

L'in house providing sotto esame: il Consiglio di Stato si pronuncia sui limiti della partecipazione diretta di capitali privati

Nell'ambito della prova di ammissione ad un concorso pubblico, i candidati si sono trovati a rispondere al seguente quesito: *“una società in house: a) non ha un organo amministrativo autonomo; b) si occupa esclusivamente di gestione immobiliare; c) è sempre privata; d) è sempre pubblica”*.

Secondo la Pubblica Amministrazione autrice del test, l'unica risposta esatta sarebbe stata la *d)* che considera la società *in house* *“sempre pubblica”*. Non dello stesso avviso il Consiglio di Stato ([Sezione Terza, sentenza n. 1385/2020](#)) che, in sede d'impugnazione della prova, ha spiegato le ragioni per le quali non può *“essere considerata in assoluto ed esclusivamente corretta”* la qualificazione *“sempre pubblica”* delle società *in house*.

1. Natura pubblica vs privata della società in house

Il Consiglio di Stato ricorda che nel nostro ordinamento si rinvengono due opposti orientamenti in merito alla natura delle società *in house*¹.

Un primo orientamento, seguito dalla prevalente giurisprudenza della Corte di Cassazione, ritiene che *“la società in house non sia un vero e proprio soggetto giuridico mancando il requisito dell'alterità soggettiva rispetto all'amministrazione pubblica”*. Secondo tale approccio la società *in house* configura, dunque, soltanto un patrimonio separato nell'ambito di un'unica persona giuridica pubblica.

Un secondo orientamento, seguito dalla prevalente dottrina, rileva invece come *“la società in house debba considerarsi una vera e propria società di natura privata dotata di una sua autonoma soggettività giuridica”*. In tal senso depono l'art. 1, co. 3 del Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica (d.lgs. n. 175/2016), che ne riconduce la disciplina all'ordinario regime civilistico. Tale secondo approccio porta a riconoscere che *“le società in house sono regolate dalla medesima disciplina che regola, in generale, le società partecipate, ad eccezione, quanto alle prime, della giurisdizione della Corte dei Conti per il danno erariale causato dai loro amministratori e dipendenti”*².

Secondo il Consiglio di Stato, la compresenza dei due orientamenti consente di rispondere al citato quesito d'esame sia che la società *in house* *“è sempre pubblica”* in quanto svolge attività che rimane sostanzialmente imputata alla P.A., sia che essa *“non ha un organo amministrativo autonomo”* considerato che i vincoli gerarchici che la legano all'Amministrazione di riferimento configurano un *“vero rapporto di servizio”*.

2. I limiti della partecipazione diretta dei privati

Progressivamente delineati dalla Corte di giustizia dell'Unione europea sin dal [caso Teckal](#), i limiti dell'*in house providing* sono stati *“positivizzati”* dall'art. 12 della [Direttiva 2014/24/UE](#)³ con l'introduzione di

¹ Come evidenziato dal Consiglio di Stato, i due approcci sono compendati dal parere del Cons. St., comm. spec., n. 438 del 16 marzo 2016.

² Cass. civ., S.U., 1° dicembre 2016, n. 24591.

³ L'art. 12 prevede che *“[u]n appalto pubblico aggiudicato da un'amministrazione aggiudicatrice a una persona giuridica di diritto pubblico o di diritto privato non rientra nell'ambito di applicazione della presente direttiva quando siano soddisfatte tutte le seguenti condizioni:*

a) l'amministrazione aggiudicatrice esercita sulla persona giuridica di cui trattasi un controllo analogo a quello da essa esercitato sui propri servizi;
b) oltre l'80 % delle attività della persona giuridica controllata sono effettuate nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'amministrazione aggiudicatrice controllante o da altre persone giuridiche controllate dall'amministrazione aggiudicatrice di cui trattasi; e

un'importante novità⁴. Oltre ai due requisiti di matrice giurisprudenziale del “controllo analogo” e dell’“attività prevalente” (specificata dal legislatore europeo in misura superiore all’80%), l’art. 12 contiene infatti un terzo requisito per l’ammissibilità dell’affidamento diretto a società con partecipazione diretta privata.

O meglio: l’art. 12, par. 1 lett. c) della Direttiva conferma che è in generale vietato procedere ad affidamento diretto a vantaggio di società a “*partecipazione diretta di capitali privati*”. Tale generale divieto non si applica – in via derogatoria di stretta applicazione – alle società nelle quali la partecipazione diretta di capitali privati:

- (i) è “*prescritta*” da disposizioni legislative nazionali, in conformità dei Trattati europei;
- (ii) non comporta a vantaggio del socio privato un potere di controllo o veto, né il sorgere di un’influenza determinante sulle attività della società partecipata.

In attuazione della Direttiva 2014/24/UE, l’art. 5, co. 1, lett. c), del Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 50/2016) ha ammesso, ai fini dell’*in house providing*, la possibilità di forme di partecipazioni private purché “*previste dalla legislazione nazionale*”. D’altro canto, l’art. 16, co. 1, del Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica ammette una partecipazione al capitale sociale dei privati a condizione che la stessa sia “*prescritta da norme di legge*”.

Sulla base della differenza semantica tra le due disposizioni nazionali (“*previste*” vs “*prescritta*”), alcuni affermano che, per l’ammissibilità dell’affidamento diretto, non occorrerebbe individuare una norma nazionale che *de iure condito* prescriva obbligatoriamente la partecipazione privata circoscrivendone i limiti; sarebbe invece sufficiente che detta partecipazione risulti più genericamente ammessa dall’ordinamento interno.

Tale tesi viene respinta dal Consiglio di Stato, il quale nella sentenza in commento rileva come il Testo unico sulle società a partecipazione pubblica, sebbene equiordinato rispetto al Codice degli appalti, prevalga su quest’ultimo in quanto *lex posterior*. In aggiunta, l’espressione “*prescritta*” è esattamente quella contenuta nella Direttiva 2014/24/UE.

Per l’effetto, l’art. 5 del Codice degli appalti non autorizza in generale la partecipazione dei privati; esso rimanda, invece, ad “*una successiva norma di legge che espressamente prescriva la partecipazione dei privati alla società in house e, soprattutto, che ne stabilisca le modalità di partecipazione e di scelta del socio*”. Ciò porta il Consiglio di Stato a concludere che, “*fino a quando non ci sarà una legge che attui tale previsione, deve ritenersi preclusa ai privati la partecipazione alla società in house dato che, diversamente opinando, non sapremmo né in che percentuale possano partecipare, né come debbano essere scelti. Questo è ciò che porta a distinguere le società in house dalle società miste, per le quali è disciplinata una partecipazione mista di capitale pubblico-privato*”.

3. Conferme derivanti dal considerando n. 32

La conclusione raggiunta dalla Terza Sezione del Consiglio di Stato è conforme alla *ratio* dell’art. 12 della Direttiva 2014/24/UE per quanto enunciato dal considerando n. 32 della stessa Direttiva.

A conferma del generale divieto di base di *in house providing*, il considerando n. 32 chiarisce infatti che l’affidamento diretto non deve “*estendersi alle situazioni in cui vi sia partecipazione diretta di un operatore economico privato al capitale della persona giuridica controllata poiché, in tali circostanze, l’aggiudicazione di un appalto pubblico senza una procedura competitiva offrirebbe all’operatore economico privato, che detiene una partecipazione nel capitale della persona giuridica controllata, un indebito vantaggio rispetto ai suoi concorrenti*”.

c) nella persona giuridica controllata non vi è alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto, prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati, che non esercitano un’influenza determinante sulla persona giuridica controllata”.

⁴ Sul punto si veda [SERGIO FOÀ, DAVIDE GRECO, L’in house providing nelle direttive appalti 2014: norme incondizionate e limiti dell’interpretazione conforme, in Federalismi, n. 15/2015.](#)

Sulla base del compromesso raggiunto in sede legislativa nella formulazione dell'art. 12, par. 1, lett. c)⁵ della Direttiva, detto divieto generale conosce tuttavia una deroga motivata dalle “*particolari caratteristiche degli organismi pubblici con partecipazione obbligatoria, quali le organizzazioni responsabili della gestione o dell'esercizio di taluni servizi pubblici*”⁶. In favore di detti organismi a partecipazione privata obbligatoria per legge, il considerando n. 32 conferma che è possibile procedere all'affidamento *in house* se la partecipazione privata al capitale della persona giuridica controllata è effettivamente resa obbligatoria da una disposizione legislativa nazionale che deve a sua volta risultare conforme ai Trattati europei; la partecipazione non deve inoltre comportare un potere di controllo o veto, né conferire un'influenza determinante sulle decisioni della persona giuridica controllata.

Avv. Sara Gobato, PhD, per Italia Ius, 9 marzo 2020

⁵ Vd. SERGIO FOÀ, DAVIDE GRECO, op. cit., spec. pag. 7.

⁶ Il considerando n. 32 dispone testualmente: “[...] *L'esenzione non dovrebbe estendersi alle situazioni in cui vi sia partecipazione diretta di un operatore economico privato al capitale della persona giuridica controllata poiché, in tali circostanze, l'aggiudicazione di un appalto pubblico senza una procedura competitiva offrirebbe all'operatore economico privato che detiene una partecipazione nel capitale della persona giuridica controllata un indebito vantaggio rispetto ai suoi concorrenti. Tuttavia, date le particolari caratteristiche degli organismi pubblici con partecipazione obbligatoria, quali le organizzazioni responsabili della gestione o dell'esercizio di taluni servizi pubblici, ciò non dovrebbe valere nei casi in cui la partecipazione di determinati operatori economici privati al capitale della persona giuridica controllata è resa obbligatoria da una disposizione legislativa nazionale in conformità dei trattati, a condizione che si tratti di una partecipazione che non comporta controllo o potere di veto e che non conferisca un'influenza determinante sulle decisioni della persona giuridica controllata. [...]*”.