

Principio di libera amministrazione, in house providing e cooperazione fra amministrazioni. Brevi riflessioni a partire da Corte Cost. n. 65 del 2019 sul sistema idrico integrato della Regione Sardegna

di Edoardo Caruso *
(28 settembre 2019)

(in corso di pubblicazione in "Le Regioni", 2019)

Sommario: 1. L'*in house providing* quale punto di confine fra mercato e principio di autonomia istituzionale. - 2. Profili evolutivi del controllo analogo. - 2.1 Segue. L'approccio restrittivo della prima fase: alcune possibili spiegazioni. - 2.2. Segue... le maglie si allargano: il riconoscimento della cooperazione quale consacrazione del principio di auto-organizzazione. - 2.3 Il "contributo" delle direttive del 2014 e della disciplina interna di recepimento. - 3. Aspetti salienti della gestione del servizio idrico integrato in Sardegna. - 4. Le contestazioni di AGCM e ANAC al quadro normativo regionale antecedente alla l.r. 25/2017. - 5. Le contestazioni del Governo e la posizione della Corte Costituzionale. - 6. Principio di libera amministrazione, cooperazione verticale/orizzontale e ruolo dell'amministrazione.

1. L'*in house providing* quale punto di confine fra mercato e principio di autonomia istituzionale

Con la sentenza n. 65 del 2019 la Corte Costituzionale si è pronunciata sulla disciplina della Regione Sardegna in tema di gestione del servizio idrico integrato (anche SII) tramite affidamento *in house providing*, offrendo lo spunto per alcune brevi riflessioni sull'evoluzione dell'istituto e, più in generale, sul rapporto fra funzione/potestà organizzativa delle amministrazioni e mercato.

I tre gruppi di questioni di legittimità costituzionale affrontati dalla sentenza 65 del 2019 riguardano la l.r. della Sardegna 11 dicembre 2017 n. 25 di modifica la l.r. 4 febbraio 2015 n. 4 recante "*Istituzione dell'Ente di governo dell'ambito della Sardegna e modifiche ed integrazioni alla legge regionale n. 19 del 2006*".

Con la prima questione, logicamente preliminare, la Corte ha affrontato il tema del riparto di competenze legislative in materia di servizio idrico integrato per accertare in quali termini la disciplina statale limiti quella regionale.

Nelle Regioni a Statuto speciale e nelle province autonome, infatti, l'applicazione della disciplina statale sul SII non è piena, ma variabile sulla base delle specifiche previsioni statutarie. A seconda che l'ambito materiale di pertinenza delle norme della Sardegna sul SII attenga a una *competenza statutaria di tipo primario* oppure a una *competenza statutaria concorrente*, discendono infatti diverse conseguenze in punto di limiti derivanti dalla legislazione statale.

Nel caso di specie la Corte ha ricondotto la disciplina in tema di servizio idrico integrato della Sardegna alle *materie statutarie concorrenti* dell'"assunzione dei servizi pubblici" e dell'"igiene e sanità pubblica". E, ritenendo tali competenze meno ampie di quelle spettanti alle Regioni ordinarie, le quali godono di una competenza residuale ex 117, co. 4, Cost. in materia di servizi pubblici¹, ha applicato la clausola di maggior favore per le regioni a statuto speciale di cui all'art. 10 della legge costituzionale n. 3 del 2001 nel senso di riconoscere anche alla Sardegna una competenza legislativa residuale ex art. 117, co. 4., della Costituzione.

1 Corte Cost. n. 246 del 2009.

Da tale ricostruzione - a supporto della quale la pronuncia riprende le argomentazioni svolte sullo Statuto della Sicilia², ritenuto per i profili qui di interesse molto simile a quello della Sardegna - la Corte ha assunto la necessità del rispetto da parte del legislatore regionale della disciplina statale afferente ad ambito di competenza esclusiva ex art. 117 Cost. co. 2³, rappresentata, nello specifico, dalla normativa in tema di *"in house providing"* (oggetto del secondo blocco di questioni di legittimità costituzionale)⁴, nonché dalle previsioni statali regolanti circoscritte eccezioni al principio di unicità della gestione (oggetto del terzo blocco di questioni di legittimità costituzionale che tuttavia non sarà oggetto di approfondimento nel presente commento)⁵.

Per giurisprudenza costante⁶, infatti, è ormai pacifica la "collocazione materiale" della disciplina statale sul SII ai titoli di competenza esclusiva statale in tema di *tutela dell'ambiente* (art. 117, co. 2, lett. s) e, data la necessaria riconducibilità dei servizi idrici ai servizi di rilevanza economica⁷, di *tutela della concorrenza* (art. 117, co. 2, lett. e). Allo Stato, quindi, spetta *"la disciplina del regime dei servizi pubblici locali, vuoi per i profili che incidono in maniera diretta sul mercato, vuoi per quelli connessi alla gestione unitaria del servizio"*⁸.

Si ritiene che ad analogo esito - vincolatività delle disposizioni statali in tema di *in house providing* - si sarebbe giunti anche qualora la Corte avesse qualificato come *statuaria di tipo primario* (e non come *statuaria concorrente*) la competenza della Sardegna in materia di SII.

Infatti, come pare confermare quanto si sosterrà in seguito, la disciplina dell'*in house*, senz'altro riconducibile agli *"obblighi internazionali"* e ai *"vincoli derivanti dall'ordinamento dell'Unione europea"*, pare riflettere anche un'altra categoria di limiti propri della competenza statutaria primaria delle Regioni a Statuto speciale, quale quella costituita dalle norme fondamentali di riforma economico-sociale.

Il secondo gruppo di questioni di legittimità costituzionale ha portato la Consulta a confrontarsi con le modalità di funzionamento dell'affidamento in *house providing* e, in particolare, con la sussistenza del cd. *controllo analogo*, ovvero con una delle tre condizioni richieste dalla Corte di giustizia (e ora anche dal legislatore eurounitario)

2 Corte Cost. n. 93 del 2017.

3 In diverse occasioni la Corte ha affermato che *"le materie di competenza esclusiva e nel contempo «trasversali» dello Stato, come la tutela della concorrenza e la tutela dell'ambiente di cui all'art. 117, secondo comma, lettere e) e s), Cost., in virtù del loro carattere «finalistico», «possono influire su altre materie attribuite alla competenza legislativa concorrente o residuale delle Regioni fino ad incidere sulla totalità degli ambiti materiali entro i quali si applicano"*. Così Corte Cost. n. 93 del 2017 che richiama, *ex plurimis*, le sentenze n. 2 del 2014; n. 291 e n. 150 del 2011, n. 288 del 2010, n. 249 del 2009 e n. 80 del 2006.

4 Il ricorrente ha impugnato l'art. 1 della Sardegna n. 25 del 2017 per violazione dell'art. 117, secondo comma, lettera e) ed s), Cost. per il tramite della norma interposta di cui all'art. 149-bis del d.lgs. n. 152/2006; nonché gli artt. 4, 6 e 8, comma 1, della medesima legge regionale, per violazione dell'art. 117, secondo comma, lettera e), Cost., per il tramite delle norme interposte contenute all'art. 5 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (*Codice dei contratti pubblici*) e all'art. 16 del d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175 (*Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica*).

5 Il ricorrente ha impugnato l'art. 8 co. 2, della l.r. 25/2017 l'art. 117, co. 2, lett. e) e s), Cost., per il tramite della norma interposta di cui all'art. 147, comma 2-bis, del d.lgs. n. 152 del 2006.

6 Fra le più recenti, Corte Cost. n. 173 del 2017, n. 117 e n. 32 del 2015, n. 228, n. 67 e n. 50 del 2013.

7 Cfr., per tutte, Corte Cost. n. 26 del 2011 e n. 325 del 2010.

8 Così Corte Cost. n. 173 del 2017 ma anche n. 160 del 2016.

affinché soluzioni “interne” all’amministrazione per la gestione e l’erogazione dei servizi pubblici (cd. di autoproduzione) risultino compatibili con le libertà economiche di movimento previste dal TFUE⁹.

A tal proposito rileva anche la ricostruzione tradizionale del fenomeno organizzativo dei servizi pubblici, in base alla quale la relativa funzione amministrativa si articola in tre distinte fasi logiche e giuridiche: il momento della scelta, prevalentemente politica, relativa all’assunzione dell’attività, lasciata alla valutazione dell’amministrazione titolare del servizio (quando non compiuta direttamente dal legislatore); il momento *stricto sensu* organizzatorio e di regolazione del servizio; il momento della gestione ed erogazione del servizio.

L’istituto dell’*in house providing* attiene precipuamente a quest’ultima fase, vale a dire quella della gestione anche se, per vero, più che un vero e proprio modulo gestorio coniato dal diritto comunitario, è spesso colto in termini di eccezione all’applicazione delle procedure di evidenza pubblica imposte dal diritto sovranazionale per l’individuazione del destinatario delle commesse pubbliche¹⁰.

A bene vedere, tuttavia, non pare errato parlare, inoltre, di fattispecie che consente di rintracciare l’ondivago confine fra il mercato (*rectius*, le libertà economiche di movimento previste dal Trattato e funzionali alla creazione del mercato unico) e il potere di organizzazione delle pubbliche amministrazioni che si afferma “*come definizione di ciò che non è mercato*”¹¹.

Infatti, allorché la soluzione organizzativa adottata rispetti i tre requisiti di cui si dirà (controllo analogo, partecipazione pubblica totalitaria e attività prevalente) e che fungono da condizioni di legittimazione sotto il profilo della tutela della concorrenza e del mercato e della concorrenza¹², il ricorso alla soluzione “*in house*” finisce per esprimere il principio generale di auto-organizzazione dell’amministrazione e, più in generale, il principio di autonomia istituzionale, entrambi legittimanti il possibile l’affidamento diretto del servizio, senza espletamento di procedure ad evidenza pubblica¹³.

Ed invero la figura dell’*in house providing* è stata forgiata dalla Corte di Giustizia chiamata, sul finire degli anni ’90¹⁴, a confrontarsi con tre distinti fenomeni giuridico-economici e con le esigenze sottostanti.

9 In particolare con gli artt. 49 e 56 del TFUE su libertà di stabilimento e libera prestazione di servizi. Si tratta di questione già oggetto di attenzione da parte della Consulta; cfr. sentt. n. 439 del 2008 sul requisito dell’“attività prevalente” e n. 50 del 2013 su quello del “controllo analogo”.

10 Per tutti, in dottrina v. D.U. GALETTA, G. CARULLO, *Gestione dei servizi pubblici locali e in house providing: novità, auspici e scenari futuri in una prospettiva di de-frammentazione del sistema*, in *Riv. it. dir. publ. com.*, 1, 2016, 371 ss.; in giurisprudenza, Cons. Stato, sez. III, 7 maggio 2015, n. 2291; sez. VI, 26 maggio 2015, n. 2660; sez. III, 17 dicembre 2015, n. 5732.

11 In tal senso R. CAVALLO PERIN, *Il modulo derogatorio: in autoproduzione o in house providing*, in Bonura H., Cassano M. (a cura di), *L’affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica*, 2011, 119, ma in termini simili anche R. CARANTA, *The In-House Providing: The Law as It Stands in the EU*, in M. Comba, S. Treumer (a cura di), *The In-House Providing in European Law*, Copenhagen, 2010, 13 e F. FRACCHIA, *In house providing, codice dei contratti pubblici e spazi di autonomia dell’ente pubblico*, in *Dir. econ.*, 2, 2012, 268.

12 Cfr. F. FRACCHIA, *op. ult. cit.*, 244.

13 *Amplius* sul tema, R. GIOVAGNOLI, *Gli affidamenti in house tra lacune del codice e recenti interventi legislativi*, in *www.giustizia-amministrativa.it* e C. IAIONE, *Le società in-house. Contributo allo studio dei principi di auto-organizzazione e auto-produzione degli enti locali*, Napoli, 2012, 121 ss.. Sul principio di autonomia istituzionale in una prospettiva più generale, v. M. LOTTINI, *Principio di autonomia istituzionale e pubbliche amministrazioni nel diritto dell’Unione Europea*, Torino, 2017.

Si pensi, in primo luogo, all'obiettivo di attuare il mercato unico/interno attraverso il progressivo rafforzamento dell'applicazione delle procedure di gara all'attività negoziale delle amministrazioni, comprensiva anche dei rapporti convenzionali relativi a servizi pubblici.

In secondo luogo, si consideri il rispetto dell'autonomia organizzativa degli Stati membri. Infatti, il diritto Ue - conformandosi al "principio di neutralità" di cui all'art. 345 del TFUE - non ha mai formalmente imposto alle amministrazioni soluzioni di esternalizzazione, ovvero di necessitato ricorso, per la gestione dei servizi pubblici, a operatori economici che agiscono nel mercato (cd. *outsourcing*), riconoscendo invece libertà per i poteri pubblici di decidere "*di erogare direttamente prestazioni di servizi a favore degli utenti mediante proprie strutture organizzative senza dovere ricorrere, per lo svolgimento di tali prestazioni, ad operatori economici attraverso il mercato*"¹⁵.

In terzo luogo, si ponga mente al processo di cd. "privatizzazione formale o fredda" (con progressivo abbandono degli strumenti e degli istituti pubblicistici a favore di quelli di diritto comune) che ha investito diversi Paesi membri, e in modo significativo l'Italia, a partire dagli anni '80¹⁶.

Sia a livello nazionale che locale, numerose furono le amministrazioni che nell'erogazione dei pubblici servizi implementarono sensibilmente l'utilizzo dello strumento della società a partecipazione pubblica in luogo del ricorso a modelli organizzativi classici (enti pubblici, aziende autonome, aziende speciali).

In tale contesto, la CGUE ha per l'appunto riconosciuto come pertinente, o finanche insito nel potere organizzativo delle autorità pubbliche, l'"autoproduzione" di servizi e lavori tramite figure soggettive che, ancorché giuridicamente distinte dall'ente conferente, siano "legate" a quest'ultimo da un particolare rapporto, normativamente qualificato (c.d. affidamento *in house* o affidamento a società *in house*) anche per quanto attiene i presupposti, le condizioni e i limiti.

Invero, le condizioni da rispettare per legittimare il peculiare modello organizzativo sono state dapprima individuate dalla Corte di giustizia nella nota decisione *Teckal*¹⁷ e quindi riprese, sviluppate e riarticolate in svariate pronunce¹⁸, tutte risultate funzionali alla successiva "codificazione" da parte del legislatore eurounitario con le direttive del 2014¹⁹ in tema di *public procurement* e da parte del legislatore nazionale con il *Codice dei contratti pubblici* (d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50) nonché con il *Testo unico sulle società a partecipazione pubblica* (d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175)²⁰.

Di questa linea evolutiva è chiara espressione il disposto dell'art. 5 del d.lgs. 50/2016 secondo cui ai fini della legittimazione di un rapporto *in house* occorre la concorrente e cumulativa sussistenza di tre requisiti.

Invero, *in primo luogo* l'amministrazione aggiudicatrice deve esercitare nei confronti del soggetto affidatario un "*controllo analogo*" a quello esercitato sui propri servizi.

14 Come ben illustrato da R. CARANTA, *op. ult. cit.*, 16 ss., la CGUE decise di non applicare analogicamente l'art. 6 della direttiva 92/50/Ce che, a determinate condizioni, ammetteva l'affidamento diretto per gli appalti di servizi, sviluppando progressivamente una fattispecie autonoma.

15 Così Corte Cost. n. 439 del 2008.

16 Sulle ragioni della privatizzazione, v. S. CASSESE, *Le privatizzazioni: arretramento o riorganizzazione dello Stato?*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 1996, 581 ss. ma anche ID, *La nuova costituzione economica* (a cura di), Bari, 2019. Si v. pure F. TRIMARCHI BANFI, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, Torino, 2016.

17 Corte giust., 18 novembre 1999, causa C-107/98, *Teckal*.

In secondo luogo, è necessario (ma non sufficiente) che nella persona giuridica controllata, salvo eccezioni di cui si dirà²¹, non vi sia alcuna partecipazione diretta di capitali privati²². A tal proposito va ricordato come in più occasioni la Corte di giustizia abbia chiarito come la partecipazione (anche minoritaria) dei privati, non solo potrebbe portare loro un vantaggio concorrenziale non compatibile con il principio di eguaglianza di cui le libertà fondamentali del Trattato sono espressione, ma finirebbe per introdurre interessi economici in grado di alterare l'“*influenza dominante*” degli enti affidanti sulla volontà del gestore (in quanto potenzialmente confliggenti con gli obiettivi di interesse pubblico che questo deve perseguire)²³.

In terzo luogo, almeno l'80% dell'attività del soggetto affidatario deve consistere nello svolgimento dei compiti a esso affidati dall'amministrazione aggiudicatrice controllante o da altre persone giuridiche controllate dall'amministrazione aggiudicatrice. Tale requisito, oltre a evidenziare una dipendenza economico-giuridica dell'organizzazione *in house* che completa quella decisionale assicurata dal controllo analogo²⁴, è funzionale a evitare che l'operare nel mercato di un soggetto titolare di affidamenti diretti comporti alterazioni di una concorrenza libera e, dunque, non falsata²⁵; in altri termini, a evitare distorsioni del mercato (e non invece a restringere la parte di attività che possono essere sottratte al mercato).

18 Sulle iniziali vicende evolutive dell'*in house*, a partire dalle decisioni dei giudici comunitari, si è scritto molto. Senza pretesa di esaustività, si rinvia a R. URSI, *Società ad evidenza pubblica. La governance delle imprese partecipate da Regioni ed Enti locali*, Napoli, 2013, 295 ss. il quale richiama alcune sentenze precedenti alla *Teckal* che hanno costituito l'“antefatto” dell'*in house*; R. CARANTA, *I contratti pubblici*, Torino, 2012, 25 ss.; C. IAIONE, *op. ult. cit.*, 137 ss.; G. PIPERATA, *Le società a partecipazione pubblica nella gestione dei servizi degli enti locali*, in M. Cammelli, M. Dugato (a cura di), *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, Torino, 2008; D.U. GALETTA, *Forme di gestione dei servizi pubblici locali ed in house providing nella recente giurisprudenza comunitaria e nazionale*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 2007; R. CAVALLO PERIN, D. CASALINI, *L'in house providing: un'impresa dimezzata*, in *Dir. amm.*, 1, 2006, 51 ss.; G. GRECO, *Imprese pubbliche, organismi di diritto pubblico, affidamenti "in house": ampliamento o limitazione della concorrenza?*, in *Riv. it. dir. com.*, 2005, 61 ss.; M. MAZZAMUTO, *Brevi note su normativa comunitaria e In House Providing*, in *Dir. Un. Eu.*, 2-3, 2001, 538.

19 Art. 12 della direttiva 2014/24/Ue in tema di appalti pubblici; art. 17 della direttiva 2014/23/Ue in tema di contratti di concessione e art. 28 della direttiva 2014/25/Ue in tema di appalti nei settori speciali.

20 In Italia i requisiti dell'*in house* erano già stati codificati, ma non esplicitati, dall'art. 113 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, così come riformato nel 2003.

21 V. *infra*, § 2.3.

22 Cfr. Corte giust., 11 gennaio 2005, causa C-26/03, *Stadt Halle*, p. 49.

23 Cfr. *Stadt Halle*, p. 49 e le Conclusioni dell'AG, 1 marzo 2005, relative causa C- 458/03, *Parking Brixen*, p. 53.

24 R. CAVALLO PERIN, D. CASALINI, *op. ult. cit.*, 82.

25 Cfr. Corte giust., 11 maggio 2006, causa C-340/04, *Carbotermo*, p. 60 ss.. Sulla natura “*antitrust*” di tale requisito, cfr. A. SANCHEZ GRAELLS, *Public Procurement and the EU Competition Rules*, Oxford and Portland, 2015, 258 ss.. Obiettivi ulteriori pare perseguire il legislatore statale con l'art. 16, co. 3-bis, del d.lgs. 175/2016 ove prevede che l'“attività ulteriore” è consentita solo a condizione che permetta di conseguire economie di scala o altri recuperi di efficienza sul complesso dell'attività principale della società. Su tale scelta del legislatore di integrare, con un requisito qualitativo, quello quantitativo previsto dalle direttive e sui possibili contrasti con il diritto Ue e con il divieto di *gold plating*, cfr. A. MALTONI, *Le società in house nel T.U. sulle partecipate pubbliche*, in *Urb. app.*, 1, 2017, 15 ss..

Tenendo conto di questi sintetici elementi di inquadramento, l'analisi della pronuncia della Corte Costituzionale induce a riporre l'attenzione sulle condizioni necessarie affinché possa ritenersi sussistente il cd. "controllo analogo" (primo requisito) e sulle relative forme di disciplina e regolazione; ciò in quanto la fattispecie oggetto di giudizio non presentava particolari profili di incertezza quanto agli ulteriori due requisiti.

2. Profili evolutivi del controllo analogo.

Secondo l'art. 5, co. 2, del Codice e l'art. 2 del TU sulle società pubbliche sussiste un "controllo analogo" a quello esercitato sui propri servizi allorché "l'amministrazione aggiudicatrice eserciti un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della persona giuridica controllata"²⁶; deve trattarsi di un "controllo strutturale, funzionale ed effettivo"²⁷ e comunque occorre accertare la sussistenza di "poteri di ingerenza e di condizionamento superiori a quelli tipici del diritto societario"²⁸ prendendo in considerazione, non solo le disposizioni normative rilevanti, ma tutte le circostanze pertinenti, comprensive di pattuizioni statutarie e parasociali²⁹.

L'individuazione di confini e modalità di accertamento del requisito del controllo analogo ha da sempre costituito l'aspetto più spinoso dell'affidamento diretto a società *in house*.

L'approccio empirico adottato sin dall'inizio dalla Corte di giustizia - basato su analisi compiute caso per caso in relazione alle specifiche e variegate circostanze della situazione concreta - e il carattere di pregiudizialità europea e non di giudizio di merito delle sue pronunce, non hanno certo agevolato il compito dei giudici nazionali nell'opera di delimitazione dell'ambito di applicazione della deroga alle regole concorrenziali di affidamento.

Si tratta, infatti, di un approccio che mal si concilia con la tradizione giuridica nazionale tendente a creare categorie, regole e principi giocoforza meno flessibili.

Inoltre, se nella prospettiva comunitaria il cd. "*in house providing*" è da sempre servito per rintracciare il confine fra mercato e autonomia organizzativa, nell'ordinamento interno l'istituto ha finito per trovarsi al centro di una fitta rete di costruzioni giuridiche che, per quanto spesso connesse al tema mercato-non mercato, sono state funzionali ad affrontare questioni in parte distinte³⁰.

Un tale approccio pare inevitabile dal momento che, al di là del maggior grado di formalismo proprio della cultura giuridica degli ordinamenti nazionali, compete agli operatori nazionali il complesso di compito di sistematizzare concettualmente, in relazione a categorie giuridiche consolidate, le innovazioni dell'ordinamento europeo.

2.1 Segue. L'approccio restrittivo della prima fase: alcune possibili spiegazioni.

26 Così Corte giust., 29 novembre 2012, cause riunite C-182/11 e C-183/11, *Econord*, p. 15; 10 settembre 2009, causa C-573/07, *Sea srl*, p. 65; C-340/04, *Carbotermo*, cit., p. 36; 13 ottobre 2005, causa C-458/03, *Parking Brixen*, p. 65 con commento di G. PIPERATA, *L'affidamento in house nella giurisprudenza del giudice comunitario*, in *Giorn. dir. amm.*, 2, 2006, 137 ss..

27 Così Corte giust., 29 novembre 2012, cause riunite C-182/11 e C-183/11, *Econord*, p. 27.

28 Da ultimo, Con. Stato, sez. V, 15 gennaio 2018, n. 182.

29 Da ultimo, Tar Lombardia, sez. IV, 6 dicembre 2018, n. 2746.

30 Cfr. F. FRACCHIA, *op. ult. cit.*, 244. e IAIONE, *op. ult. cit.*, 189

In un contesto caratterizzato dunque da vari elementi di incertezza, sembra possibile, in ogni caso, evidenziare alcuni *profili evolutivi* nella configurazione del “controllo analogo”.

Le pronunce della CGUE immediatamente successive alla sentenza *Teckal* - che hanno tentato di definire le condizioni del controllo analogo e dell'attività prevalente prima solo enunciate (principalmente, *Stadt Halle*, *Coname*³¹, *Parking Brixen*, *Carbotermo*)³² - si sono confrontate con il controllo analogo individuale, ovvero posto in essere da un unico socio pubblico. L'affidamento diretto si giustificava poiché non poteva ravvisarsi alcun “*contratto a titolo oneroso concluso con un'entità giuridicamente distinta dall'amministrazione aggiudicatrice*”³³.

Non vi è dubbio che aver concepito il cd. “*in house providing*” quale limite all'applicazione di una disciplina, quella sull'evidenza pubblica, di cui si cercava di estendere al massimo l'ambito di applicazione al fine di rafforzare il mercato unico, abbia portato la Corte di giustizia - anche per reazione a soluzioni a “maglie larghe” che stavano contemporaneamente affermandosi a livello nazionale - ad applicare e interpretare in modo restrittivo tutti e tre i requisiti richiamati, compreso quello del controllo analogo³⁴.

Non pare nemmeno da escludere che in una fase di forte egemonia politica, e anche culturale, delle idee neolibériste, l'equiparazione fra soluzioni di autorganizzazione e l'*outsourcing* non fosse in realtà del tutto accettata tra le Istituzioni comunitarie; così che l'interpretazione restrittiva sui requisiti dell'*in house* finiva per risultare probabilmente funzionale a estendere il perimetro di applicazione delle libertà economiche di movimento e delle regole della concorrenza per il mercato³⁵. Al punto da far addirittura ritenere che, proprio a causa di tale approccio restrittivo, il modello *in house* fosse da considerare oramai superato³⁶.

Il che ha avuto inevitabili ricadute sull'ordinamento interno.

Dopo un primo atteggiamento per certi versi flessibile, i giudici nazionali - forse influenzati anche dalla emergente diffidenza del legislatore statale verso tale modello - hanno interpretato in termini molto rigidi e restrittivi i tre requisiti, compreso quello del controllo analogo; in diverse occasioni, esso è stato ritenuto sussistente (solo) in presenza di un dominio pressoché assoluto del socio sul gestore e, al contrario,

31 Corte giust., 21 luglio 2005, causa C-231/03, *Coname*.

32 Per una ricostruzione completa del quadro v., per tutti, V. DONATIVI, *Le società a partecipazione pubblica. Raccolta sistematica della disciplina, commentata e annotata con la giurisprudenza*, Milano, 2016, 1044 ss.; ID, *I “confini” (ancora incerti) del controllo analogo congiunto in materia di in house providing*, in *Giur. comm.*, 5, 2014, 765 ss.; C. IBBA, *Società in house: nozione e rilevanza applicativa*, in *Munus*, 1, 2015, 3 ss.; U. R. URSI, *op. ul. cit.*, 302 ss.; M. LIBERTINI, *Le società di autoproduzione in mano pubblica: controllo analogo, destinazione prevalente dell'attività ed autonomia statutaria*, in *Riv. dir. Soc.*, 2, 2012, 211 ss.; R. CARANTA, *I contratti pubblici*, Torino, 2012, 25 ss.; A. MASSERA, *Lo Stato che contrae e che si accorda*, Pisa, 2011, 129. Si v. anche le conclusioni dell'AG Trstenjak del 4 giugno 2008 relative alla causa C-324/07, *Coditel Brabant*.

33 Così corte giust., C-26/03, *Stadt Halle*, cit., p. 42 ss.

34 Oltre la dottrina citata alla nota 18 e 32, v. anche le conclusioni dell'AG Trstenjak del 4 giugno 2008 relative alla causa C-324/07, *Coditel Brabant*.

35 In termini simili, M. MAZZAMUTO, *L'apparente neutralità comunitaria sull'autoproduzione pubblica: dall'in house al partenariato “Pubblico-Pubblico”*, in *Giur. it.*, 2013, 1417; R. VILLATA, *Pubblici servizi. Discussione e problemi*, Milano, 2008, 342. Cfr. anche le conclusioni dell'AG Kokott dell'1 marzo 2005 relativa alla causa C-458/03, *Parking Brixen*, cit., p. 68 ss..

36 Cfr. R. CARANTA, *Dodo, rondine o fenice: quale futuro per l'«in house»?*, in *Urb. app.*, 12, 2007, 1489

escluso in presenza di qualunque forma di autonomia dell'affidatario diretto rispetto al socio unico³⁷.

L'*in house* veniva, quindi, relegato in ambiti così angusti da essere, di fatto, marginalizzato³⁸.

La lettura retrospettiva del processo induce, pertanto, il convincimento che in taluni casi i giudici nazionali abbiano recepito la posizione della Corte di giustizia in termini ancor più restrittivi di quanto effettivamente voluto dalla stessa.

Una delle ragioni di tale atteggiamento della giurisprudenza interna potrebbe ravvisarsi, come evidenziato, nell'esigenza di ricondurre la soluzione *in house* a categorie giuridiche consolidate; come pure potrebbe ricondursi alla presenza, nelle fattispecie esaminate, di elementi, profili e caratteri del modello non presi invece in considerazione dalla CGUE al momento della definizione dei confini della fattispecie. D'altronde, appaiono emblematici i tratti portanti della qualificazione giuridica del rapporto *in house*, come allora rappresentati, secondo cui *"il velo che normalmente nasconde il socio dietro la società è dunque squarciato: la distinzione tra socio (pubblico) e società (in house) non si realizza più in termini di alterità soggettiva, con configurabilità soltanto di un patrimonio separato nell'ambito di un'unica persona giuridica"*; di guisa che le "società *in house*", pur formalmente riconducibili alla forma societaria, altro non sarebbero state che mere articolazioni interne delle amministrazioni, prive di potere decisionale autonomo.

Ed è del tutto significativo che a queste conclusioni siano pervenute le Sezioni Unite della Corte di Cassazione che hanno esteso la responsabilità erariale, di norma esclusa per le altre società a partecipazione pubblica, agli amministratori delle società *in house* per il danno da questi cagionato al patrimonio sociale³⁹; così finendo - per l'obiettivo di fondo di assicurare una tutela delle risorse pubbliche - col corroborare e finanche irrigidire la lettura restrittiva dei "requisiti" già fatta propria dalla giurisprudenza amministrativa⁴⁰.

A ciò si aggiungano, poi, i riflessi dell'operazione ermeneutica volta a ricondurre il cd. "controllo analogo" all'interno degli istituti propri del diritto amministrativo, in alternativa al ricorso alle categorie del diritto societario; con ogni probabilità una simile impostazione non può considerarsi "neutra" o comunque irrilevante rispetto al recepimento delle indicazioni della giurisprudenza della Corte di Giustizia, peraltro improntate a un metodo funzionale e sostanzialista⁴¹.

Riflessioni simili a quelle finora svolte sembrano potersi rintracciare, se ben si è inteso, nel pensiero di chi osserva come *"la necessaria immedesimazione tra ente pubblico e soggetto affidatario, sia essa strutturale o funzionale, non è la causa, bensì la conseguenza del rapporto in house"*, essendo rilevante non tanto se il rapporto tra l'ente e la società *"vada configurato in termini di gerarchia o di*

37 Cfr., anche per i riferimenti giurisprudenziali, V. DONATIVI, *Le società a partecipazione pubblica*, cit., 1044 ss.; M. LIBERTINI, *op. ult. cit.*, 212; R. CARANTA, *op. ult. cit.*, 1489, C. IAIONE, *op. ult. cit.*, 172 ss., M.G. ROVERSI MONACO, *I caratteri della gestione in house*, in *Giorn. dir. amm.*, 12, 2006, 1376 ss..

38 Cfr. S. COLOMBARI, *«Delegazione interorganica» ovvero «in house providing» nei servizi pubblici locali*, in *Foro amm.*, - *C.d.S.*, 2004, 1136 e la giurisprudenza ivi richiamata.

39 Cass. Civ., SS.UU., 25 novembre 2013, n. 26283. Per i riferimenti alle diverse posizioni in giurisprudenza, v. il parere del Cons. Stato, d 16 marzo 2016, n. 968 sullo schema di d.lgs. recante T.U. in materia di società a partecipazione pubblica.

40 Cfr. C. IBBA, *Società in house*, cit., 8.

41 Cfr. IAIONE, *op. ult. cit.*, 119 e 141 ss. e R. URSI, *op. ult. cit.*, 297 e 317. Tali Autori fanno notare come la ricostruzione in termini di delegazione interorganica e/o di rapporto di subordinazione gerarchica non sia riscontrabile in alcuna decisione della CGUE.

direzione”, quanto piuttosto il fatto che lo “*schema legale proprio del modello organizzativo adottato consenta effettivamente l’esercizio di un potere di condizionamento forte sulla vita gestionale della società*”, ovvero sugli “*obiettivi strategici*” e sulle “*decisioni significative*”⁴².

2.2. Segue... le maglie si allargano: il riconoscimento della cooperazione quale consacrazione del principio di auto-organizzazione.

Nel riportare l’attenzione alla giurisprudenza comunitaria può osservarsi come, dopo le prime pronunce particolarmente restrittive, il tema dei *requisiti* dell’*in house* sia stato affrontato in una prospettiva di *maggiore flessibilità*⁴³.

In particolare, per quanto concerne il “*controllo analogo*”, il momento di svolta può essere rintracciato nella sentenza *Asemfo* del 19 aprile 2007⁴⁴.

La questione riguardava la legittimità degli affidamenti diretti da parte dei soci di minoranza a favore di una società di diritto speciale (TRAGSA) il cui capitale sociale era posseduto per l’1% da alcune Regioni (appena lo 0,25% ciascuna) e per il restante 99% dallo Stato spagnolo; si consideri, per completezza, che la TRAGSA offriva i propri servizi anche sul mercato.

Come osservato in dottrina, riconoscendo nella specie l’ammissibilità dell’affidamento *in house*, la CGUE ha assunto una più sfumata lettura della relazione tra controllo societario e funzione di autoproduzione a favore dell’ente socio, attribuendo minor rilievo al profilo organizzativo (da cui l’avvio di un percorso di scissione fra la quota azionaria detenuta e l’effettività del controllo analogo) e valorizzando, invece, il dato funzionale⁴⁵.

Peraltro, alla decisione *Asemfo* va riconosciuto il merito di aver posto l’attenzione sull’ulteriore e connesso tema del “controllo analogo” esercitato, non da un solo ente, ma da più amministrazioni (cd. controllo analogo *congiunto*, *frazionato* o *partecipato*). Per vero, già la sentenza *Teckal* concerneva una situazione di cooperazione intercomunale, ma in quell’occasione la Corte non aveva affrontato il tema dell’esercizio congiunto del “controllo analogo” da parte di più soci pubblici⁴⁶; allo stesso modo, nemmeno nella decisione *Coname* – in cui si era ritenuto che una partecipazione pubblica pari allo 0,97% fosse troppo esigua per consentire forme di controllo analogo - la CGUE si era pronunciata sulla possibilità di esercizio congiunto.

42 Il corsivo è di R. URSI, *op. ult. cit.*, 317. Pare opportuno richiamare anche A. ROMANO TASSONE, *Gli statuti per gestione “in house” dei servizi pubblici*, in F. Guerrera, (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, Torino, 2010, 60 secondo cui tale “*nozione comunitaria (in house) è assai più aperta di quanto non sembri (...) essendo in realtà un fenomeno (o forse meglio: un risultato) economico (...) che può essere realizzato in molti modi e con formule giuridiche assai varie*”.

43 Tale tendenza è stata da più parti rilevata. Per tutti, cfr. M. LIBERTINI, *op. ult. cit.*, 213 ss.; R. CARANTA, *The In-House Providing*, cit., 29; M. MAZZAMUTO, *op. ult. cit.*, 1419; R.M. PELLEGRINI, *Società affidatarie di servizi pubblici locali e controllo analogo esercitato in maniera congiunta e differenziata attraverso strutture decisionali «extra-codicistiche»*, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2009, 10, 2233 ss..

44 Corte giust., 19 aprile 2007, causa C-295/05, *Asemfo*, con commento di R. CARANTA, *Dodo, rondine o fenice*, cit.. Il nuovo orientamento è stato confermato poco dopo da Cost. giust., 18 dicembre 2007, causa C-220/06, *Correos*.

45 La società, infatti, era obbligata a eseguire le prestazioni affidate anche dai soci pubblici di minoranza e non aveva alcuna libertà nell’individuazione delle tariffe; inoltre le relazioni con i soci non avevano natura contrattuale. Cfr. M. LIBERTINI, *op. ult. cit.*, 214; R. CARANTA, *op. ult. cit.*, 1491.

46 Un riferimento è presente nelle conclusioni dell’AG Cosmas dell’1 luglio 1999, p. 61

Nell'ordinamento interno, invece, la giurisprudenza amministrativa non ha mai mostrato particolari dubbi nel riconoscere l'ammissibilità delle cd. *società multicomunali* e la legittimità di affidamenti diretti anche da parte dei Comuni con partecipazioni minoritarie⁴⁷; e ciò anche per la frequenza del ricorso a tali modelli organizzativi.

Tuttavia la decisione nel caso *Asefmo* pare, ancor oggi, originata dalle peculiarità del caso concreto piuttosto che da una compiuta ricostruzione e qualificazione delle forme di controllo plurisoggettivo⁴⁸.

La piena ammissibilità, anche a livello di giurisprudenza europea, del "controllo analogo congiunto" discende dalle pronunce successive.

Infatti è con la decisione *Coditel Brabant* che si è registrato un diverso approccio rispetto all'iniziale atteggiamento particolarmente restrittivo. Oltre a evocare, in chiave analogica, il ragionamento svolto nei precedenti *Asemfo* e *Carbotermo* (in cui il requisito dell'attività prevalente era stato ritenuto soddisfatto considerando l'attività svolta nei confronti di tutti gli enti soci), la Corte ha richiamato la decisione *Parking Brixen*, precisando come tale pronuncia avesse richiesto un controllo "analogo" a quello esercito sui propri servizi, "ma non identico ad esso in ogni elemento".

Nella parte centrale del ragionamento la CGUE ha osservato come, essendo frequente il ricorso a società detenute in comune per l'erogazione di determinati servizi, richiedere anche in questi casi un controllo individuale equivarrebbe a escludere la possibilità, espressamente riconosciuta dall'ordinamento UE, "di adempiere ai compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti, amministrativi, tecnici e di altro tipo, senza essere obbligata a far ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi"⁴⁹.

Ancor più esplicite in tal senso erano state le conclusioni dell'AG Trstenjak secondo cui negare il controllo congiunto "di fatto (...) equivarrebbe ad una privatizzazione dei servizi di interesse generale, imposta utilizzando gli strumenti del diritto in materia di aggiudicazione degli appalti"; ciò avrebbe accordato una "preponderanza inadeguata agli obiettivi del diritto della concorrenza e (avrebbe inciso), al contempo, in modo eccessivo sull'autonomia amministrativa dei comuni" che trova fondamento e riconoscimento, non solo a livello nazionale, ma anche comunitario⁵⁰.

Tuttavia, sia il caso *Coditel Brabant* sia il caso *Asemfo* riguardavano di società di diritto singolare o speciale, ovvero istituite dalla legge per la realizzazione di una specifica missione.

Proprio per questa peculiarità genetica, assumono particolare rilievo le successive decisioni *Sea* ed *Econord*⁵¹ che hanno ribadito le medesime conclusioni in merito all'ammissibilità del controllo analogo congiunto rispetto a società di diritto comune⁵².

47 Cfr. Cons. Stato, sez. V, 6 maggio 2002, n. 2418 con nota di G. CAIA, *Le società a prevalente capitale pubblico come formula organizzativa di cooperazione tra comuni*, in *Foro amm. – C.d.S.*, 2002, 5, 1231; TAR Friuli-Venezia Giulia, 15 luglio 2005, n. 634 con nota di A. LOLLI, *Servizi pubblici locali e società in house: ovvero la collaborazione degli enti locali per la realizzazione di interessi omogenei*, in *Foro amm.-TAR*, 2005, 1934 ss.. Sul tema v. anche C. IAIONE, *op. ul. cit.*, 173 ss. e M.G. ROVERSI MONACO, *op. ult. cit.*, 1377.

48 Al punto che nei primi commenti si era parlato di soluzione diversa dall'*in house*; v. F. GOISIS, *Nuovi sviluppi comunitari e nazionali in tema di in house providing e i suoi confini*, in *Dir. amm.*, 3, 2008, 581.

49 Corte giust., 13 novembre 2008, causa C-324/07, *Coditel Brabant*, p. 47-48.

50 Cfr. pp. 83 ss. delle Conclusioni del 4 giugno 2008, causa C-324/07.

51 Corte giust., 10 settembre 2009, causa C-573/03, *Sea*, cit., con commento di R.M. PELLEGRINI, *Società affidatarie*, cit. e Coste giust., cause riunite C-182/11 e C-183/11, *Econord*, cit..

A seguito di tali decisioni, si finisce per ammettere che il controllo analogo congiunto possa essere esercitato non solo dall'ente detentore della partecipazione di maggioranza, ma anche dagli enti di minoranza, a prescindere dalla dimensione della loro partecipazione.

Non può tuttavia parlarsi di un "*principio di irrilevanza*"⁵³ della situazione del singolo ente pubblico di minoranza, dal momento che la sua partecipazione non deve risultare puramente formale, ovvero "*inidonea a garantire la benché minima possibilità di partecipare al controllo*". Detto altrimenti, il controllo congiunto non deve comportare un'elusione del principio per il quale l'ente pubblico affidante deve esercitare un'*influenza determinante* sul soggetto affidatario.

2.3 Il "contributo" delle direttive del 2014 e della disciplina interna di recepimento.

Il percorso di progressivo ampliamento del modello *in house*, imperniato sulla riduzione della originaria rigidità dei tre requisiti fondamentali, ha trovato riconoscimento nelle direttive del 2014 e, come detto, nella disciplina nazionale di recepimento.

Le novità principali hanno riguardato il profilo della composizione societaria consentendosi, sia pure in via eccezionale e residuale, la partecipazione di privati e il profilo dell'attività prevalente⁵⁴.

Con riguardo al primo, le condizioni richieste per l'ammissibilità di una composizione "mista" - previsione per legge della partecipazione privata e non attribuzione al socio privato di alcun potere di veto o di controllo, né di una posizione di influenza determinante sulla persona giuridica controllata - dovrebbero garantire l'effettività del rapporto di "controllo analogo" e, quindi, l'impermeabilità agli interessi economici dell/i socio/i privato/i.

Per vero, una maggiore flessibilità si rintraccia anche nella disciplina del "controllo analogo" la cui definizione legislativa ("*influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della società controllata*") sembra allontanarsi dalle configurazioni restrittive che avevano caratterizzato le prime ricostruzioni della giurisprudenza nazionale⁵⁵.

52 M. LIBERTINI, *op. ult. cit.*, 215.

53 L'espressione è ripresa dalle conclusioni dell'AG Cruz Villalon relativa alle cause riunite C-182/11 e C-183/11.

54 Sulle novità introdotte dalle direttive 2014 rispetto a tale requisito, si rinvia, per tutti a V. DONATIVI, *Le società a partecipazione pubblica*, cit., 1061 e A. MALTONI, *op. ult. cit.*, 25 ss..

55 Coerentemente con l'approccio fino ad ora seguito e con gli obiettivi della presente ricostruzione, non saranno oggetto di attenzione questioni rilevanti, ricavabili dall'adozione del d.lgs. 175/2016, ma già prima dibattute, quali la riconducibilità o meno del controllo analogo ai modelli ordinari del controllo societario, l'inquadramento giuridico delle società *in house* in bilico tra diritto privato e diritto pubblico e la loro classificazione rispetto alle altre società partecipate da enti pubblici. Oltre alla definizione di controllo analogo, che per alcuni per alcuni si allontanerebbe dalla tesi dell'immedesimazione organica, si fa riferimento principalmente:

- all'art. 1 co. 3 secondo cui "*Per tutto quanto non derogato dalle disposizioni del presente decreto, si applicano alle società a partecipazione pubblica le norme sulle società contenute nel codice civile e le norme generali di diritto privato*";

- all'art. 12 sulla responsabilità degli amministratori e dei dipendenti delle società *in house* che per alcuni confermerebbe la tesi della SS.UU. della Cassazione sulla sussistenza della giurisdizione contabile per il danno loro cagionato al patrimonio della società;

- all'applicabilità della disciplina sul fallimento che, ai sensi dell'art. 14, dovrebbe riguardare anche le società *in house*;

Altrettanto può dirsi della codificazione delle varie forme di controllo diverse da quello individuale (in passato non sempre avallate dalle Istituzioni Ue), come il “controllo analogo congiunto” o “frazionato”, il “controllo analogo indiretto” o “a cascata”, il “controllo analogo invertito” e il “controllo analogo orizzontale”⁵⁶.

Ponendo l’attenzione – per quanto di diretto rilievo con la pronuncia della Corte Costituzionale - sui casi di “controllo analogo congiunto” o “frazionato”, le direttive Ue del 2014 in tema di contratti pubblici precisano le relative condizioni di ammissibilità, ravvisandole⁵⁷:

- nella presenza, negli organi decisionali della persona giuridica affidataria, di rappresentanti di tutte le amministrazioni partecipanti, con la precisazione che “*singoli rappresentanti possono rappresentare varie o tutte le amministrazioni aggiudicatrici partecipanti*”;

- nella comprovata capacità delle amministrazioni aggiudicatrici di esercitare in modo congiunto un’influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative del soggetto affidatario;

- nel naturale non perseguimento di interessi contrari a quelli delle amministrazioni controllanti.

La prima di queste condizioni va letta alla luce della decisione *Econord* in cui la Corte, con l’obiettivo di fornire indicazioni precise e di pronta applicazione al principio per il quale l’ente deve esercitare un’“influenza determinante”, aveva finito per accrescere il grado di incertezza⁵⁸. Infatti, direttamente nella massima e senza alcuna ulteriore specificazione, veniva affermato che il requisito del controllo analogo congiunto dovesse ritenersi soddisfatto allorché ciascuna autorità pubblica partecipi, oltre che al capitale, anche “*agli organi direttivi della società*”.

Di guisa che nello specificare che “*singoli rappresentanti possono rappresentare varie o tutte le amministrazioni aggiudicatrici partecipanti*”, il legislatore europeo pare risolvere, nel modo più logico, una questione affrontata dalla dottrina all’indomani di tale decisione, ovvero se la partecipazione agli organi direttivi debba essere “atomistica” (un rappresentante per ogni socio) oppure “sintetica” (rappresentanti comuni per una pluralità di soci)⁵⁹.

Né le direttive né la disciplina nazionale di recepimento chiariscono, però, un’altra questione dibattuta all’indomani del riconoscimento da parte della CGUE del

- agli strumenti previsti dall’art. 16 co.2 per realizzare il controllo analogo, anche in deroga al diritto societario.

È impossibile in tale contesto prendere posizione o solo affrontare le numerose e complesse questioni derivanti dalle disposizioni richiamate. Si rinvia pertanto al volume a cura di H. BONURA e A. RUGHETTI, *L’impresa pubblica in Italia*, cit., e in particolare ai contributi di Bonura, Clarich Fonderico, Guerrera, Libertini, Mattarella. Sul tema, fra i tanti, v. anche G. CAIA, *La disciplina sulle società a partecipazione pubblica*, in *Giorn. dir. amm.*, 5, 2017, 601 ss.; A. MALTONI, *op. ult. cit.*, 21 ss.; C. IBBA, *Responsabilità e giurisdizione nelle società pubbliche*, *Dir. ec.*, 3, 2017, 649; V. DONATIVI, *Le società a partecipazione pubblica*, cit., 1039 ss..

56 Su tali forme “alternative” di controllo analogo, v. il parere di Cons. St., sez. I, 7 maggio 2019, n. 1389, cit.. In dottrina, per tutti, R. DE NICTOLIS, *I nuovi appalti pubblici*, Bologna, 2017, 243 ss. e G. CARULLO, *Riflessioni su alcune aperture del legislatore europeo in tema di in house, anche in prospettiva dei corrispondenti limiti nazionali per le società strumentali*, in *Riv. it. Dir. pubbl. com.*, 2014, 992 ss.

57 Art. 12 della direttiva 2014/24/Ue, art. 17 della direttiva 2014/23/Ue e art. 28 della direttiva 2014/25/Ue

58 Cfr. M.E. COMBA, *Cooperazione verticale ed orizzontale tra enti pubblici: verso una “teoria unificata” delle deroghe all’applicazione della normativa europea sugli appalti?*, *Dir. pubbl. comp. eur.*, 1/2013, 300.

controllo analogo congiunto, ovvero se la situazione di influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni maggiormente significative della società debba provenire dal complesso dei soci, genericamente e unitariamente intesi (criterio sintetico), ovvero da ciascun socio individualmente, come ad esempio con previsione di un potere di veto (criterio atomistico).

Su tale seconda questione sia la giurisprudenza nazionale sia la dottrina sembrano divise⁶⁰, anche se va segnalata una recente pronuncia del Consiglio di Stato che ha optato per la soluzione meno rigorosa. Al riguardo è stato osservato, infatti, come il controllo analogo vada verificato, senza che assuma rilievo l'entità della singola partecipazione societaria, "secondo un criterio sintetico e non atomistico" ritenendosi "sufficiente che il controllo della mano pubblica sull'ente affidatario, purché effettivo e reale, sia esercitato dagli enti partecipanti nella loro totalità, senza che necessiti una verifica della posizione di ogni singolo ente"⁶¹. In ogni caso, rimane ovviamente ferma la necessità di non ricadere in forme di "irrilevanza" della singola posizione azionaria. In conclusione, dai richiamati riferimenti alle posizioni giurisprudenziali e dottrinali sul modello "in house" e sui relativi requisiti e condizioni di ammissibilità, sembra potersi affermare che anche la nozione di "controllo analogo" si sia progressivamente connotata per una certa flessibilità, sia pure salvaguardando l'essenzialità sostanziale di un legame fra socio affidante e gestore, comunque pregnante; come pure il riconoscimento, in capo alle amministrazioni socie, di un effettivo potere di determinazione degli obiettivi strategici e delle decisioni più rilevanti della persona giuridica *in house*.

Questo anche se la sussistenza di un "legame sostanziale" non comporta necessariamente una qualificazione del rapporto in termini di vera e propria immedesimazione organica, né l'equiparazione ad un "ufficio interno" della/e amministrazione/i. D'altronde, lo stesso controllo analogo congiunto pare di per sé inconciliabile con forme di dominio pressoché assoluto⁶², a maggior ragione nella versione "sintetica" sostenuta da parte della dottrina e della giurisprudenza.

3. Aspetti salienti della gestione del servizio idrico integrato in Sardegna.

Prima di considerare la posizione della Consulta sul tema del "controllo analogo" nella pronuncia oggetto del commento, è necessario precisare brevemente la configurazione assunta dal Servizio idrico integrato in Sardegna⁶³.

I principali riferimenti normativi sono rappresentati dalla l.r. 17 ottobre 1997 n. 29 (conseguente alla legge dello Stato 5 gennaio 1994, n. 36, meglio nota come "legge Galli") poi abrogata dalla l.r. 4 febbraio 2015, n. 4, attuativa delle disposizioni del Codice dell'ambiente (d.lgs. 3 aprile 2006 n. 152 e ss.mm.ii.⁶⁴).

Con gli interventi degli anni '90 si è realizzata un'importante riforma di tale settore, incentrata - per i profili qui di interesse - sulla riorganizzazione del servizio in chiave

59 Come osservato da A. CASSATELLA, *Partecipazione "simbolica" alle società in house e requisito del controllo analogo*, in *Giur. it.*, 2014, 1712, con tale previsione il legislatore Ue conferma la soluzione di compromesso fra logica "dominica" e logica "funzionale" prospettata dalla CGUE nella sentenza *Econord*.

60 Sulle diverse posizioni emerse in dottrina e giurisprudenza, v. E. CODAZZI, *Note in tema di controllo "congiunto" su società in house pluripartecipata*, in *Giur. comm.*, 4, 2018, 630 ss. e V. DONATIVI, *op. ult. cit.*, 1057 ss..

61 Così Con. Stato, se. V, 15 gennaio 2018, n. 182; ma già in precedenza, sez. V, 24 settembre 2010, n. 7092; 26 agosto 2009, n. 5082; 9 marzo 2009, n. 1365.

62 E. CODAZZI, *op. ult. cit.*, 630 ss. e V. DONATIVI, *I confini*, cit., 765 ss..

“industriale” nell’ottica di conseguire una maggiore efficienza operativa, economie di scala e contenimento dei costi di produzione⁶⁵, anche attraverso la individuazione degli ambiti territoriali ottimali⁶⁶, essenziale per il superamento della precedente frammentazione gestionale. Ambiti territoriali ottimali di norma coincidenti - come nel caso della Sardegna - con l’intero territorio regionale.

La legge regionale n. 29 del 1997 prevedeva, inoltre, un’autorità per l’ambito unico (cd. Autorità d’ambito), ovvero un consorzio obbligatorio degli enti locali ricompresi nell’ambito cui venivano attribuiti compiti di assoluto rilievo quali la scelta delle modalità di gestione fra quelle consentite e l’affidamento della gestione del servizio idrico integrato (art. 7). Così che il SSI sardo ha finito per fungere da “archetipo” del modello assunto dal legislatore statale con le riforme degli anni successivi⁶⁷.

Sebbene i numerosi interventi normativi sulla materia abbiano inciso anche sui profili testé richiamati⁶⁸, gli elementi portanti dell’assetto organizzativo del SSI della Sardegna sono confluiti nella l.r. n. 4/2015 (attualmente in vigore dopo le modifiche apportate dalla l.r. 25/2017 su cui v. *infra*).

Oltre che per allinearsi alle disposizioni statali nel frattempo intervenute, il legislatore regionale del 2015 si è mosso con l’esplicito obiettivo di valorizzare l’apporto degli enti territoriali comunali nella *governance* della risorsa idrica, cercando di ridurre i

63 Per un più ampio approfondimento sul SII della Regione Sardegna, nel testo solo accennato, si rinvia a G. AMOROSO, *Il servizio idrico integrato tra esigenze locali e unitarietà. Il quadro legislativo nazionale e il caso Sardegna*, S. Staiano (a cura di), *Acqua. Bene pubblico, risorsa non riproducibile, fattore di sviluppo*, Napoli 2018, 660 ss.; S. ARU, *Modelli di gestione del servizio idrico integrato: il “caso Sardegna”*, *Acqua. Bene pubblico*, cit., 685 ss.; ID, *La gestione del servizio idrico tra Europa, Stato, Regioni e volontà popolare*, in *Federalismi*; S. CECCHINI, *La gestione del bene “acqua” nella Regione Sardegna*, in *Acqua. Bene pubblico*, cit., 644 ss.; ID, *Il servizio idrico integrato in Sardegna tra inveramento del principio di unicità della gestione e criticità del suo esercizio*, *Dir. reg.*, 25 marzo 2019. A tali contributi si rinvia anche per i riferimenti bibliografici sul SII in generale, ulteriori a quelli richiamati nelle note successive.

64 Il d.l. 12 settembre 2014, n. 133 (cd. “Sblocca Italia”), convertito con modificazioni dalla l. 11 novembre 2014, n. 164.

65 Sui diversi profili del SII, si v. i contributi nei volumi a cura di L. CARBONE, G. NAPOLITANO, A. ZOPPINI, *Annuario di Diritto dell’energia. Il regime dell’acqua e la regolazione dei servizi idrici*, Bologna, 2017 e di S. STAIANO, *Acqua. Bene pubblico*, cit.; M. ANDREIS, *Acqua, servizio pubblico e partecipazione*, Milano, 2016. *Ex multis*, v. anche R. MICCÙ, M. FRANCAVIGLIA, *Società pubbliche e servizi di interesse economico generale: il caso del servizio idrico integrato*, in *Federalismi*, 2018; G. CAIA, *I modelli di gestione del servizio idrico integrato e i rapporti con l’Ente di governo*, in L. Carbone, G. Napolitano, A. Zoppini (a cura di), *Annuario di Diritto dell’energia*, cit.; F. CAPORALE, *I servizi idrici. Dimensione economica e rilevanza sociale*, Milano, 2017, 217 ss.; V. PARISIO, *La gestione del servizio idrico (integrato), valorizzazione della specialità e vuoto normativo*, in P. Dell’anno, E. Picozza (a cura di), vol. II, *Discipline ambientali di settore*, Padova, 2013; V. CERULLI IRELLI, *Disciplina delle acque e servizio idrico integrato*, in M. Gigante (a cura di), *L’acqua e la sua gestione. Un approccio multidisciplinare*, Napoli, 2012; G. SANTUCCI, A. SIMONATI, F. CORTESE (a cura di), *L’acqua e il suo diritto*, Trento, 2011; A. PIOGGIA, *La gestione diretta del servizio idrico integrato attraverso società in house o azienda speciale: prospettive del dopo-referendum*, in *Riv. quad. dir. amb.*, 2012; 86 ss.; M.A. SANDULLI, *Il sistema idrico integrato*, in *Federalismi*, 2011; A. FIORITTO, *I servizi idrici*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato dir. amm – dir. amm. spec.*, II, Milano, 2003.

66 Sulla precedente individuazione degli ambiti ottimali nell’ambito di un provvedimento rivolto alla difesa del suolo e delle acque, v. l. 18 maggio 1989, n. 183.

67 S. ARU, *La gestione del servizio idrico*, cit.

68 Si pensi, ad esempio, alla soppressione da parte del d.l. 25 gennaio 2010, n. 2 delle Autorità d’ambito, operata dal legislatore statale per ragioni di mero contenimento della spesa, con conseguente rimessione alla legge regionale del compito di riallocare le relative funzioni, nel rispetto dei principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza.

rischi di contrapposizioni tra livelli di governo, sorte soprattutto a seguito della tendenza al centralismo che aveva caratterizzato la gestione commissariale, soprattutto nel periodo ricompreso tra il 2013 e il 2015⁶⁹.

Nello specifico, il modello organizzativo è stato incentrato sulla conferma di un unico ambito territoriale ottimale coincidente con i confini della Regione (art. 3); sulla sostituzione di Autorità d'ambito e gestione commissariale con l'Ente di governo d'ambito della Sardegna (EGAS), caratterizzato dalla partecipazione della stessa Regione accanto a quella obbligatoria dei Comuni (art. 6)⁷⁰.

All'Ente di governo d'ambito sono state assegnate le funzioni riguardanti: l'approvazione del piano d'ambito, del programma quadriennale degli interventi, del Piano Economico Finanziario e delle tariffe (ovviamente nel rispetto degli atti di regolazione dell'Autorità nazionale di settore)⁷¹; la scelta sulla modalità di gestione; l'approvazione della convenzione e più in generale la definizione dei rapporti con il gestore e il controllo sulla gestione del servizio⁷²; l'esercizio e la regolamentazione del controllo analogo nonché l'esercizio del potere regolamentare (art. 7 co. 7).

Tali funzioni, fino alla novella del 2017⁷³, sono state esercitate dal Comitato istituzionale d'ambito (CIA) - quale organo dell'EGAS⁷⁴ - la cui composizione mostra(va) la volontà del legislatore sardo, conformemente ai principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza, di attribuire un ruolo centrale agli enti locali, tutelando anche il ruolo dei Comuni di piccole dimensioni⁷⁵.

L'EGAS costituisce, dunque, uno "strano ibrido" con compiti (cruciali ed eterogeni) di pianificazione, organizzazione, gestione, regolazione e controllo del servizio idrico⁷⁶.

A questo riguardo, considerando sempre il tema posto dalla pronuncia della Corte Costituzionale, occorrono alcune precisazioni.

La tendenza attuale nei SPL di rilevanza economica, soprattutto quelli a rete, va nel senso della "de-municipalizzazione", ovvero dell'attribuzione delle principali potestà decisionali in merito all'organizzazione e alla gestione a livello sovra-comunale⁷⁷; ciò

69 Si v. la relazione di accompagnamento al d.d.l., poi approvato con la l. r. 4/2015, reperibile sul sito della Regione. In realtà, la gestione commissariale aveva avuto inizio già nel 2008 per via del mancato rinnovo delle cariche istituzionali; è stato però osservato come un'effettiva mancanza di democraticità e di rappresentatività si sia avuta soltanto per il periodo che va dal 2013 al 2015. Così AMOROSO, *Il servizio idrico integrato*, cit., 671 cui si rinvia per ulteriori approfondimenti su tali questioni.

70 Obbligo previsto dall'art. 147 co.1, d.lgs. 152/2007 introdotto, dopo la soppressione dell'Autorità d'ambito, dalla l. n. 164/2014 cit..

71 Autorità per l'Energia Elettrica il Gas e il Sistema Idrico (AEEGSI), dal 2017 Autorità di regolazione per energia reti e ambiente (ARERA).

72 Nel rispetto ovviamente di quanto previsto dall'art. 151 del d.lgs. 152/2006 che individua i contenuti delle "convenzioni tipo".

73 Come si dirà al § 4, con la l.r. 25/2017 in controllo analogo viene attribuito a un'apposita Commissione istituita presso l'EGAS.

74 L'altro organo erano le "conferenze territoriali" su cui si rinvia alla dottrina citata alla nota 63.

75 Del Comitato istituzionale d'ambito fanno parte il Presidente della Regione e da 10 rappresentanti dei Comuni scelti tra i Sindaci sulla base di criteri basati su popolazione e superficie dei singoli Enti.

76 Così F. CAPORALE, *op. ult. cit.*, 270.

77 L'espressione è di G. PIPERATA, *I servizi pubblici locali tra ri-municipalizzazione e de-municipalizzazione*, in *Munus*, 2016, X ss..Va detto come tale tendenza, sulla quale si tornerà al § 6, abbia ricevuto in più occasione l'avvallo della Corte Costituzionale. Si v. sent. n. 246 del 2009 e n. 160 del 2016 ove si osserva come "l'autonomia dei Comuni (...) non implica una riserva intangibile di funzioni, né esclude che il legislatore competente possa modulare gli spazi dell'autonomia municipale

sia per esigenze di razionalizzazione delle risorse (non solo economiche) e di rafforzamento della gestione industriale, sia per agevolare il ricorso ai privati, poco attratti da mercati di dimensioni ridotte e frammentati.

Nel settore idrico - e in particolare nelle Regioni che, come la Sardegna, hanno optato per un unico ambito territoriale ottimale di livello regionale - ciò ha comportato l'attribuzione di compiti fondamentali nell'organizzazione del servizio (su tutti, scelta della modalità di gestione e l'affidamento del servizio) a un soggetto sovracomunale (l'EGAS) che, per quanto esponenziale dei singoli comuni, è ente (di livello) regionale cui spetta una funzione di sintesi delle diverse istanze, anche potenzialmente divergenti, delle singole comunità territoriali sub-regionali⁷⁸.

Nonostante ciò il servizio idrico si caratterizza pur sempre come servizio pubblico di diretto interesse e pertinenza comunale, tanto è che gli enti locali, se pur privati dell'esercizio diretto e individuale di alcune scelte organizzative fondamentali, ne mantengono l'esclusiva titolarità⁷⁹.

Le Regioni, ancorché non titolari di specifiche e dirette competenze gestionali, mantengono rilevanti funzioni e compiti di programmazione e di pianificazione delle risorse idriche legate al governo del rispettivo territorio, con significativi poteri di controllo⁸⁰. Come può evincersi, con riferimento al caso della Sardegna, proprio dalla lettura della l.r. 4/2015, specie dopo le modifiche apportate nel 2017.

Questo per ciò che concerne i profili strettamente organizzatori.

La riforma degli anni '90 ha inciso anche sulla fase gestionale imponendo, come accennato, un modello di produzione imprenditoriale (basato su criteri di efficienza, efficacia ed economicità), con superamento delle precedenti gestioni in economia e con ricorso alle classiche forme di gestione dei servizi pubblici locali (aziende speciali, società miste, concessione a privati)⁸¹.

La sorte di tali previsioni si è intrecciata con le travagliate vicende che hanno caratterizzato la disciplina delle modalità di gestione dei SPL. Queste vicende non solo hanno inevitabilmente avuto ripercussioni sul settore idrico ma, se è vero che il referendum polare del 2011 è stato inteso dall'opinione pubblica come un "referendum sull'acqua", ne sono state a loro volte influenzate.

La complessità della questione rende impossibile soffermarsi su di essa in tale contesto, trattandosi peraltro di profili diffusamente e puntualmente trattati dalla dottrina.

a fronte di esigenze generali che giustifichino ragionevolmente la limitazione di funzioni già assegnate agli enti locali (sentenza n. 286 del 1997). Inoltre, con specifico riguardo a norme che prevedono la partecipazione degli enti locali ad autorità d'ambito alle quali sia trasferito l'esercizio di competenze in materia di servizi pubblici, la Corte ha ritenuto che norme siffatte non ledano l'autonomia amministrativa degli enti locali, in quanto si limitano a razionalizzarne le modalità di esercizio, al fine di superare la frammentazione nella gestione".

78 Cfr. Corte cost. 50 del 2013. Dalla relazione di accompagnamento della Giunta regionale alla l. r. 25/2017 del 2 novembre 2017 (d.d.l. n. 459/A), si evince come l'Avvocatura dello Stato, in un proprio parere, abbia ritenuto l'Ente d'Ambito un "ente regionale atipico per il quale prevedere adeguate forme di controllo che non possono comunque essere quelle normalmente in uso per gli enti tipicamente regionali".

79 Cfr. art. 142, co. 3 e art. 147, co. 1, del d.lgs. 152/2006. In giurisprudenza, Cons. Stato, sez. V., 26 giugno 2015, n. 3236; sez. VI, 21 giugno 2013, n. 3388.

80 Cfr. art. 143 co. 2 del d.lgs. 152/2006. Nella l.r. 4/2015, cfr. art. 5 e 12 della versione originaria, e art. 12 dopo la modifica del 2017.

81 Cfr. art. 9 legge Galli e art. 1 l.r. 29/1997.

Sul punto pare sufficiente osservare come le naturali e dirette implicazioni territoriali e sociali del servizio idrico paiono avere, nella sostanza, rilegittimato il modello *in house*.

Più precisamente, se per un verso nel settore idrico il modello può aver risentito delle limitazioni/disincentivazioni che hanno caratterizzato la disciplina statale (ad esempio rendendo alquanto complesso l'*iter* procedurale di perfezionamento anche se in nome dei principi generali buona amministrazione, imparzialità, trasparenza e razionalizzazione delle risorse)⁸², per altro verso il complesso di norme che hanno disciplinato nel tempo le modalità di gestione del servizio idrico induce a ritenere che la soluzione organizzativa *in house* abbia ricevuto, in questo settore, una particolare attenzione anche nei momenti storici di maggior ostracismo della legge statale⁸³.

Ciò al solo fine di contestualizzare la scelta della Regione Sardegna che, conformemente a quanto oggi previsto dall'art. 149-bis del d.lgs. 152/2006⁸⁴ e alla (tendenziale⁸⁵) equiparazione dell'*in house* alle altre modalità di gestione, ha affidato direttamente la gestione del SII ad Abbanoa s.p.a., società a capitale interamente pubblico costituita nel dicembre 2005 mediante fusione, per incorporazione, dei principali soggetti gestori del servizio idrico integrato sardo.

4. Le contestazioni di AGCM e ANAC al quadro normativo regionale antecedente alla l.r. 25/2017.

La questione giuridica affrontata dalla sentenza n. 65 del 2019 ha origine con le contestazioni mosse dall'AGCM e dall'ANAC alla originaria versione della l.r. n. 4 del 2015, ovvero al testo vigente prima delle modifiche apportate dalla l.r. n. 25 del 2017⁸⁶.

In particolare, secondo ANAC (delibera n. 976 del 2017) il modello previsto e attuato in Sardegna avrebbe presentato tre criticità proprio con riferimento alla necessaria

82 Si fa riferimento sia previsioni riguardanti in generale tutti i SPL, sia nello specifico i servizi idrici. Quanto alle prime, oltre ovviamente alle previsioni che avevano relegato l'*in house* a soluzione residuale (art. 23-bis del d.l. n. 112/2008 e art. 4 del d.l. 138/2001 sulle quali ha inciso, rispettivamente, il referendum del 2011 e la sent. 199/2012 della Corte Cost.), si fa riferimento, senza pretesa di esaustività, all'art. 192 del Codice dei contratti pubblici, in particolare nella parte in cui prevede particolari oneri motivazionali per dare conto del mancato ricorso al mercato e dei benefici per la collettività della soluzione *in house* (sul tema, v. infra § 6). Una previsione simile era contenuta nel decaduto schema di T.U. sui SPL di interesse economico generale attuativo della l. n. 124/2015 (cd. "legge Madia") che, inoltre, prevedeva in caso di scelta per la soluzione *in house*, il coinvolgimento dell'AGCM con un significativo ruolo consultivo. Ancora, si fa riferimento al comma 609 della legge 190/2014 che ha previsto, oltre a particolari obblighi di accantonamento in caso di affidamento *in house*, una priorità nell'assegnazione di risorse aggiuntive in caso di opzione per l'esternalizzazione. Quanto alle limitazioni riguardanti l'*in house* nel settore idrico, va ricordato l'art. 150 della versione originaria del d.lgs. 152/2006 che, nel condizionare la scelta dell'autoproduzione a "obiettive ragioni tecniche od economiche", sembrava anticipare la concezione residuale dell'*in house* poi affermata per tutti i SPL.

83 Ad esempio, la legge 28 dicembre 2001 n. 448, nel riformare la disciplina sulle modalità di gestione dei SPL di rilevanza industriale di cui all'art. 113 del TUEL comma 5, aveva escluso l'affidamento a società interamente pubblica il quale, però, era espressamente previsto, in deroga all'esternalizzazione, per solo il solo servizio idrico (art. 35 co. 5). Ancora, va ricordato il d.P.R. 7 settembre 2010 n. 168 che aveva ammorbidito i vincoli per la gestione *in house* nel settore idrico rispetto a quelli stringenti previsti per altri SPL.

84 Sul rapporto fra l'art. 149-bis del Codice dell'ambiente e le direttive Ue del 2014, al momento della sua adozione non ancora recepite, v. V. PARISIO, *Services of General Economic Interest, Integrated Water Service "in-House" Management in Light of Directive 2014/23/EU: A General Overview*, in *Munus*, 3, 2018, 115 ss..

85 Cfr. art. 5 d.lgs. 175/2016 e art. 192 d.lgs. 50/2016; c. *infra*, § 6, nota 112.

situazione/requisito di “*controllo analogo*” esercitato nei confronti di Abbanoa s.p.a. (d’ora in avanti, “Abbanoa”).

Infatti, a detta dell’Autorità anticorruzione, a fronte dell’eccessiva parcellizzazione delle quote azionarie in capo agli enti comunali, la partecipazione azionaria maggioritaria della Regione nella società (68,11%), avrebbe comportato “*un significativo affievolimento, se non azzeramento, dei poteri di controllo dei Comuni sardi rispetto alle attività della società in house da essi compartecipata*”⁸⁷.

Inoltre l’assenza in capo all’EGAS - quale ente affidante - di poteri di nomina e di revoca dei vertici di Abbanoa rimessi, invece, dallo Statuto della società all’Assemblea ordinaria a prevalente componente regionale, avrebbe deposto per l’insussistenza di uno strumento essenziale per la configurazione di un reale “controllo analogo”.

Infine, secondo ANAC, che si è limitata ad analizzare i poteri previsti in capo ad EGAS dall’art. 11 dello Statuto, tali poteri sarebbero inadeguati a soddisfare i caratteri di incisività propri del “controllo analogo”⁸⁸.

Solo su questo ultimo aspetto è parsa differenziata la posizione dell’AGCM (parere AS1363 del 2017) che sembra aver riconosciuto, almeno astrattamente, la sussistenza in capo all’EGAS di sufficienti poteri per effettuare un controllo pervasivo sull’attività del gestore⁸⁹.

86 ANAC, Delibera n. 976 del 27 settembre 2017. AGCM, parere del 23 febbraio 2017, AS1364. Alcune perplessità sul controllo analogo dell’Autorità d’ambito su Abbanoa erano state manifestate, rispetto al previgente quadro normativo, da C. I.BBA, *Le società per la gestione del servizio idrico*, in M. Gigante (a cura di), *L’acqua*, cit., 2012, 277.

87 A tal riguardo ANAC ha ritenuto ininfluenza che, con l’art. 15 della l.r. 4/2015, il legislatore sardo avesse previsto l’obbligo per la Regione di cedere ai Comuni le proprie azioni di Abbanoa a un prezzo simbolico (1 euro), potendo mantenere una partecipazione massima del 49%. Va precisato, inoltre, come la significativa partecipazione regionale derivava da un’operazione di ristrutturazione e di capitalizzazione (42 milioni) posta in essere alcuni anni prima dalla Regione per fronteggiare la crisi economica in cui versava la società. Tale operazione è stata autorizzata dalla Commissione europea che, con la decisione del 31 luglio 2013, prot. C(2013) 4986, l’ha considerata un aiuto di stato compatibile con il mercato interno; ciò anche a fronte dell’impegno del Governo italiano di ridurre di 3 anni la durata temporale della concessione e, alla sua scadenza, di aprire al mercato tramite procedura ad evidenza pubblica. È evidente, infatti, fermo restando la libertà organizzativa riconosciuta dal diritto Ue rispetto a soluzioni di autoproduzione, queste trovano un limite nella disciplina sugli aiuti di stato.

88 Cfr. art. 11 dello Statuto ai sensi del quale l’attività della società deve essere svolta “*in conformità agli indirizzi ed alle prescrizioni stabiliti ed esercitabili sulla base della convenzione di affidamento del servizio (...)*”; tale previsione statutaria, inoltre, richiama l’art. 18 della convenzione di affidamento che “*prevede, tra l’altro, l’approvazione preliminare da parte dell’ATO dei programmi operativi*”.

89 Invero, tenendo conto di tutte le disposizioni normative e le circostanze pertinenti del caso concreto (normativa regionale, statuto del gestore, convenzione di affidamento), non mancavano elementi idonei a configurare un’influenza determinante di EGAS sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative di Abbanoa. Innanzitutto, tale società non pare avere “vocazione commerciale” in quanto l’oggetto sociale è limitato alla gestione del SII esclusivamente nell’ambito ottimale delle Sardegna; inoltre, oltre l’80% del fatturato della società deve essere effettuato nello svolgimento dei compiti dagli enti soci (una produzione ulteriore è consentita solo se consente di conseguire economie di scala o altri recuperi di efficienza; cfr. art. 3 Statuto). Ancora, significativi poteri di controllo in capo dall’Autorità sono previsti sia dallo Statuto sia dalla Convenzione di affidamento del servizio. Oltre ai poteri riconosciuti all’EGAS direttamente dalla legge, la Convenzione (art. 12) gli riconosce il potere di approvare preventivamente gli atti fondamentali (quali, documenti di programmazione, documenti contabili, il piano di sviluppo industriale e l’organigramma); di approvare preventivamente gli atti di amministrazione straordinaria rispetto all’oggetto sociale; nonché di verificare l’attuazione degli obiettivi strategici ed operativi assegnati, il raggiungimento degli standard temporali e qualitativi di processo (controllo di processo), l’andamento dei costi e dei ricavi (controllo di gestione).

Sui restanti profili AGCM ha mosso rilievi sostanzialmente analoghi a quelli di ANAC, specie in ordine all'elevata partecipazione regionale e all'assenza di poteri di nomine e revoca dei vertici societari che avrebbero reso difficilmente configurabile la sussistenza di un "controllo analogo" conforme al paradigma normativo. E ciò ricollegandosi ad alcune pronunce del Consiglio di Stato (antecedenti alla riforma delle società a partecipazione pubblica e al Codice dei contratti pubblici del 2016) che, qualificando come "interorganico" il rapporto fra ente e società, avevano posto l'attenzione sulla necessaria assenza/irrelevanza di autonomia decisionale del gestore, nonché sull'insussistenza di un rapporto tra distinte persone giuridiche⁹⁰.

Al di là di qualche dubbio circa l'adeguatezza di tali riferimenti al caso di specie (v. *supra* § 2 ss.), il SII della Regione Sardegna presentava comunque - nella versione ante l.r. n. 25 del 2017 - un'evidente criticità: la partecipazione regionale di controllo e il conseguente potere di nomina dei vertici societari non garantivano la presenza di rappresentanti di tutte le amministrazioni aggiudicatrici negli organi decisionali di Abbanoa richiesta, invece, dalle direttive del 2014 e dal Codice dei contratti pubblici.

Vero è che al momento dell'adozione della l.r. 4/2015 le direttive non erano ancora state recepite nell'ordinamento interno⁹¹ e che, nell'incertezza applicativa scaturita dalla sentenza *Econord* (v. *supra* §. 2.3), alcune decisioni dei giudici amministrativi avevano ritenuto sussistente il controllo analogo di soci di minoranza non coinvolti nella nomina degli organi direttivi del gestore⁹².

Tuttavia, al momento in cui le *Autority* si sono pronunciate, il quadro normativo era cambiato (v. *supra* § 2.3). Opportunamente, quindi, è intervenuto il legislatore sardo con la l.r. 25/2017 (oggetto del giudizio in commento), proprio con l'obiettivo di risolvere tali criticità⁹³. E invero le nuove disposizioni hanno:

- previsto la riduzione, da realizzarsi sempre entro il 2020, del limite massimo di partecipazione della Regione Sardegna dal 49% al 20% (art. 8)⁹⁴;
- previsto che il controllo analogo sia svolto dai Comuni partecipanti all'EGAS (purché soci del gestore) e dalla Regione attraverso la apposita *Commissione per il controllo analogo* (istituita presso l'EGAS e composta da 4 componenti in rappresentanza dei Comuni e da un quinto componente di nomina regionale) (art. 4, co. 1 e 2);
- attribuito alla *Commissione per il controllo analogo* il compito di indicare la terna di nominativi fra cui l'assemblea del gestore può scegliere i propri vertici (art. 4, co. 5).

5. Le contestazioni del Governo e la posizione della Corte Costituzionale.

Le questioni di legittimità costituzionale sollevate dal Presidente del Consiglio dei Ministri, oggetto di questo commento, riguardano gli artt. 1, 4, 6 e 8 della legge della Regione autonoma Sardegna 11 dicembre 2017, n. 25.

90 Cons. Stato, sez. V, 28 luglio 2015, n. 3716; sez. VI, 26 maggio 2015, n. 2660; sez. III, 27 aprile 2015, n. 2154.

91 Cfr., A. GIUSTI, *In requisiti dell'in house fra principi giurisprudenziali e nuove regole codificate*, in *Giu. it.*, 439 ss..

92 Cfr. Cons. Stato, sez. V, 10 settembre 2014, n. 4599 e Tar Lombardia, sez. I; 21 novembre 2013, n. 2588 con commento di A. CASSATELLA, *Partecipazione "simbolica"*, cit., 1708 ss..

93 Cfr. la relazione della Giunta regionale alla l. r. 25/2017 (d.d.l. N. 459/A) cit..

94 Con la Deliberazione n. 9/44 del 22 febbraio 2019 della Giunta regionale, si è dato avvio alle procedure per la dismissione ai Comuni delle azioni in capo alla Regione Sardegna.

In primo luogo rileva la censura dell'*incipit* dell'art. 1 della l.r. 25/2017 nella parte in cui prevede che "In considerazione del permanere del principio di affidamento della gestione del servizio idrico a società interamente pubbliche si assicura che l'acqua resti un servizio pubblico locale di interesse economico generale in grado di garantire ai nuclei familiari morosi in condizioni di disagio economico, il diritto inalienabile ad un quantitativo minimo vitale pro-capite", dal momento che si tratterebbe di disposizione qualificante "come principio permanente dell'ordinamento regionale l'affidamento della gestione del servizio idrico a società interamente pubbliche"⁹⁵.

In particolare, la previsione così intesa - ovvero quale norma impositiva della modello *in house* - violerebbe la competenza esclusiva dello Stato in materia di "tutela della concorrenza" (di cui all'art. 117, comma, 2 lett. e) e di "tutela dell'ambiente" (all'art. 117, comma, 2 lett. s). Si porrebbe, infatti, in contrasto con l'art. 149-bis del d.lgs. n. 152/2006 che, da un lato, non esprime alcuna preferenza tra il ricorso all'affidamento a terzi, a società mista e a società *in house*, dall'altro, prevede che sia l'ente di governo a deliberare la forma di gestione.

In effetti, in questa direzione si era già orientata la Corte Costituzionale (sentenza n. 62 del 2012) con riguardo a previsioni della legge della Regione Puglia n. 11 del 20 giugno 2011 che disponevano l'affidamento diretto del servizio; sul punto osservando come la normativa statale non consentiva alla legge regionale - specie con disposizione di carattere provvedimentale - di individuare direttamente il soggetto affidatario *in house* della gestione del SII⁹⁶.

Va comunque segnalato come il tenore della previsione della legge regionale sarda oggetto di giudizio risulti diverso poichè, come condivisibilmente osservato dalla Consulta, l'art. 1 della l.r. n. 25/2017 "non prescrive né l'obbligo di una gestione affidata a un soggetto interamente pubblico, né che questa sia «la condizione necessaria perché il servizio rimanga pubblico, locale e di interesse economico generale»", limitandosi "a prendere atto del fatto che la normativa statale prevede come possibile la gestione del servizio idrico da parte di società interamente pubbliche, e che proprio questo è, allo stato, il caso della Regione autonoma Sardegna"⁹⁷.

In secondo luogo, le censure alla legge regionale della Sardegna si sono incentrate sulla pretesa violazione della esclusività della competenza statale in materia di tutela della concorrenza, sotto il profilo della violazione dell'art. 5 del Codice dei contratti pubblici e dell'art. 16 del Testo unico sulle società a partecipazione pubblica. Ciò in particolare assumendo che la disciplina statale del modello "*in house*" (e quindi anche la disciplina europea), e segnatamente il richiesto requisito della sussistenza di una situazione di "controllo analogo", non risulterebbe rispettata dal momento che:

- a) il controllo analogo sarebbe affidato alla Commissione istituita presso l'EGAS e non all'Ente di governo;
- b) lo stesso controllo sarebbe svolto, nella sostanza, dalla Regione Sardegna e non dai Comuni partecipanti all'EGAS;
- c) la partecipazione regionale al capitale del gestore, anche se ridotta al 20%, inciderebbe sull'effettività di tale controllo.

Inoltre (d), le censure di illegittimità costituzionale hanno investito anche l'art. 6, co. 6, della stessa l.r. 25/2017 in quanto la prevista possibilità per la Regione di disporre lo scioglimento del Comitato istituzionale d'ambito (CIA) avrebbe contribuito a

95 § 1.2, parte in fatto, della sentenza in commento.

96 § 3.2, parte in diritto, della sent. n. 62 del 2012.

97 § 3.1, parte in diritto, della sentenza in commento.

rafforzare i poteri di controllo di quest'ultima, a discapito di quelli istituzionalmente spettanti ai Comuni.

Non par dubbio che la posizione assunta dal Governo sia stata influenzata dai rilievi formulati nel 2018 da AGCM e da ANAC, con l'espressione di due pareri ulteriori rispetto a quelli del 2017 già richiamati.

In particolare, per l'AGCM il disposto congiunto delle disposizioni attribuenti il controllo sul gestore del servizio alla apposita "*Commissione per il controllo analogo*" e alla Regione il potere di scioglimento del Comitato istituzionale d'ambito, avrebbe inciso in maniera determinante sulla gestione dell'affidatario, sottraendola nella sostanza ai Comuni⁹⁸.

La Corte Costituzionale, dopo aver ricostruito il quadro normativo e giurisprudenziale dell'*in house* e le vicende salienti del SII sardo, ha ritenuto infondate tutte le doglianze di cui sopra, seguendo un *iter* argomentativo certamente condivisibile che però induce qualche ulteriore riflessione.

Nello specifico, la previsione sul potere di scioglimento in capo alla regione del Comitato istituzionale d'ambito (*sub d*) sembrava presentare qualche problematicità, soprattutto in relazione alla terza causa di scioglimento prevista dalla legge regionale ("*manifesta inosservanza delle direttive degli organi regionali*")⁹⁹.

Si consideri, infatti, che il Comitato istituzionale d'ambito è l'organo dell'EGAS che svolge le principali funzioni dello stesso Ente, tra cui l'approvazione e l'aggiornamento del contratto di servizio con il gestore, il controllo sul rispetto dei livelli qualitativi minimi della gestione e, soprattutto, la regolamentazione dell'esercizio del "*controllo analogo*"¹⁰⁰.

A dire il vero, il mancato accoglimento del motivo di ricorso relativo all'incidenza di tale potere di scioglimento sull'effettività del controllo analogo consegue, in larga misura, all'eccessiva genericità della censura statale, come ben evidenziato dalla stessa Corte nel sottolineare che la stessa non consentisse di identificare, già *ex ante* e in astratto, le specifiche ragioni per cui la norma censurata avrebbe messo a rischio l'effettività del controllo analogo¹⁰¹; e ciò anche alla luce del fatto che non spetta al CIA, ma all'apposita Commissione, il concreto esercizio del controllo analogo sul gestore.

Peraltro, sempre a supporto della plausibilità di funzioni di controllo regionale sull'EGAS (nel caso di specie, il potere di scioglimento del CIA), si consideri che la Regione Sardegna, pur priva di competenze in tema di affidamento e/o gestione, mantiene un ruolo primario e determinante nel sistema del servizio (*v. supra*, §. 3), per certi versi anche rafforzato dalla l.r. 25/2017¹⁰².

Ciò non toglie che un eventuale utilizzo distorto di tale potere di scioglimento avrebbe potuto incidere negativamente sull'effettività del controllo analogo ma in questo caso,

98 AGCM, parere del 2 febbraio 2018, AS1486, bollettino n. 10 del 19 marzo 2018. Il parere di ANAC, del febbraio 2018, è un atto interno e per tale motivo non è stato possibile consultarlo.

99 Dalla relazione della Giunta regionale alla l. r. 25/2017 del 2 novembre 2017 (d.d.l. n. 459/A), cit., si desume come tali poteri della Regione siano, almeno in parte, da ricondurre al fatto che la Regione contribuisce fino al 20% al fondo di dotazione per il funzionamento di EGAS sulla base di quanto previsto dal nuovo art. 6, lett. a) punto 2, della l.r. 4/2015.

100 Cfr. art. 7, l.r. 4/2015 e art. 9 dello Statuto di EGAS reperibile su sito dell'Ente.

101 § 4.4.2 parte in diritto, della sentenza in commento.

102 Cfr. art. 6 della l.r. 25/2017 che modifica l'art. 12 della l.r. 4/2015.

come correttamente osservato dalla Consulta, non sarebbe il giudizio di legittimità in via principale il pertinente strumento di garanzia e tutela¹⁰³.

Riprendendo invece in considerazione le prime due questioni di legittimità costituzionale che la Consulta affronta in modo congiunto (*subb a e b*), va osservato come le modalità di nomina della Commissione, nella misura in cui garantiscono la maggioranza dei rappresentanti dei Comuni rispetto a quelli della Regione (quattro rappresentanti dei Comuni, un componente di nomina regionale), fanno sì che il controllo analogo spetti a un organo che vede una netta prevalenza dei comuni partecipanti all'EGAS.

A ciò può aggiungersi, sempre a supporto della posizione della Corte sull'infondatezza delle censure statali, che l'attribuzione del controllo analogo a un'apposita Commissione istituita presso l'EGAS è riconducibile a "modalità di esercizio" avallate dall'ordinamento eurounitario, oltre che molto diffuse a livello nazionale. Si fa riferimento, da un lato, alla facoltà di esercitare il controllo analogo mediante strutture decisionali, non previste da norme di legge, che si sovrappongono agli ordinari organi societari (cfr. sentenza *Sea*); dall'altro al cd. "*controllo analogo indiretto*" o "*a cascata*" che si realizza quando il controllo è esercitato da una persona giuridica diversa, "*a sua volta controllata allo stesso modo (rectius, sempre attraverso controllo analogo) dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore*" (art. 5 co. 2 d.lgs. 50/2016 e art. 2 lett. c del d.lgs. 175/2016)¹⁰⁴.

Riflessioni analoghe sono state svolte dalla giurisprudenza amministrativa che ha addirittura inferito il possibile contrasto con il diritto Ue di una disposizione nazionale deponente per un generale divieto di costituire appositi organismi per il controllo analogo¹⁰⁵.

La terza contestazione del Governo (*sub c*) secondo cui la partecipazione, anche minoritaria, della Regione al capitale sociale del gestore sarebbe contraria alle regole del controllo analogo previste dal diritto europeo e nazionale, appare - come sottolineato dalla Consulta - difficilmente comprensibile dal momento che la stessa Corte di giustizia, a partire dalla sentenza *Asemfo*, ha attenuato il rilievo del cd. "criterio dominicale", finendo per scindere "*la quota azionaria detenuta dall'effettività del controllo*"¹⁰⁶.

La posizione statale pare smentita anche dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato che ha recentemente ritenuto conforme al diritto Ue la partecipazione di "soci non affidanti" nel capitale sociale di un gestore, purché ovviamente il potere di controllo rimanga esclusivamente in capo agli enti affidanti. A supporto di tale posizione, i giudici di Palazzo Spada hanno osservato che non ci sarebbero ragioni per ammettere, sia pure in via eccezionale, il controllo analogo in presenza di capitale privato ed escluderlo, invece, in caso di soci pubblici di mero conferimento¹⁰⁷.

103 § 4.4.2 parte in diritto, della sentenza in commento.

104 In altri termini, si ha tale forma di controllo quando un'amministrazione "*esercita un controllo analogo su un ente che a propria volta esercita un controllo analogo sull'organismo in house ed anche se tra la l'amministrazione aggiudicatrice e l'organismo in house non sussiste una relazione diretta è comunque ammesso l'affidamento diretto*"; così Cons. St., sez. I, 7 maggio 2019, n. 1389, cit..

105 In tal senso Tar Abruzzo sez. I, 29 gennaio 2018, n. 35 che si è anche espresso sulla natura di tali strutture, considerandole quali articolazioni dei singoli enti pubblici più che veri e propri organi societari.

106 § 4.4.3 parte in diritto, della sentenza in commento.

107 Cons. Stato sez. V, 14 gennaio 2019, n. 296. Il richiamo, nel caso di specie, a tale pronuncia non pare fuorviante anche se, allo stato attuale, l'art. 149-bis del Codice dell'ambiente ("*l'affidamento diretto può avvenire a favore di società interamente pubbliche*") sembra escludere la partecipazione di

Peraltro, pare potersi osservare come nel caso di specie siano soddisfatti i tre requisiti richiesti per la partecipazione di soci privati (previsione per legge, assenza di un'influenza determinante sulla società e di poteri di veto o di controllo)¹⁰⁸.

Il condivisibile rilievo del Consiglio di Stato può essere ulteriormente sviluppato ricollegandosi alle ragioni e alle argomentazioni già assunte in passato per asserire l'incompatibilità, rispetto a un controllo analogo effettivo, della partecipazione di soggetti diversi dagli enti affidanti nell'azionariato del gestore (v. *supra*, § 1).

Nella specie, infatti, il possibile vantaggio competitivo derivante dalla partecipazione in società di gestione del servizio titolari di affidamenti diretti non rileva posto che non si è in presenza di un operatore privato che opera sul mercato.

Nemmeno pare paventabile un potenziale conflitto fra i presunti "interessi economici" del socio pubblico non affidante (la Regione Sardegna) e gli obiettivi di "interesse pubblico" propri dei Comuni affidanti, che devono in ogni caso essere perseguita dalla società *in house*. La Regione mantiene, infatti, un ruolo determinante nelle scelte fondamentali del servizio idrico integrato, non persegue scopi di lucro e comunque la partecipazione alla società *in house* è conseguita ad un'operazione di ricapitalizzazione perfezionata essenzialmente per fronteggiare la crisi economica in cui versava lo stesso servizio idrico integrato della Sardegna¹⁰⁹.

6. Principio di libera amministrazione, cooperazione verticale/orizzontale e ruolo dell'amministrazione.

privati in società *in house* che gestiscono il servizio idrico (su tale profilo peculiare del settore idrico, cfr. Cons. St., sez. I, 7 maggio 2019, n. 1389; v. pure R. MICCÙ, M. FRANCAVIGLIA, *op. ult. cit.*).

108 Semmai, la partecipazione della Regione in Abbanoa potrebbe entrare in frizione con le disposizioni di diritto interno che limitano la partecipazione di amministrazioni pubbliche in società (art. 4 c. 1 e 2 del d.lgs. 175/2016). Infatti, il comma 1 ripropone il "vincolo di scopo pubblico" (le partecipazioni societarie devono risultare strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali) già esistente nella disciplina previgente e il comma 2 introduce un ulteriore "vincolo di attività" (le partecipazioni devono essere funzionali alla produzione di servizi di interesse generale per la collettività o all'autoproduzione di per servizi strumentali). Dal momento che la Regione Sardegna non è titolare del servizio idrico, la sua presenza nel soggetto che eroga tale servizio per conto dei Comuni sembrerebbe, *prima facie*, non conforme al doppio vincolo previsto dall'art. 4 del d.lgs. 175/2016.

Senza entrare nel merito delle pronunce della giurisprudenza, amministrativa e contabile, che si sono confrontate con l'interpretazione di questi due vincoli, pare opportuno soffermarsi brevemente sulla *ratio* di tale disfavore del legislatore delegato verso la partecipazione di amministrazioni in società, peraltro già rintracciabile nella legge delega n. 124/2015. Si è osservato che, oltre che a obiettivi di tutela del mercato, tale scelta sembra ispirata alla necessità di garantire il più corretto impiego delle risorse pubbliche, volendosi evitare l'esposizione al rischio di mercato dei capitali pubblici anche alla luce della ontologica inadeguatezza e delle croniche inefficienze del cd. "socio pubblico" (v. i contributi H. BONURA, e M. CLARICH nel volume a cura H. Bonura e A. Rughetti, *L'impresa pubblica*, cit.). Tale prospettiva funzionale potrebbe portare a ritenere il doppio vincolo previsto nel Testo unico non ostativo alla presenza della Regione in Abbanoa. Come si è evidenziato, infatti, tale partecipazione è da ricondurre all'operazione di capitalizzazione realizzata nel 2013 per fronteggiare la grave crisi finanziaria in cui versava il SII e comunque pare funzionale a garantire, in ultima istanza, la solidità finanziaria della società e, più in generale, del SII regionale (v. *supra*, § 3, nota 87). Peraltro, il Testo unico, definisce i "servizi di interesse generale" quali attività necessarie per assicurare la soddisfazione dei bisogni "della collettività di riferimento" di guisa che viene difficile immaginare che i cittadini dei singoli comuni non costituiscano "collettività di riferimento" per la Regione e che questa non possa, quindi avere alcun ruolo nell'organizzazione e nella produzione degli stessi. Ad ogni modo, in questa sede, non pare necessario approfondire ulteriormente la questione posto che l'Avvocatura dello Stato non ha fatto ricorso a tale parametro normativo per contestare la legittimità costituzionale della l.r. 25/2017, nonostante i commi 1 e 2 dell'art. 4 del Testo unico sembrano costituire espressione di un principio generale riconducibile a materie di competenza esclusiva dello Stato.

Nella complessiva condivisione della posizione della Consulta circa l'infondatezza delle singole censure statali, residua lo spazio per una ulteriore riflessione che, in via mediata, si ricollega a quanto già osservato sulla posizione assunta dal Governo.

Invero, considerando nell'insieme i rilievi di incostituzionalità della disciplina del SII della Regione Sardegna, non può escludersi che il Governo abbia preso le mosse da una non approvazione di fondo del ruolo centrale riconosciuto alla Regione *sull'assetto organizzativo del SII sardo e sul suo modus gerendi* (si fa riferimento, oltre che alla partecipazione in Abbanoa, alla presenza della Regione nell'Ente di governo, che pare costituire un *unicum* nel panorama nazionale)¹¹⁰.

In altri termini, anche se gli atti formali non esplicitano una simile posizione, in via di ipotesi non è da scartare che lo Stato abbia ritenuto eccessivo, rispetto alla posizione delle autonomie locali titolari del servizio, il ruolo assegnatosi dalla Regione.

Qualora si ammetta, sempre in via dubitativa, che questo sia stato il "retro pensiero" dello Stato, pare possibile muovere qualche rilievo critico in ordine agli argomenti di matrice europea (propri degli affidamenti *in house*) utilizzati dal Governo. Argomenti che, a posteriori, non paiono i più convincenti per mettere in discussione la legittimità costituzionale della legislazione regionale.

Il punto centrale del ragionamento è rappresentato dalla circostanza che, a livello europeo, il modello *in house* rappresenta e comporta una deroga alle regole dell'evidenza pubblica, esprimendo ed inverando il principio generale di auto-organizzazione.

Con l'apertura al "*controllo analogo congiunto*", il modello ha assunto anche la funzione di strumento di *favor* per le forme di collaborazione e cooperazione fra amministrazioni (anch'esse espressione del medesimo principio generale, come ben evidenziato dalla "Direttiva concessioni" del 2014). L'art. 2 della direttiva 2014/23/UE, infatti, nel codificare il *principio della libera amministrazione delle autorità pubbliche*, sancisce espressamente il principio di auto-organizzazione, declinando alcuni profili del più generale principio di autonomia istituzionale¹¹¹.

Si tratta di una disposizione di indubbio rilievo.

Il riconoscimento all'art. 2, par. 1, della libertà nella scelta "a monte" fra *autoproduzione* ed *esternalizzazione* – sancita anche dal *Considerando 5* della "Direttiva appalti" – non rappresenta certo una novità per l'ordinamento europeo, ma potrebbe avere ripercussioni significative sugli assetti giuridico-normativi degli Stati membri; come del resto è emerso anche nel nostro ordinamento, con la posizione assunta dal Consiglio di Stato allorché ha investito la Corte di Giustizia di questioni pregiudiziali riguardanti disposizioni normative che in parte riflettono ancora l'ultradecennale orientamento restrittivo nei confronti dell'*in house*¹¹².

109 Seppur datate, persino precedenti anche alla sentenza *Teckal*, sembrano calzanti al caso di specie i ragionamenti sviluppati dall'AG Alber nelle conclusioni relative causa C-108/98, Ri. SAN s.r.l.. Il caso riguardava la possibilità per un Comune di affidare direttamente un servizio a una società partecipata, oltre che dal comune affidatario, da una società totalmente controllata dallo Stato. L'AG osserva come "*Sarebbe troppo formalistico distinguere fra (ente pubblico comunale) e Stato italiano*" in quanto la situazione sarebbe "*identica a quella che si verificherebbe se lo Stato italiano avesse messo direttamente a disposizione del Comune di Ischia i fondi necessari perché quest'ultimo costituisse da solo una società. La scelta di questa forma di organizzazione da parte del Comune di Ischia non può, in ultima analisi, condurre ad alcuna diversa classificazione della (società)*".

110 Cfr. ARERA, Relazione ai sensi dell'articolo 172, comma 3-bis, del d.lgs. 152/2006 in materia ambientale, del 28 dicembre 2016 (811/2016/I/IDR).

111 M. Lottini, *Principio di autonomia istituzionale*, cit., 43.

112 La sezione V del Consiglio di Stato, con ordinanza n. 293 del 14 gennaio 2019 (ma in senso analogo le ordd. della stessa sezione 7 gennaio 2019, n. 138, e 14 gennaio 2019 n. 296) ha rimesso

Lo stesso art. 2 par. 1 della “Direttiva concessioni” introduce un espresso riconoscimento della *cooperazione tra amministrazioni* nell’organizzazione ed erogazione dei servizi pubblici, anch’essa estrinsecazione del principio di auto-organizzazione delle amministrazioni.

Come pure nell’ottica della valorizzazione delle forme di interazione funzionale tra autorità pubbliche, si colloca l’intervenuta codificazione della cd. *cooperazione pubblico-pubblico* (o anche “*in house orizzontale*”), quale ulteriore “deroga” all’assoggettamento al regime proprio dell’evidenza pubblica¹¹³.

Come anticipato, l’art. 5 del Codice dei contratti pubblici rappresenta, sul versante nazionale, la più eloquente conferma del rilievo delle direttive del 2014.

La deroga alla disciplina concorrenziale - tendenzialmente omnicomprensiva, tanto da aver condotto a ritenere assoggettati sia i contratti attivi, sia rapporti contrattuali privi del carattere dell’“onerosità” - riguarda, infatti, gli accordi conclusi esclusivamente tra due o più amministrazioni aggiudicatrici:

a) che perfezionano una cooperazione finalizzata a “*garantire che i servizi pubblici che essi sono tenuti a svolgere siano prestati nell’ottica di conseguire gli obiettivi che essi hanno in comune*”; nei Considerando delle direttive si precisa, inoltre, che la cooperazione può riguardare “*tutti i tipi di attività connesse alla prestazione di servizi e alle responsabilità affidati alle amministrazioni partecipanti o da esse assunti*”. senza che tali compiti debbano “*necessariamente essere identici (potendo) anche essere complementari*”

b) la cui attuazione è retta esclusivamente da considerazioni inerenti all’interesse pubblico (non arrecando quindi vantaggi competitivi alle imprese private rispetto ai concorrenti);

c) che intercorrono tra le amministrazioni che svolgono sul mercato aperto meno del 20% delle attività interessate dalla cooperazione.

Pare innegabile l’affinità funzionale fra l’*in house congiunto* e la *cooperazione pubblico-pubblico*, come d’altro canto evidenziato in dottrina già prima che la Commissione, in un documento di lavoro del 2011¹¹⁴, e il legislatore nelle direttive del 2014, li trattassero congiuntamente¹¹⁵.

alla Corte di giustizia la questione interpretativa relativa alla compatibilità con il diritto Ue (e, segnatamente, il principio di libera amministrazione delle autorità pubbliche e il principio di sostanziale equivalenza fra le diverse modalità di affidamento e di gestione dei servizi di interesse delle amministrazioni pubbliche) di previsioni nazionali che collocano l’affidamento *in house* in una posizione subordinata rispetto alle soluzioni di esternalizzazione. Nello specifico, i giudici di Palazzo Spada fanno riferimento all’art. 192, co.2, del Codice dei contratti pubblici che, come si è detto, assoggetta il ricorso alla soluzione interna a una duplice condizione, ossia all’obbligo di motivare le condizioni che hanno comportato l’esclusione del ricorso al mercato e l’obbligo di indicare gli specifici benefici per la collettività connessi all’opzione per l’affidamento *in house*. Su tale previsione pende anche una questione di legittimità costituzionale sollevata da Tar Liguria, sez. II, 15 novembre 2018, n. 886.

113 Si tratta del recepimento normativo di quanto previsto per la prima volta da Corte giust., 9 giugno 2009, causa C-480/06, *Commissione/Germania*.

114 Comm. europea, Documento di lavoro del 4 ottobre 2011 della DG Mercato interno concernente *l’applicazione del diritto UE in materia di appalti pubblici ai rapporti tra amministrazioni aggiudicatrici (“cooperazione pubblico-pubblico”)*, SEC (2011) 1169 def..

115 Cfr. M.E. COMBA, *Cooperazione verticale ed orizzontale*, cit., 301; M. MAZZAMUTO, *L’apparente neutralità comunitaria sull’autoproduzione pubblica*, cit., 1419; in termini critici v. G. M. CARUSO, *La collaborazione contrattuale fra pubbliche amministrazioni. Unità e frammentazione della sfera pubblica fra logica del mercato e obiettivi di contenimento della spesa*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2015, 796.

Il che non conduce al disconoscimento delle oggettive differenze strutturali tra le due forme di cooperazione (“*istituzionale*” l’una, “*convenzionale*” l’altra), su cui non è possibile ora soffermarsi e comunque non rilevante per il ragionamento intrapreso.

Da tale quadro sembra potersi evincere come, nel delineare il confine fra “mercato” e “potestà organizzativa” delle autorità pubbliche, l’ordinamento Ue garantisca ampio spazio alla libera scelta di quest’ultime di cooperare per l’espletamento delle attività funzionali al perseguimento dell’interesse pubblico di cui sono portatrici; in ultima analisi, riconoscendo l’immanenza delle finalità pubblicistiche che caratterizza e sostanzia l’autonomia organizzativa delle Autorità.

Il mercato e le sue regole riaffiorano quale limite a tale libertà in ipotesi residuali, come i casi in cui la collaborazione è in grado di apportare, surrettiziamente, vantaggi competitivi solo a taluni operatori economici, finendo per alterare la concorrenza nel (o per il) mercato o, ancora, quando si tratta di una cooperazione non genuina, elusiva dei più elementari principi dell’evidenza pubblica.

Si tratta di situazioni che, a parere di chi scrive, non sembrano imputabili alle previsioni della l.r. 25/2017 oggetto di contestazione da parte della difesa statale.

Inoltre, qualora obiettivo “subliminale”, o non dichiarato, della posizione assunta dallo Stato fosse stato davvero di sanzionare un ruolo troppo invadente della Regione nel SII, si sarebbe dovuto pur sempre considerare che, come sopra evidenziato, la disciplina dell’*in house providing* non esprime alcuna disincentivazione al ricorso a forme di collaborazione istituzionale tra amministrazioni, ma anzi la favorisce; essa è invero rivolta a individuare l’obiettivo di individuare il confine fra mercato e potestà organizzativa delle amministrazioni.

Per chiarire meglio il concetto può essere utile ragionare per paradossi.

Si è constatato come la direttiva concessioni abbia recentemente codificato il “*principio di libera amministrazione*” che riconosce la possibilità per le “autorità nazionali, regionali e locali” di “organizzare liberamente l’esecuzione dei propri lavori o la prestazione dei propri servizi”.

Se lo si astrae dal profilo funzionale, tale principio potrebbe entrare in attrito con il processo di “de-municipalizzazione” che sta investendo i SPL nel nostro ordinamento. Si fa riferimento, come già rilevato a proposito del SII, all’attribuzione delle principali potestà decisionali, in merito all’organizzazione e alla gestione dei servizi pubblici, ad un livello di governo sovra-comunale, sia pure garantendo la rappresentanza degli stessi enti locali. Tale soluzione organizzativa ha assunto carattere di obbligatorietà per i servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica (incluso il settore dei rifiuti urbani), ma ha riguardato, seppur in termini meno vincolanti e con strumenti in parte diversi, anche altri servizi locali di interesse generale¹¹⁶.

116 Sul punto si veda l’art. 3-bis del d.l. 13 agosto 2011, n. 138 (introdotto dall’art. 25, co. 1, del D.L. n. 1/2012) che, specie dopo le novità apportate dalla l. 190/2014, prevede che funzioni di rilievo rispetto ai SPL a rete di rilevanza economica, quali quelle di organizzazione e di scelta della forma di gestione, siano esercitate da enti di governo dell’ambito di dimensione ottimale, di norma non inferiore a quella provinciale, con partecipazione obbligatoria degli enti titolari del servizio. Contenuti simili aveva l’art. 13 dello schema di d.lgs. recante “Testo unico sui servizi pubblici locali di interesse economico generale”, come è noto decaduto a seguito della dichiarazione di incostituzionalità da parte della Consulta con la nota sent. n. 251/2016 della legge delega n. 124/2015 (cd. “legge Madia”) la quale aveva attribuito al legislatore delegato il compito di definire criteri relativi all’“organizzazione territoriale ottimale dei servizi pubblici locali di rilevanza economica”.

Va poi menzionata la l. 7 aprile 2014 n. 56 (cd. “legge Del Rio”) che, oltre a promuovere l’esercizio associato dei servizi da parte di comuni di piccole dimensioni, ha riconosciuto in capo alle città metropolitane la titolarità, quale funzione fondamentale, dei compiti di organizzazione dei servizi di interesse generale di ambito metropolitano (co. 44), prevedendo anche la soppressione di enti o agenzie di ambito provinciale o sub-provinciale, diverse da quelle dei servizi a rete, e l’attribuzione alle

Se si ragionasse in questi termini, cioè prescindendo dal profilo funzionale, si produrrebbe un duplice paradosso.

In primo luogo, un principio (quello di libera amministrazione) - di fatto pensato per salvaguardare le prerogative degli Stati membri rispetto all'applicazione delle regole del mercato - finirebbe per restringere l'autonomia istituzionale del livello di governo nazionale.

In secondo luogo, l'individuazione di ambiti ottimali sovracomunali - ritenuta dalla Corte Costituzionale funzionale alla concorrenza e all'*apertura del mercato in una prospettiva competitiva*¹¹⁷- potrebbe contrastare con il diritto Ue, nella parte in cui riconosce il principio di libera amministrazione.

In altri termini, una sorta di cortocircuito tra principi, ognuno dei quali, isolatamente considerato, riconducibile alla medesima entità ordinamentale (l'Ue).

Le ragioni per cui, invece, tali paradossi non si verificano sono facilmente enucleabili: ogni disciplina va intesa e considerata rispetto alla sua specifica funzione. Del resto, il Consiglio di Stato, ragionando sulla "nozione di ente pubblico", ha recentemente evidenziato come dallo stesso istituto possano derivare conseguenze (anche in punto di regime giuridico) ben diverse, persino opposte, a seconda del fine per cui lo si utilizza¹¹⁸.

Dall'approccio funzionalista sopra evidenziato, si possono trarre le seguenti conclusioni.

Il principio di libera amministrazione e la disciplina sull'*in house providing*, che del primo è espressione (al pari delle forme di partenariato pubblico-pubblico e, segnatamente, delle forme di cooperazione istituzionale), sono in ultima istanza funzionali a delineare il confine fra ciò che è "mercato" (e che quindi deve sottostare alle relative regole) e ciò che "non è mercato" (ma potestà organizzativa delle autorità pubbliche sottratta, quindi, alle libertà economiche di movimento e alle regole di concorrenza).

Entrambi, quindi, in nessun modo interferiscono sulla scelta compiuta dall'ordinamento nazionale di spostare a livello sovra-comunale importanti potestà decisionali su organizzazione e gestione dei SPL.

Se si accetta quanto sinora sostenuto, lo stesso ragionamento può agevolmente essere trasposto alla scelta del legislatore sardo di riconoscere all'Amministrazione regionale un ruolo di rilievo nel sistema idrico. Scelta che, più che l'istituto dell'*in house providing*, sembra riguardare temi ulteriori quali il rapporto fra competenze

province dei compiti di organizzazione dei relativi servizi (co. 90).

Infine, si veda l'art. 19, co. 1, lett. a della cd. "legge Madia" che, fra i principi e criteri di la riforma dei SPL di rilevanza economica, aveva incluso "il riconoscimento, quale *funzione fondamentale dei comuni e delle città metropolitane* (...) dell'individuazione delle attività di interesse generale il cui svolgimento è necessario al fine di assicurare la soddisfazione dei bisogni degli appartenenti alle comunità locali". Tale previsione, da collegare all'art. 14, co. 27 del d.l. 78/2010 (secondo cui rientrano fra le funzioni fondamentali dei Comuni ai sensi dell'art. 117 Cost., l'*organizzazione dei servizi pubblici di interesse generale di ambito comunale*"), nel rimarcare la permanenza in capo agli Enti locali della titolarità del servizio, richiama alla mente le osservazioni della dottrina che aveva osservato come "*le autonomie locali, nonostante venisse tenuto conto dei servizi pubblici che dovevano assicurare, non sorsero, e vennero successivamente riconosciute e promesse (art. 5 Cost.), nella visione di enti ottimali per la gestione dei servizi stessi, bensì come enti ad autonomia di indirizzo politico-amministrativo, garanti di partecipazione democrazia*" al fine di permettere loro di "*conservare il loro ruolo «politico»*"; così I. MARINO, *Servizi pubblici e sistema autonomistico*, Milano, 1986, 94-95.

117 Corte Cost., sentt. n. 173 del 2017, n. 160 del 2016 e n. 134 del 2013. L'individuazione di ambiti ottimali è da ricondurre anche a ragioni di efficienza e di razionalizzazione delle risorse, economiche e naturali.

118 Cons. Stato, sez. VI, 26 maggio 2015, n. 2660.

statali e regionali, il quadro delle funzioni delle autonomie locali, ancora in attesa della loro organica attribuzione e, forse, anche il tema della disciplina del regime dell'attività, a volte trascurato rispetto ai profili attinenti le modalità di gestione.

* Assegnista di ricerca in Diritto amministrativo, Università di Ferrara

Forum di Quaderni Costituzionali

Costituzionali