

La quarta sezione del Consiglio di Stato, con sentenza n. 7093 del 22 ottobre 2021, ha chiarito alcuni aspetti relativi ai presupposti di legittimità dell'affidamento diretto dei servizi pubblici ad una società in house.

La situazione di in house providing legittima l'affidamento diretto, senza previa gara, del servizio di un ente pubblico a una persona giuridicamente distinta, qualora l'ente eserciti sul secondo un controllo analogo a quello dallo stesso esercitato sui propri servizi e la seconda realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti che la controllano (C.G.C.e., 18 novembre 1999, C-107/ 98, Teckal). Trattandosi di deroga ai principi di concorrenza, non discriminazione, e trasparenza, siffatto istituto è stato ritenuto ammissibile solo nel rispetto di alcune rigorose condizioni, individuate dalla giurisprudenza comunitaria ed elaborate anche da quella nazionale, rappresentate da: 1) il c.d. "controllo analogo a quello svolto sui propri servizi", necessariamente esercitato dall'ente pubblico nei confronti dell'impresa affidataria; 2) il rapporto di stretta strumentalità fra le attività dell'impresa in house e le esigenze pubbliche che l'ente controllante è chiamato a soddisfare (Cons. Stato, Ad. Plen., 3 marzo 2008, n. 1).

In particolare, il controllo analogo consiste in una *“influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della società controllata”* (art. 2, comma 1, lett. c), D.L.vo 19 agosto 2016, n. 175, recante il *“Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica”*).

L'affidamento diretto ad una società in house è consentito, nello specifico, a condizione che la società non sia terza rispetto all'ente affidante ma una sua articolazione. Tra socio pubblico controllante e società sussiste, infatti, una relazione interorganica e non intersoggettiva. È necessario che tale relazione intercorra tra soci affidanti e società, non anche tra la società e altri suoi soci (non affidanti o non ancora affidanti), rispetto ai quali la società sarebbe effettivamente terza (C.C.U.E., 6 febbraio 2020, C-89/19 e C-91/19).

La Corte di Giustizia (sin dalla sentenza C.G.C.e., 18 novembre 1999, C-107/98, Teckal cit.) ammette che, in caso di società partecipata da più enti pubblici, il controllo analogo possa essere esercitato in forma congiunta (C.G.U.E., 13 novembre 2008, C-324/07) e che, inadeguati a tal fine i poteri a disposizione dei soci secondo il diritto comune, sia necessario dotare i soci di appositi strumenti che ne consentano l'interferenza in maniera penetrante nella gestione della società.

Senonché, l'art. 11, comma 9, lett. d), D.L.vo n. 175/2016 cit. ha introdotto il divieto per gli statuti delle società a controllo pubblico di *“istituire organi diversi da quelli previsti dalle norme generali in tema di società”*. Ciò potrebbe lasciar supporre che sia precluso ai soci pubblici di istituire organi speciali per esercitare il controllo congiunto sulla società in house.

Alla questione ha dato risposta il Consiglio di Stato (Cons. Stato, sez. V, 30 aprile 2018, n. 2599; Cons. Stato, sez. V, 16 luglio 2020, n. 8028), che ha escluso che vi sia divieto di istituire organi speciali per le seguenti ragioni: (i) il divieto è previsto in relazione alle *“società a controllo pubblico”* disciplinate appunto dall'art. 11, e non è ripetuto nell'art. 16 dedicato proprio alle società in house, la cui disciplina appare, pertanto, speciale e derogatoria; (ii) rispetto alle società a controllo pubblico, per le quali, l'art. 2, comma 1, lett. m), D.L.vo n. 175/2016 cit. richiede che il controllo si espliciti nelle forme dell'art. 2359 c.c., le società in house sono sottoposte a quella forma particolare di controllo pubblico che è costituita dal controllo analogo (come chiaramente precisato dall'art. 2, comma 1, lett. o) , D. L.vo n. 175/2016 cit.).

Riferimenti Normativi:

- art. 2359 c.c.
- art. 2, D.L.vo 19 agosto 2016, n. 175 (T.U. Società a partecipazione pubblica)
- art. 11, D.L.vo 19 agosto 2016, n. 175 (T.U. Società a partecipazione pubblica)



Il “controllo analogo” nelle società in house

Diritto amministrativo

Organizzazione amministrativa

Cristina Tonola

22 | 10 | 2021

- art. 16, D.L.vo 19 agosto 2016, n. 175 (T.U. Società a partecipazione pubblica)