

Il Consiglio di Stato fa il punto sulla possibilità di affidamento "in house"

27 Marzo 2008

Con la pronuncia in commento, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato interviene nella delicata materia concernente i presupposti che legittimano gli affidamenti di un appalto secondo lo schema dell'*in house providing*, ovvero di quel fenomeno di "autoproduzione" di beni, servizi o lavori da parte della pubblica amministrazione che, in sostanza, acquisisce un bene o un servizio attingendoli all'interno della propria compagine organizzativa, senza ricorrere al mercato tramite gara (così detta esternalizzazione).

In merito, è noto che la giurisprudenza, sia comunitaria che nazionale, ha più volte sottolineato che il ricorso a siffatto istituto possa ritenersi consentito solo in presenza di talune specifiche condizioni.

In particolare, è stato affermato che un legittimo affidamento "in house" possa aver luogo solo qualora l'ente affidante eserciti sulla società affidataria un controllo analogo a quello dallo stesso esercitato sui propri servizi e la seconda realizzi la parte più importante della propria attività verso l'ente o gli enti che la controllano (C. giust. CE, 18 novembre 1999, C-107/98, Teckal).

Unicamente in presenza degli elementi rappresentati dal "controllo analogo" e dalla "destinazione prevalente dell'attività", infatti, la società affidataria può essere qualificata come una "derivazione", o una *longa manus*, dell'ente affidante, talché la gestione dell'appalto o del servizio pubblico ad essa affidato appare, in qualche misura, riconducibile allo stesso ente affidante ovvero ad una sua articolazione.

In questo quadro, invero, interviene la sentenza in commento, per evidenziare anzitutto che la sussistenza del "controllo analogo" è da ritenersi esclusa in presenza di una compagine societaria composta anche da capitale privato, dal momento che la partecipazione, sia pure minoritaria, di un'impresa privata al capitale di una società, alla quale partecipi anche l'amministrazione aggiudicatrice, esclude in ogni caso che tale amministrazione possa esercitare su detta società un controllo assimilabile a quello che essa svolge sui propri servizi (in termini, cfr anche C. giust. CE: sez. II, 19 aprile 2007, C-295/05, Asociación de Empresas Forestales c. Transformación Agraria SA (TRASGA); 21 luglio 2005, C-231/03, Consorzio Corame; 11 gennaio 2005, C-26/03, Stadt Halle Cons. Stato, sez. V, 13 luglio 2006, n. 4440).

Ma i giudici di Palazzo Spada si spingono oltre, precisando altresì che la partecipazione pubblica totalitaria, se necessaria, non è tuttavia sufficiente, essendo altresì indispensabile la presenza di taluni penetranti strumenti di controllo da parte dell'ente, ulteriori rispetto a quelli previsti dal diritto civile, così sintetizzabili:

- a) lo statuto della società non deve consentire che una quota del capitale sociale, anche minoritaria, possa essere alienata a soggetti privati;
- b) il consiglio di amministrazione della società non deve avere rilevanti poteri gestionali e all'ente pubblico controllante deve essere consentito esercitare poteri maggiori rispetto a quelli che il diritto societario riconosce normalmente alla maggioranza sociale;
- c) l'impresa non deve avere acquisito una vocazione commerciale che renda 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'estero.
- d) le decisioni più importanti devono essere sottoposte al vaglio preventivo dell'ente affidante.

La pronuncia in esame, pertanto, merita attenzione in quanto, nel ribadire che la modalità di affidamento "in house" comporta una sostanziale limitazione al principio di libera concorrenza, ne delimita ulteriormente le condizioni legittimanti, riaffermando altresì la necessità che la loro interpretazione sia sempre in senso restrittivo.

2671-Sentenza Consiglio di Stato n.1 del 3 marzo 2008.pdf [Apri](#)