che partecipano alla società affidataria²²; ciò purché, nel concreto, le modalità organizzative consentano un con-

¹³ L'espressione è di BORTOLOTTI B., PELLIZZOLA L., SCARPA C., *Il Comune azionista: un'analisi empirica del capitalismo municipale in Italia*, in *Merc. Conc. Reg.*, 2007, p. 535 ss.

¹⁴ Di recente, il Consiglio di Stato ha teorizzato che il controllo che deve legare l'ente pubblico alla società strumentale deve essere di tipo "gerarchico", in quanto "il regime civilistico dei poteri del socio non soddisfa quel parametro di intensità e di cogenza che è invece necessario perché vi sia una vera e propria mortificazione dell'autonomia manageriale, che sola giustifica l'affidamento in house" (Cons. Stato, Sez. V, 13 marzo 2014, n. 1181).

¹⁵ Non mancano opinioni in tal senso espresse anche dalla giurisprudenza amministrativa interna, benché le stesse sembrano segnalarsi come minoritarie. Sul punto, possono citarsi le pronunce del Cons. Stato, Sez. V, 22 dicembre 2005, n. 7345, il quale osservava come "è quindi da escludere, in linea di principio, che il diritto comunitario possa imporre un modulo che riproduca, tra Amministrazione e società affidataria, quella forma di dipendenza che è tipica degli uffici interni all'ente", rifiutando così un'ottica di "subordinazione gerarchica" tra la società partecipata e l'ente pubblico; nonché il Tar Marche, 11 aprile 2007, n. 500, il quale puntualizza che per controllo analogo deve intendersi "ovviamente in modo ben diverso dal vincolo di subordinazione che esiste tra organi ed uffici interni al Comune, essendo altrimenti di per sé inammissibile la stessa possibilità di svolgere i servizi pubblici comunali a rilevanza economica mediante una società di capitali, pur sempre ammessa dall'art. 113 del D.Lgs. n.267/2000".

¹⁶ In tal senso si esprimono le conclusioni dell'Avvocato Generale Juliane Kokott presentate in causa C-458/03, *Parking Brixen*.

¹⁷ In tal senso, Corte di giustizia UE, 13 novembre 2008, C-324/07, *Coditel Brabant*.

¹⁸ Cfr. Cons. Stato, sez. V, 30 agosto 2006, n. 5072.

¹⁹ Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 3 aprile 2007, n. 1514.

²⁰ Cfr. Corte giust. UE, 10 novembre 2005, C-29/04, *Mödling*; 13 ottobre 2005, C-458/03, *Parking Brixen*.

²¹ Cfr. Cons. Stato, sez. V, 8 gennaio 2007, n. 5.

²² Assolutamente esemplificativo, in tal senso, è il caso riportato in Tar Friuli Venezia-Giulia, 15 luglio 2005, n. 634, nel quale il Tribunale amministrativo ritiene integrato il requisito del controllo analogo, avendo rilevato, all'interno della società partecipata, l'esistenza di un organo collegiale di amministrazione formato dai rappresentanti legali, o loro delegati, di tutti gli enti locali partecipanti, ognuno con responsabilità e diritto di voto proporzionali alla quota di partecipazione.

trollo effettivo, e non meramente formale, da parte di tutti gli enti pubblici sulla società partecipata²³.

Parimenti interessante, benché meno ricorrente, è il problema della sussistenza della condizione del controllo analogo nel caso in cui il controllo da parte dell'ente pubblico alla società partecipata avvenga per il tramite di una *holding* a partecipazione pubblica: la questione esposta è stata originariamente trattata dalla giurisprudenza comunitaria, la quale non ha ritenuto soddisfatta la condizione del controllo analogo per il caso oggetto del proprio esame, in cui il Comune italiano di Busto Arsizio aveva affidato, in assenza di gara, alla soc. A-GESP Spa il servizio di manutenzione e riqualificazione termica dei locali comunali, ritenendo che il controllo esercitato dall'amministrazione locale sull'affidataria per il tramite di una *holding* di cui lo stesso Comune era socio di maggioranza, non fosse idoneo a soddisfare i caratteri del controllo richiesto per consentire di ricorrere all'affidamento *in house*²⁴. Tuttavia, nel caso esposto, la Corte di giustizia rilevava come non soddisfatto il requisito del controllo analogo, in ragione del fatto che la società affidataria non fosse a totale partecipazione pubblica. Di qui, la giurisprudenza nazionale ha ritenuto sussistente il carattere del controllo analogo anche nella peculiare forma del controllo indiretto, purché sia la *holding*, sia la società affidataria siano a partecipazione pubblica o a prevalente partecipazione pubblica per mezzo dell'ente pubblico che affida il servizio²⁵. Il modello, per quanto allo stato poco diffuso, dischiude scenari futuri di indubbio interesse, in cui un'amministrazione, per il tramite di una *holding* totalmente pubblica, arrivi a controllare una serie di società a prevalente partecipazione pubblica, cui affidare direttamente i servizi e gli altri contratti in assenza di gara.

3.- Il modello teorico dell'*in house* orizzontale nelle sentenze della C.G.U.E. e del Consiglio di Stato dell'8 maggio 2014.

Accanto alle ipotesi descritte, si affaccia recentemente nel composito panorama dell'*in house* e nella definizione dell'istituto stesso, il caso in cui il controllo non sia esercitato, come tradizionalmente avviene, dalla società affidataria sulla società strumentale, bensì da un'amministrazione terza che controlli, ad un tempo, sia la concessionaria del servizio pubblico sia la società strumentale, affidataria del servizio. È evidente come il modello ad ora proposto si ponga come alternativo anche rispetto alla relazione che intercorre tra l'affidante e

l'affidataria, che non si struttura più in senso *verticale*, come tradizionalmente accade, ma in senso *orizzontale*, in quanto entrambi gli organismi sono controllati da un ente pubblico terzo, estraneo al rapporto di affidamento del servizio.

Della possibilità di configurare l'istituto in questione si sono occupate di recente, parallelamente, sia la Corte di Giustizia europea sia il Consiglio di Stato, entrambe concludendo i giudizi con deposito della sentenza in data 8 maggio 2014: ciò che le due pronunce hanno in comune è che in entrambe possono considerarsi definiti i caratteri che dovrebbe presentare una relazione di *in house* orizzontale e che entrambe le pronunce hanno ritenuto non sussistente, nel concreto dei rispettivi casi esaminati, la relazione di controllo analogo richiesto per l'affidamento diretto del servizio. Una preliminare ricostruzione di entrambe le citate pronunce è certamente d'ausilio al migliore sviluppo della presente analisi.

La Sezione V della Corte di giustizia dell'Unione Europea, in particolare, con la sentenza dell'8 maggio 2014, pronunciata in causa n. C-15/13, era stata chiamata a pronunciarsi, in via pregiudiziale dal giudice tedesco, in ordine alla compatibilità con il diritto comunitario dell'affidamento diretto operato dall'Università pubblica di Amburgo alla società pubblica HIS GmbH per la fornitura di un sistema di gestione informatica per l'istruzione superiore. Nel caso citato la HIS non è società strumentale dell'Università di Amburgo, bensì è una società a responsabilità limitata interamente a capitale pubblico, partecipata per un terzo dallo Stato federale di Germania e per due terzi da tutti i sedici Länder tedeschi, cosicché non può dirsi esistente alcuna forma di controllo diretto sussistente tra l'Università e la HIS; tuttavia, nel caso di specie l'affidamento diretto era ritenuto praticabile sia sulla scorta del fatto che sia l'Università di Amburgo, sia la soc. HIS fossero controllate, in parte e nei limiti che di seguito saranno meglio specificati, dalla Città di Amburgo, nonché in considerazione del fatto che la soc. HIS ha oggetto sociale esclusivo, consistente nel fornire supporti tecnici di ausilio agli istituti di istruzione superiore pubblici tedeschi.

La pronuncia è di indubbio interesse in quanto la ricorrenza di un modello di controllo non diretto tra affidante e affidataria non è stato ritenuto categoricamente ostativo, da parte della Corte di giustizia, all'applicazione dell'affidamento *in house*; se, infatti, ai punti 28 – 29 della parte motiva della pronuncia, la Corte sembra escludere che il modello *in house* possa presentarsi in forme diverse da quello verticale²⁶, basta continuare la lettura nei successivi snodi argomentativi per ben comprendere come, nel caso sottoposto al suo giudizio, il giudice europeo ritiene insussistente i presupposti giustificativi dell'affidamento diretto unicamente per il fatto che non emerge dagli atti del giudizio chela Città di

²³ Cfr. Tar Campania – Napoli, Sez. I, 13 settembre 2006, n. 8055, che ha escluso la sussistenza del controllo analogo effettivo dei soci pubblici di minoranza per il caso di una società partecipata da tre Comuni di cui uno deteneva più della metà delle quote, mentre gli altri due erano titolari solamente di una partecipazione minoritaria. Tuttavia, è da ritenersi che la soluzione del caso sia da ricercare non in un criterio semplicemente quantitativo della partecipazione alla società affidataria, bensì nell'esistenza effettiva di moduli organizzativi, qualunque essi siano, che permettano, in concreto, l'esercizio di un controllo da parte di tutti gli enti partecipanti, benché gli stessi non partecipino alla società in uguale proporzione.

²⁴ Corte giust. UE, 17 settembre 2009, C-340/04, *Carbotermo*.

²⁵ Si può citare il caso affrontato in Tar Campania - Napoli, Sez. I, 30 marzo 2005, 2784, in cui è stato riconosciuto come sussistente il controllo analogo esercitato dal Comune di Napoli sulla società affidataria, per il fatto che il controllo gestionale sulla partecipata fosse effettuato parte in via diretta e parte in via indiretta, mediante la partecipazione della A.N.M. Spa, società per azioni posseduta totalmente dallo stesso Comune di Napoli.

²⁶ Nei punti citati, la Corte di giustizia UE osserva che "28. Nel procedimento principale è pacifico che non esiste alcuna relazione di controllo tra l'università, amministrazione aggiudicatrice, e la HIS, entità affidataria. Infatti, l'università non detiene alcuna partecipazione nel capitale di tale entità e non ha alcun rappresentante legale negli organi direttivi di quest'ultima. 29. Di conseguenza, in una situazione come quella del procedimento principale, non sussiste il motivo che giustifica il riconoscimento dell'eccezione per quanto concerne gli affidamenti cosiddetti «in house», vale a dire l'esistenza di un legame interno particolare tra l'amministrazione aggiudicatrice e l'entità affidataria".

Amburgo esercita un controllo significativo sia sull'Università, sia sulla HIS. Infatti, la Corte osserva come la Città di Amburgo detiene una partecipazione solo minoritaria in HIS (appena il 4,16%) e che, d'altro lato, controlla l'Università di Amburgo, per mezzo di propri amministratori, solo con riferimento alla parte dell'attività inerente le acquisizioni, mentre lo stesso Land anseatico in questione non esercita alcun controllo in ordine ai settori dell'istruzione e della ricerca: tali elementi, invero, portano il giudice europeo a ritenere non sussistente quella forma di controllo analogo, definito, nella stessa pronuncia, come la "possibilità per l'amministrazione aggiudicatrice di esercitare un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti dell'entità affidataria e che il controllo esercitato dall'amministrazione aggiudicatrice deve essere effettivo, strutturale e funzionale". Quanto detto, comunque, non sembra portare a ritenere che la Corte di giustizia chiuda completamente la porta al modello dell'*in house* orizzontale²⁷: la stessa Corte, infatti, espressamente riferendosi a tale fattispecie, ritiene di non dover affrontare in tale giudizio il problema della configurabilità di tale forma alternativa di affidamento diretto, così lasciando aperto il campo alla teorizzazione dottrinale di tale nuovo modello, non escludendo future pronunce più apertamente rivolte a definire e ad accogliere il nuovo istituto²⁸.

Prima di provare a definire, dunque, i caratteri dell'*in house* orizzontale, è interessante esaminare anche l'altra pronuncia, emessa, sempre nella medesima data dell'8 maggio, dal giudice amministrativo nazionale, il quale si è occupato di un caso che, sebbene non inquadrato espressamente nelle forme dell'*in house* orizzontale, tuttavia, può fornire interessanti spunti di riflessione sul punto²⁹.

Il caso oggetto di attenzione da parte dei giudici di Palazzo Spada, riguarda, infatti, l'affidamento a seguito di gara, del servizio di pulizia di servizi igienici aggiudicato dalla Fondazione La Biennale di Venezia (i cui amministratori sono nominati dal Comune di Venezia, dalla Provincia di Venezia e dalla Regione Veneto) a favore della soc. Veritas Spa, società a capitale totalmente pubblico costituita ai sensi dell'art. 113 TUEL, partecipata da vari Comuni veneti, tra cui la stessa Venezia: si può, dunque, notare che la relazione intercorrente tra l'affidante e l'affidataria, entrambe controllate, *pro quota*, dal Comune di Venezia, si presenta del tutto speculare a quella che caratterizzava, nella pronuncia della Corte di giustizia UE, il rapporto tra l'Università di Amburgo e la HIS. Nel caso italiano, però, l'affidamento alla società *in house* da parte della Biennale di Venezia era avvenuto a seguito di gara pubblica, essendo, come

sopra detto, il sistema italiano teso ad interpretare in modo assolutamente restrittivo le condizioni per la configurabilità degli affidamenti senza gara a favore di società domestiche.

Il Consiglio di Stato, nell'esaminare il caso specifico, che richiedeva di pronunciarsi sulla legittimità della partecipazione alla gara per l'affidamento di un servizio pubblico da parte di una società *in house*, esclude che una società domestica possa partecipare ad una gara per l'affidamento di servizi, ritenendo lesivo della concorrenza la partecipazione alla gara da parte di un soggetto a composizione totalmente pubblica. Nel porre, dunque, il limite in questione all'operatività delle società *in house*, evidentemente, il giudice amministrativo lascia sullo sfondo (non si può dire con che grado di consapevolezza) la possibilità che le società *in house* possano essere destinatarie di affidamento diretto di servizi pubblici, anche per le ipotesi simili alla fattispecie oggetto di giudizio, in cui il controllo avvenga per opera di un ente terzo al rapporto di affidamento, controllante, ad un tempo, sia dell'affidante, sia dell'affidataria. Ed in effetti, nello snodo motivazionale della pronuncia, si può leggere che, nell'opinione della corte, le società partecipate da enti locali a capitale pubblico o misto, per produrre servizi strumentali all'attività di quegli enti, debbono operare solo con gli enti costituenti o partecipanti, senza svolgere prestazioni per altri soggetti pubblici o privati, né con gara né per affidamento diretto, "con esclusione dei servizi pubblici locali per i quali sono state costituite: i predetti servizi potrebbero, di conseguenza, essere svolti anche a favore di soggetti diversi da quelli "costituenti, partecipanti o affidanti", sempre però che si tratti di soggetti erogatori degli stessi". Si può leggere, dunque, tra le righe della pronuncia del Consiglio di Stato, la definizione di alcuni criteri chiave dell'*in house* che, opportunamente applicati, consentirebbero lo svolgimento da parte di società *in house* di servizi pubblici affidati da soggetti diversi dagli enti che detengono partecipazioni al loro interno: ossia l'esclusività dell'oggetto e la qualificazione dell'attività svolta come *servizio pubblico*.

In effetti, appare evidente che il problema della configurabilità del modello definibile come "*in house orizzontale*", deve possedere tutta una serie di caratteri propri del paradigma *in house*, perché possa ritenersi ammissibile l'affidamento al di fuori delle norme interne e comunitarie che stabiliscono le modalità di selezione del gestore dei servizi pubblici in *outsourcing*, imperniato sul principio di libera concorrenza.

A tal proposito appaiono validissimi i caratteri ricavabili dalla citata pronuncia dell'8 maggio emessa dal Consiglio di Stato, essendo necessario richiedere che la società affidataria abbia oggetto sociale esclusivo e che l'oggetto dell'affidamento consista in un servizio classificabile come di pubblica utilità; altresì, è imprescindibile che la società affidataria sia una società a capitale interamente pubblico.

Si può notare, dunque, come l'unico elemento di diversità dell'*in house* orizzontale, rispetto al modello tradizionale, è nel controllo analogo, esercitato da un'amministrazione terza rispetto al rapporto di affidamento e che però sia posta in posizione tale da esercitare un potere diretto ed effettivo sulle scelte gestionali ed economiche dei due organismi coinvolti nel rapporto di affidamento: sembra, infatti, di potersi ben ricavare dall'analisi delle pronunce in rivista che l'eccezione

²⁷ In tal senso, cfr. anche FISCHIONE F. – FISCHIONE G., *Spunti sull'ammissibilità dell'in house orizzontale e sulla non configurabilità dell'in house sottoposta a controllo analogo in parte qua (a margine di Corte Giust. UE, sentenza 8 maggio 2014, C-15/13)*, in *giustamm.it*

²⁸ Letteralmente, al punto 33 della pronuncia, la Corte specifica come "non occorre esaminare se l'eccezione relativa agli affidamenti «in house» possa applicarsi alle operazioni cosiddette «in house orizzontali», vale a dire una situazione in cui la stessa o le stesse amministrazione/i aggiudicatrice/i eserciti(no) un «controllo analogo» su due operatori economici distinti di cui uno affida un appalto all'altro".

²⁹ La sentenza in commento è quella pronunciata dalla Sezione Sesta del Consiglio di Stato, in data 8 maggio 2014, n. 2362.

all'applicazione delle norme europee agli affidamenti interni orizzontali può essere legittimamente riconosciuta solo qualora l'ente che esercita il controllo analogo sui due soggetti (l'amministrazione aggiudicatrice e il soggetto affidatario) non solo sia *lo stesso* ma eserciti altresì un controllo analogo *in via esclusiva* su tali soggetti.

Tuttavia, a ben vedere, la condizione enunciata non può ritenersi sufficiente. Non può, infatti, ritenersi sufficiente a fondare l'eccezione alla regola dell'affidamento del servizio tramite gara, l'esistenza di un ente pubblico terzo al rapporto di affidamento che abbia poteri di controllo sulle contraenti, dal momento che, in tale ipotesi, l'ente controllante avrebbe un ruolo di mero garante della relazione intercorrente tra affidante e affidataria; in altre parole, l'ente pubblico controllante rimarrebbe pur sempre un terzo estraneo al rapporto di affidamento, il cui intervento sarebbe rimesso unicamente allo zelo dello stesso. È evidente che, se così inteso, il modello dell'*in house* orizzontale costituirebbe un meccanismo diretto ad incoraggiare i poteri manageriali di un organismo di diritto pubblico, mediante l'affidamento diretto di servizi a società *in house* strumentali allo medesimo ente che esercita controllo sull'organismo stesso: il che, nel caso di contesti in cui operano amministrazioni pubbliche con ingenti fondi e di ingenti dimensioni porterebbe ad un non trascurabile vantaggio economico per gli organismi controllati da tali amministrazioni.

È allora necessario richiedere che, perché possa sussistere un'ipotesi di affidamento diretto nelle forme dell'*in house* orizzontale, è necessario che l'iniziativa in ordine alle modalità di affidamento del servizio pubblico parta proprio dall'ente pubblico, che decida di organizzare la gestione del servizio in questione in via diretta, per il tramite di due organismi sui quali esercita un controllo permeante, analogo a quello esercitato sui propri uffici. In altri termini, deve sempre rintracciarsi in capo all'ente pubblico la volontà di organizzare in *insourcing* lo svolgimento di un determinato servizio pubblico, con la conseguenza che la volontà di gestire lo stesso per mezzo di due organismi controllati deve apparire quale mero strumento organizzativo in cui appare elisa qualunque iniziativa o volontà autonoma dei due soggetti parte del rapporto di affidamento³⁰.

È evidente come il *vulnus* rispetto alla realizzabilità in concreto del modello analizzato sia insito nella stessa possibilità di riscontrare un'effettiva *volontà unica* nel caso in cui, appunto, il controllo è esercitato non in via

diretta dall'affidataria, bensì in via indiretta; sembra, dunque, che nei casi in questione che in futuro potrebbero presentarsi all'analisi del giudice comunitario o di quello interno, dovranno porre molta attenzione all'analisi, in concreto, del soggetto da cui promana l'iniziativa dell'affidamento diretto e la valutazione della sussistenza del requisito del controllo analogo in tali peculiari circostanze.

4.- Alla ricerca di modelli applicativi di *in house* orizzontale.

Alla luce dei principi esposti, può risultare, dunque, interessante condurre una rapida analisi dei modelli pervenuti all'esperienza pratica, per valutare se gli stessi rispondano ai caratteri del modello dell'*in house* orizzontale.

Innanzitutto, rifacendosi proprio alla commentata pronuncia del Consiglio di Stato n. 2362/2014, poco più sopra meglio analizzata, potrà riscontrarsi come, nel caso specifico, l'iniziativa in ordine all'affidamento del servizio di pulizia dei servizi igienici non era partita dal Comune di Venezia, soggetto esercente controllo sia sull'affidante Biennale di Venezia, sia sull'affidatario Veritas Spa: tecnicamente, dunque, non si sarebbero realizzate le condizioni del modello *in house* esaminato, neanche qualora l'affidamento alla società strumentale Veritas Spa fosse avvenuto in via diretta piuttosto che con gara, in quanto l'iniziativa nella organizzazione del servizio non promanava dal Comune di Venezia, bensì dalla Fondazione La Biennale. Quest'ultima, peraltro, come osservato proprio dallo stesso giudice amministrativo nel caso in questione, non è neanche soggetto deputato all'assolvimento di *servizi pubblici locali*, ma unicamente allo svolgimento delle finalità culturali istituzionali per le quali è istituita.

Con un piccolo sforzo di astrazione, potrebbe tentarsi però di immaginare realizzato il modello di *in house* orizzontale, qualora fosse stato il Comune di Venezia, nell'ambito della definizione delle modalità di gestione del servizio pubblico di igienizzazione delle *toilette* pubbliche presenti su tutto il territorio comunale, a definire che lo stesso venisse svolto mediante affidamento senza gara alla partecipata soc. Veritas Spa (società costituita ai sensi dell'art. 113 TUEL ed avente come oggetto sociale quello di fornire servizi alle partecipate) e che, per quanto avesse riguardato la Biennale, nonché altri istituti pubblici controllati, il servizio di pulizia dovesse organizzarsi da tali ultimi soggetti mediante affidamento alla stessa soc. Veritas Spa del servizio. Nell'ipotesi formulata, invero, sembra potersi immaginare il legittimo ricorso all'affidamento senza gara del servizio, essendo qualificabile la volontà di affidamento del servizio come *volontà unica* promanante dal soggetto pubblico, in posizione di esercitare un controllo analogo sulla sfera gestionale de La Biennale e della soc. Veritas; nonché potendosi qualificare, in quel caso, il servizio di igienizzazione delle *toilette* municipali come servizio pubblico.

Un caso oggetto dell'esperienza nazionale, in cui sembra interessante analizzare la ricorrenza dei presupposti del modello dell'*in house* orizzontale, è quello oggetto della pronuncia del Consiglio di Giustizia della Regione Sicilia, in cui l'Azienda Ospedaliera Universitaria "Paolo Giaccone", su disposizioni ricevute in tal senso dalla Regione Sicilia, annullava la gara pubblica bandita per l'affidamento del servizio di 118 per affidare in via

³⁰ Cfr. conclusioni dell'Avvocato generale Paolo Mengozzi nella causa n. C-15/13, in quest'articolo commentata: "nel caso in cui un'operazione in house orizzontale si iscriva nel quadro dell'adempimento di compiti di interesse pubblico incombenti ad un'amministrazione aggiudicatrice la quale esegue tali compiti mediante due enti su cui esercita un controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi, la ratio dell'«eccezione in house» quale sviluppata nella giurisprudenza possa, in linea di principio, trovare applicazione. In effetti, [...] se l'amministrazione utilizza strumenti propri per adempiere ai suoi compiti di interesse pubblico, essa non deve essere obbligata a far ricorso ad enti esterni non appartenenti ai propri servizi. Ciò vale, a mio avviso, anche nel caso in cui tali strumenti propri siano costituiti da due enti controllati da tale amministrazione e per l'adempimento di tali compiti si renda necessaria la conclusione di un contratto tra detti enti. Anche in un caso di tal genere potrebbero quindi, a determinate condizioni, non sussistere i presupposti per l'applicazione delle norme dell'Unione in materia di appalti pubblici"; sul punto, sono analoghe le riflessioni di FISCHIONE F. – FISCHIONE G., *Spunti sull'ammissibilità dell'in house orizzontale*, cit.

diretta lo svolgimento del servizio in questione alla società pubblica SEUS S.c.p.a., società consortile partecipata per il 53,25% dalla Regione Siciliana e per il restante 46,76% in parti uguali da altre 17 strutture sanitarie della Regione Siciliana, tra cui la stessa A.O.U. "Paolo Giaccone"³¹. Nel caso in questione, invero, la Regione Sicilia organizzava il servizio di trasporto di emergenza mediante ambulanze per tutte le aziende del servizio sanitario della Regione, definendo che lo stesso dovesse essere oggetto di affidamento diretto alla soc. SEUS, essendo la stessa rivolta proprio alla gestione di tale servizio ed avendo la stessa SEUS come ambito di riferimento proprio la Regione Sicilia.

Si può notare, dunque, come nella specie ricorressero tutti i requisiti dell'*in house* orizzontale: infatti, l'affidataria A.O.U. "Paolo Giaccone" subisce il controllo e le direttive, per la parte di competenza, da parte della Regione Sicilia; l'affidataria SEUS S.c.p.a. è partecipata in modo consistente dalla Regione Sicilia (ed in parte minima, corrispondente al 2%, dall'A.O.U. "Paolo Giaccone"); il tipo di controllo esercitato dalla Regione sulla soc. SEUS è stato riconosciuto dallo stesso Consiglio di Giustizia come *controllo analogo*; l'iniziativa in ordine alle modalità di gestione del servizio pubblico di 118 è stata adottata dalla Regione Sicilia, in persona dell'Assessorato alla Salute. Il caso citato, purtroppo, non era inquadrato dal giudice amministrativo e, evidentemente, neanche dalle parti, sotto la lente dell'*in house* orizzontale, ma lucidamente il Consiglio di Giustizia esaminava il caso riconducendolo sotto la prospettiva dell'*in house*, pur senza mai parlare di *in house* orizzontale; peraltro, la decisione del giudice amministrativo di ritenere illegittimo, in quel caso, l'affidamento diretto del servizio di 118 non si fondava su osservazioni inerenti il rapporto sussistente tra A.O., Regione Sicilia e SEUS, bensì unicamente sulla osservazione del fatto che SEUS non poteva legittimamente considerarsi affidataria diretta del servizio, in quanto la stessa presentava caratteri che facevano percepire una certa vocazione commerciale nella gestione societaria³².

³¹ Il riferimento è alla pronuncia del Cons. Giust. Reg. Sicilia, Sez. I, 13 gennaio 2012, n. 44.

³² Sul punto, nella citata pronuncia si legge che *"le parti, nel sopra ricordato tessuto di principi giurisprudenziali ed a fronte della determinazione dell'A.v.c.p., hanno dibattuto sulla presenza o meno del controllo analogo sotto i seguenti profili: 1) sufficienza o meno dell'in house frazionato, di per sé, a garantire il controllo analogo da parte dei soci di minoranza; 2) sufficienza dell'esercizio del controllo da parte del Consiglio di Sorveglianza o necessità dell'esercizio non mediato da parte di soggetti incardinati direttamente nell'organizzazione degli enti affidanti; 3) presenza o meno nello statuto di SEUS di previsioni atte a consentire poteri di indirizzo, ispezione, controllo ed approvazione preventiva degli atti più importanti da parte degli enti affidanti 4) ricorrenza o meno di una vocazione commerciale da parte di SEUS alla luce delle previsioni statutarie e della Convenzione quadro richiamata dallo Statuto. Ritiene il Collegio che sotto i primi tre profili lo Statuto di SEUS assicuri la ricorrenza del controllo analogo secondo i requisiti richiesti dalla giurisprudenza nazionale e comunitaria, mentre siffatta ricorrenza debba essere esclusa, e tanto basta a predicare l'illegittimità dell'affidamento in house, sotto il quarto profilo dell'acquisizione di una vocazione commerciale da parte di SEUS [...] Questa ulteriore finalità ha comportato, per come evidenziato sopra, un ampliamento dell'oggetto sociale e dei soggetti destinatari dei servizi, con conseguente acquisizione da parte di SEUS una vocazione commerciale, perdita del controllo analogo ed allentamento del nesso di strumentalità dell'attività sociale con le esigenze pubbliche degli enti controllanti. Alla luce delle*

Se manca, dunque, per quanto noto, all'esperienza pratica, il riscontro di un modello riconducibile tecnicamente a quello definito dell'*in house* orizzontale, la stessa esperienza mostra come la struttura sempre più complessa degli enti pubblici porta alla configurazione di modelli di affidamento dei servizi sempre nuovi, che inducono ad interrogarsi sui limiti e le potenzialità del modello *in house*, dimidiato, fin dalla sua genesi, tra l'opportunità di costituire un modello di gestione diretto del servizio da parte delle amministrazioni e, dall'altro lato, il fato di costituire un limite all'espressione piena della concorrenza tra gli operatori economici nel mercato dei servizi pubblici.

considerazioni che precedono, dunque, gli atti impugnati devono considerarsi illegittimi ed in quanto tali vanno annullati".