

Il Consiglio di Stato ha reso il parere sulla possibilità per una società in house providing di ricevere affidamenti diretti dall'Amministrazione regionale, pur acquisendo partecipazioni private - [Cons. St., sez. I, 8 novembre 2018, n. 2583 – Pres. \(ff.\) Neri, Est. Proietti](#)

“L’ingresso di capitali privati non impedisce alla società in house di continuare a ricevere affidamenti diretti dall’amministrazione-socia solo nel caso in cui la partecipazione di capitale privato sia prescritta dalla legge, senza tuttavia distinguere tra legge nazionale e regionale, e avvenga in forme che non comportino controllo o potere di veto, né l’esercizio di un’influenza dominante della società.”

## L’in house providing con partecipazione dei capitali privati all’attenzione del Consiglio di Stato

di Martina Germanò

**Sommario: 1. Premessa - 2. Dalla sentenza Teckal all’attuale assetto normativo in materia di affidamento diretto o c.d. in house providing - 3. Il parere del Consiglio di Stato sul “caso DMO”: in house “frazionato” aperto ai capitali privati.**

### 1. Premessa

Con il parere in esame i giudici di Palazzo Spada colgono l’occasione del parere richiesto dalla Regione Piemonte in ordine alla possibilità di qualificare la società Destination Management Organization Turismo Piemonte s.c.r.l. (DMO) alla stregua di società in house per evidenziare le caratteristiche dell’istituto di matrice europea, chiarendo la portata applicativa dei recenti interventi normativi di cui al D.lgs. n. 50/2016 e al D.lgs. n. 175/2016, adottati nell’ambito di una più globale opera di riforma, innovazione e semplificazione dell’intero apparato pubblico<sup>1</sup>. Nel richiamare il parere precedentemente reso dalla Sezione I - n. 1645/2018, il Consiglio di Stato ha ritenuto la società piemontese ossequiosa dei prescritti caratteri normativi codificati dalla legislazione vigente anche alla luce del complesso quadro normativo in materia e delle numerose pronunce giurisprudenziali che hanno concorso a delinearne gli attuali requisiti strutturali e funzionali. La pronuncia appare di particolare interesse perché l’Adunanza del Consiglio di Stato tipizza il principio codificato dal legislatore alla luce del quale una società in house providing può legittimamente ricevere affidamenti diretti dall’Amministrazione regionale, pur acquisendo partecipazioni private.

### 2. Dalla sentenza Teckal all’attuale assetto normativo in materia di affidamento diretto o c.d. in house providing

L’istituto dell’in house providing che, come noto, si connota per la sua alternatività alla stipula di un contratto di affidamento del servizio mediante procedura ad evidenza pubblica, affonda le sue origini nell’ordinamento dell’Unione Europea. L’uso dell’espressione “in house” risale infatti al 1998 allorché la Commissione Europea nel *Libro Bianco sugli Appalti* ha introdotto per la prima volta tale istituto per definire gli appalti aggiudicati all’interno della pubblica amministrazione ovvero tra un’amministrazione ed una società interamente controllata dalla prima<sup>2</sup>. L’intensa opera di tipizzazione dell’in house providing intrapresa dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia ha consacrato il principio cardine intorno al quale l’istituto poggia le proprie basi assiologiche: il principio di libera amministrazione delle autorità pubbliche<sup>3</sup>. Le autorità nazionali, regionali e locali possono, dunque, organizzare liberamente l’esecuzione dei propri lavori o la prestazione dei propri servizi, in conformità al diritto nazionale e dell’Unione, avvalendosi delle proprie risorse o in cooperazione con altre amministrazioni aggiudicatrici o di conferirli a operatori economici esterni. Sul solco dell’orientamento inaugurato dalla giurisprudenza della

---

<sup>1</sup> La Legge 7 agosto 2015 n. 124 ha, infatti, conferito delega al Governo per l’adozione di uno o più Testi Unici che organizzassero in un’unica sede normativa l’intera disciplina dei servizi pubblici locali di interesse economico generale e delle partecipazioni societarie delle amministrazioni pubbliche. In attuazione della stessa è stato adottato il D. Lgs. n. 175/2016, *Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica*.

<sup>2</sup> L’intervento della Commissione ha sollecitato l’opera giurisprudenziale di tipizzazione casistica del neo-istituto de jure condendo – s.v. CGUE R.I.SAN s.r.l. c. Comune di Ischia, Italia Lavoro spa e Ischia Ambiente spa in C. n. 108/98 del 9.09.1999. Sul punto per un maggiore approfondimento si veda Caringella, Giustiniani, Mantini, *Il nuovo diritto dei contratti pubblici*, Roma, 2016.

<sup>3</sup> Art. 2 della direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sull’aggiudicazione dei contratti di concessione.

Corte di Giustizia, con la nota sentenza “Teckal” del 1999<sup>4</sup> l’istituto dell’in house risulta delineato analiticamente nelle sue caratteristiche principali legittimando l’esclusione dell’operatività dell’evidenza pubblica allorché si è in presenza della “delegazione interorganica” in favore di un soggetto che nella sostanza è sottoposto al penetrante controllo, “effettivo, strutturale e funzionale”<sup>5</sup> sia sul versante gestionale che in ambito finanziario, da parte dello stesso ente affidante, tale da giustificare l’equiparazione ad un “ufficio interno” del soggetto pubblico<sup>6</sup>. “Il velo che normalmente nasconde il socio dietro la società è dunque squarciato”<sup>7</sup>, ciò in quanto, nella sostanza, non si tratta di un effettivo “ricorso al mercato”, *outsourcing*, ma di una forma di “autoproduzione” che integra gli estremi dell’erogazione di servizi pubblici direttamente ad opera dell’amministrazione, attraverso strumenti “propri”<sup>8</sup>. L’assenza di alterità sostanziale ma solo formale tra l’ente pubblico e la società in house ha imposto, in un primo momento la necessaria e inderogabile partecipazione pubblica totalitaria del capitale sociale, ciò in ossequio alla preminente esigenza di tutela del principio di libera concorrenza nel mercato e del Trattato sull’UE<sup>9</sup>, quale indefettibile presupposto per l’esercizio da parte dell’amministrazione del controllo analogo a quello che essa svolge sui propri servizi. Restava esclusa nell’originaria configurazione dell’in house providing la partecipazione pur minoritaria, di soggetti privati al capitale di una società in mano pubblica, questione a lungo dibattuta e oggetto di diffusa critica fino alla positivizzazione dell’istituto nell’ambito del D.Lgs. n. 50/2016, nuovo Codice dei contratti pubblici, L’articolo 5, infatti, pur ribadendo l’assenza di partecipazione diretta di capitali privati nell’alveo della persona giuridica controllata contempla l’eccezione di “forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto, previste dalla legislazione nazionale in conformità dei trattati, che non esercitano un’influenza determinante”.

### 3. Il parere del Consiglio di Stato sul “caso DMO”: in house “frazionato” aperto ai capitali privati.

La pronuncia in esame nasce dall’esigenza di esplicitare il requisito strutturale dell’in house richiesto dal Legislatore del 2016 in ordine alla possibile partecipazione di capitali privati nell’ambito della compagine societaria e di chiarire la portata applicativa della richiesta prescrizione per legge dell’ingresso di soci privati senza poteri di veto e controllo, avanzata dalla Regione Piemonte con la richiesta di parere in merito alla possibilità per Destination Management Organization Turismo Piemonte S.c.r.l. - società in house providing, nata dalla fusione e trasformazione di due preesistenti società regionali operanti nel settore del turismo e costituita ai sensi dell’art. 5 della legge della Regione Piemonte 11 luglio 2016, n. 14 – di ricevere affidamenti diretti dall’Amministrazione regionale, pur acquisendo partecipazioni private mediante procedura ad evidenza. Ciò al fine di incrementare i flussi turistici verso la Regione mediante l’interazione con i privati, nell’ambito dell’erogazione del servizio di interesse generale ricadente, peraltro, nell’esercizio delle funzioni dell’ente regionale, ossia dell’attività di promozione, accoglienza e informazione turistica. Nell’ottica assunta dal massimo consesso giurisprudenziale, il caso di specie si colloca nell’ambito del c.d. in house frazionato che ammette nella quota minoritaria del capitale l’ingresso di soci privati. Il consiglio di Stato evidenzia, tuttavia, i connessi profili con le ricadute in materie della tutela della concorrenza e dell’ordinamento civile, rientranti nell’ambito della competenza legislativa riservata allo Stato (art. 117, co. 1, lett. e) e l), Cost.) che la scelta di erogare un servizio di interesse generale mediante una società in house partecipata da privati è destinata a produrre. Ciò nonostante l’ingresso di capitali privati non impedisce alla società in house di continuare a ricevere affidamenti diretti dall’amministrazione-socia nel caso in cui la partecipazione di capitale privato sia prescritta dalla legge, senza distinguere, invero, tra legge nazionale e regionale. La pronuncia in esame risolve l’apparente contrasto normativo tra l’art. 5, comma 1, del decreto legislativo 16 aprile 2016 n. 50 e l’art. 16, co. 1, d.lgs. n. 175/2016 decretando la legittimità degli affidamenti diretti previsti dalla legislazione regionale volta a disciplinare la partecipazione dei privati nell’ambito delle competenze legislative regionali secondo l’attuale assetto costituzionale.

---

<sup>4</sup> Le procedure di evidenza pubblica possono escludersi tutte le volte in cui: 1) l’amministrazione aggiudicatrice esercita sul soggetto affidatario un controllo analogo a quello operato sui propri servizi interni (*requisito strutturale*); 2) il soggetto affidatario realizza la parte più importante della propria attività a favore dell’amministrazione aggiudicatrice che lo controlla - prevalenza dell’attività “*intra moenia*” - (*requisito funzionale*).

<sup>5</sup> Corte di Giustizia UE, sez. III, sentenza 29 novembre 2012, C-182/11 e C-183/11, *Econord*.

<sup>6</sup> La Corte di Giustizia UE ha affermato, altresì, che, a determinate condizioni, il controllo analogo può essere esercitato congiuntamente da più autorità pubbliche che possiedono in comune l’ente affidatario, in house c.d. *frazionato* (Corte di Giustizia UE, 29 novembre 2012, in cause riunite C-182/11 e C-183/11, *Econord*), e che è configurabile un controllo analogo anche nel caso di partecipazione pubblica indiretta, in cui il pacchetto azionario non è detenuto direttamente dall’ente pubblico di riferimento, ma indirettamente mediante una società per azioni capogruppo (c.d. holding) posseduta al 100% dall’ente medesimo, cd. *in house a cascata* (Corte di Giustizia UE 11 maggio 2006 C-340/04).

<sup>7</sup> Cass. civ. Sez. UN. 25 novembre 2013, n. 26283 – in tema di giurisdizione contabile nei confronti di amministratori di società in house che abbiano provocato danni, appunto erariali, alla società.

<sup>8</sup> Cfr. Cons. St., sez. VI, 26 maggio 2015, n. 2660; Corte Cost., 20 marzo 2013, n. 46; T.A.R. Roma, Lazio, sez. II, 17 giugno 2016, n. 7032.

<sup>9</sup> Corte di Giustizia UE 11 gennaio 2005, C-26/03, *Stadt Halle*; Corte di Giustizia UE 21 luglio 2005, C-231/03, *Consorzio Coname*; Corte di Giustizia UE, sez. I, 18 gennaio 2007, C-225/05, *Je. Au*.

