

A disciplina da contratación doméstica (*in house providing*) no novo Código de contratación pública e no proxecto de Texto Único sobre os SIEG.

Unha análise tras a transposición das directivas comunitarias 23 e 24 de 2014

La disciplina degli affidamenti in house nel nuovo Codice dei contratti pubblici e nello schema di Testo Unico sui SIEG.

Un focus dopo il recepimento delle Direttive comunitarie 23 e 24 del 2014

The discipline of in-house providing in the new Code of public contracts and the plan of the Single Text on the SIEG.

A focus after the transposition of the European Directives 2014/23/UE and 2014/24/UE

ANTONELLA AZZARITI

Lawyer with a PHD in public law (researcher)
Abruzzo Region – Consultant
antonella.azzariti@regione.abruzzo.it
antonella.azzariti@gmail.com

Recibido: 20/05/2016 | Aceptado: 29/06/2016

52 Regap

Regap



NOTAS

Resumo: Tras a entrada en vigor das directivas n.º 23, 24 e 25 de 2014, introducíronse moitas novidades en materia de contratación pública. Sen dúbida, a normativa sobre a figura da contratación doméstica (*in house providing*) é unha delas.

Este artigo ten por obxecto analizar o contexto normativo e xurisprudencial sobre a figura do *in house providing*, tras a transposición da disciplina prevista nos artigos 12, 17 e 28 das directivas 23, 24 e 25 de 2014 dentro do ámbito do novo Código de contratación pública, D.L. n.º 50, do 18 de abril de 2016.

Palabras clave: *in house providing*, adxudicación dos contratos públicos.

Riassunto: A seguito dell'entrata in vigore delle Direttive n. 23, 24 e 25 del 2014, sono state introdotte molte novità nell'ambito della materia dei contratti pubblici. Tra queste, sicuramente, vi è la disciplina dell'istituto dell'*in house providing*.

Il presente articolo mira ad analizzare il contesto normativo e giurisprudenziale concernente l'istituto dell'*in house providing* alla luce del recepimento della disciplina di cui agli artt. 12, 17 e 28 delle Direttive 23, 24 e 25 del 2014 nell'ambito del nuovo Codice dei contratti pubblici, D.lgs. n. 50 del 18 aprile 2016.

Parole chiave: in house providing, affidamento dei contratti pubblici.

Abstract: Following the entry into force of Directives 23, 24 and 25 of 2014, many novelties have been introduced in the area of public contracts. One of these is undoubtedly the discipline of in-house providing.

The aim of this article is to analyze the legislative and legal context regarding the institution of in-house providing in the light of the transposition of the discipline as established in articles 12, 17 and 28 of new Directives in the ambit of the new Code for public contracts, law no. 50 of April 18 2016.

Key words: in house providing, public contracts management.

Sommario: 1 Introduzione. 2 Il modello organizzativo *in house providing*. 3 I principi informativi del "Pacchetto appalti/concessioni" in materia di affidamenti in house. 4 L'articolo 5 del D.lgs. n. 50 del 2016 e le linee direttrici dello schema di Testo Unico sui SIEG. 5 Considerazioni conclusive. 6 Bibliografia.

1 Introduzione

La presente nota si prefigge di analizzare l'attuale quadro normativo ed interpretativo concernente l'istituto dell'*in house providing* alla luce del recepimento, nell'ambito del nuovo Codice dei contratti pubblici¹, della disciplina comunitaria resa nelle disposizioni "gemelle" di cui agli artt. 12, 17 e 28 delle Direttive 23, 24 e 25 del 2014.

A circa sedici anni dal *leading case* Teckal, infatti, l'istituto riceve un'espressa codificazione a livello europeo, aprendo così una serie di scenari e prospettive in ordine a tale modalità gestionale in ambito nazionale, soprattutto in concomitanza con l'attuazione della L. n. 124/2015, c.d. "Riforma Madia", che, nell'ambito di una complessiva riorganizzazione amministrativa, prevede l'adozione di due decreti di riordino della materia dei servizi pubblici locali di interesse economico generale e delle partecipazioni societarie delle p.a., il cui iter approvativo è in corso di svolgimento².

Inoltre, nelle periodo 2015-2016, sembra farsi strada un *trend* giurisprudenziale che, ferma restando l'affermazione e tutela del principio di concorrenza, appare disomogeneo in ordine alle possibilità ed opportunità di ricorso agli affidamenti diretti.

2 Il modello organizzativo *in house providing*

E' noto che, nella materia dei contratti pubblici, ed in particolare dell'affidamento di servizi pubblici da parte di pubbliche amministrazioni, il modello organizzativo *in house providing*

1 D.lgs. n. 50 del 18 aprile 2016, recante "Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture", in G.U. 19 aprile 2016, n. 91, S.O., in particolare, art. 5 "Principi comuni in materia di esclusione per concessioni, appalti pubblici e accordi tra enti e amministrazioni aggiudicatrici nell'ambito del settore pubblico".

2 Nel presente scritto si è fatto riferimento ai due Schemi di Decreto legislativo in corso di approvazione. In particolare il riferimento va all'art. 7 del T.U. sui servizi di interesse economico generale e agli artt. 5, 15 e 16 del T.U. sulle società a partecipazione pubblica. Il Consiglio di Stato, Adunanza della Commissione Speciale, n.1075 del 3 maggio 2016 si è pronunciato sullo Schema di Decreto legislativo sul Testo Unico sui servizi pubblici locali di interesse economico generale.

viene coniato in ambito comunitario, a far data dalla sentenza Teckal³, come sistema alternativo o derogatorio rispetto all'affidamento a mezzo di procedure ad evidenza pubblica.

La giurisprudenza comunitaria ha ampiamente chiarito che il diritto comunitario disciplina le modalità di affidamento di appalti o concessioni da parte di pubbliche amministrazioni mediante un complesso regolatorio che, lungi dall'assolvere una mera funzione di coordinamento delle procedure di aggiudicazione, mira all'instaurazione della concorrenza effettiva, intesa come ambito ove viene garantita agli operatori economici l'esplicazione delle libertà di stabilimento e prestazione di servizi sancite dal TFUE, attraverso l'osservanza dei canoni della parità di trattamento, della trasparenza, del mutuo riconoscimento e della proporzionalità⁴.

Poiché la nozione comunitaria di impresa prescinde dal carattere pubblico o privato del soggetto ad essa preposto, i soggetti a cui viene affidata la gestione di pubblici servizi a rilevanza economica o, più in generale, commesse pubbliche, sono tenuti, al pari di qualsivoglia operatore economico, al rispetto delle regole concorrenziali a meno che non si configuri la concessione di diritti speciali o esclusivi, sub specie di monopoli o attribuzione di finanziamenti pubblici, ovvero si versi in ipotesi di *in house providing*.

In quest'ultimo caso viene riconosciuta alle pubbliche amministrazioni la facoltà di auto-produrre il servizio da erogare o di espletare internamente le prestazioni di cui necessitano, avvalendosi di strutture ad esse gerarchicamente collegate che non si pongono rispetto ad esse in posizione di terzietà poiché sono legate alle prime dal c.d. rapporto di "delegazione interorganica".

La configurazione degli organismi in house providing viene tradizionalmente ricollegata alla presenza dei seguenti elementi:

- partecipazione pubblica interamente totalitaria;
- controllo analogo;
- attività prevalente⁵.

Trattandosi, dunque, di una modalità di affidamento che va a sottrarre al libero mercato quote di contratti pubblici, la sussistenza dei suddetti requisiti sintomatici va verificata in modo

3 Corte di Giustizia CE, 18 novembre 1999, C-107/98, Teckal, in Racc., I, 8121 e Comunicazione della Commissione Europea avente ad oggetto "I servizi d'interesse generale in Europa" del 1997.

4 Di seguito si riportano le pronunce più significative della Corte di Giustizia in cui si delineano i tratti costitutivi dell'istituto *in house providing*: 11 gennaio 2005, causa C-26/03, Stadt Halle e RPL Lochau in Racc. I-1, punto 49; 21 luglio 2005, causa C-231/03, Coname in Racc., I-7287, punto 26; 11 maggio 2006, causa C-340/04, Carbotermo, punto 37, in Racc., I-4137; 19 aprile 2007, causa C-295/0, Asemfo in Racc., I-2999, punto 57; 18 dicembre 2007, Causa C-357/06, Frigerio; 17 luglio 2008, C-71/07, Campoli; 13 novembre 2008, Causa C-324/07, Coditel; 10 settembre 2009, Causa C-573/07, Set.Co.

5 Il requisito della partecipazione pubblica totalitaria, da sempre ribadito dalla Corte di Giustizia – *ex multis*, si veda, ad esempio, il Caso Set.co, Corte di giustizia CE, Sez. III, 10 settembre 2009, n. C-573/07, Set.Co. – viene sottoposto a rivisitazione dalle Direttive n. 23 e 24 del 2014, come si avrà modo di approfondire nel paragrafo seguente.

Diversamente, la sussistenza del "controllo analogo" viene ravvisata in presenza di: a) capitale interamente pubblico e divieto di apertura a capitali privati; b) dipendenza economica e finanziaria della società nei confronti dell'ente affidante; c) riserva in capo ai soci pubblici di poteri di designazione degli organi sociali; d) esercizio da parte dell'ente controllante di un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni importanti della società mediante poteri di indirizzo rafforzati rispetto ai diritti attribuiti ai soci dal diritto comune - sub specie di direzione, coordinamento e supervisione; e) assenza in capo agli organi sociali di ampi poteri di ordinaria e straordinaria amministrazione.

Elementi sintomatici del requisito della "destinazione prevalente dell'attività" sono invece ritenuti: a) l'oggetto sociale limitato al servizio affidato; b) l'assenza di vocazione commerciale nell'attività svolta.

rigoroso ed alla luce delle concrete circostanze dell'affidamento, in base ad un approccio interpretativo di tipo funzionale⁶.

Al fine di comprendere le novità introdotte dalle Direttive n. 23 e 24 del 2014, è utile focalizzare alcuni principi affermati in materia di controllo analogo ed attività prevalente.

In primo luogo, in ordine alle modalità di analisi del modello organizzativo in questione, si è fatto strada un approccio sostanziale nell'indagine circa la sussistenza dei requisiti in house, che richiede di non fermarsi unicamente alla denominazione giuridica del soggetto controllato e di fare, invece, riferimento alle caratteristiche funzionali ed alle concrete modalità operative dello stesso.

In tal senso, da ultimo, rileva la pronuncia del Consiglio di Stato, III, 27 aprile 2015, n. 2154, ove si statuisce che *"la legittimità dell'affidamento del servizio in house va valutata con riferimento allo stato di fatto e di diritto esistente al momento dell'adozione del provvedimento"*.

Altresì interessante è il caso del Consorzio Universitario C.I.N.E.C.A., su cui si avrà modo di tornare nel prosieguo del presente lavoro, che è stato oggetto di due pronunce del Consiglio di Stato, l'una resa in sede consultiva e l'altra resa in sede giurisdizionale⁷.

Nella pronuncia n. 2660/2015, a fronte della tesi difensiva secondo cui fosse integrata la natura di organismo in house del C.I.N.E.C.A. sulla base della sussistenza formale del controllo analogo congiunto, essendo lo stesso partecipato dal MIUR e da altre Università pubbliche, il Consiglio di Stato ha ritenuto insussistente tale requisito, giudicando non sufficiente la mera partecipazione di tutti i soggetti partecipanti al capitale e agli organi direttivi dell'ente in house, richiedendosi, al contrario, che ognuno di tali soggetti eserciti, in misura proporzionale, i poteri di indirizzo e controllo.

Nel caso di specie, l'effettività del controllo analogo da parte di tutte le Università consorziate è stata esclusa dalla posizione di indiscussa primazia riconosciuta al MIUR nell'ambito dell'organizzazione e del funzionamento del CINECA.

Di pari interesse è la giurisprudenza che ha delineato gli elementi sostanziali del controllo analogo.

A partire dalla pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 1 del 3 marzo 2008, si è affermato l'orientamento secondo cui i poteri attribuiti dal codice civile e dallo statuto agli enti pubblici in qualità di soci non siano da soli sufficienti a garantire una posizione di controllo analogo, rendendo pertanto necessario individuare specifici meccanismi di controllo e di poteri di intervento sulla società tali da configurare un rapporto di dipendenza della società rispetto agli enti azionisti.

Tale influenza deve estrinsecarsi con l'esercizio di una forma di controllo effettiva, integrata dai seguenti poteri:

6 In tal senso, si vedano le seguenti pronunce: Consiglio di Stato, V, 29 dicembre 2009, n. 8970; Consiglio di Stato, V, 30 aprile 2009, n. 2765; Consiglio di Stato, V, 28 settembre 2009, n. 5808 in www.giustizia-amministrativa.it. Da ultimo, Consiglio di Stato, III, 27 aprile 2015, n. 2154, ove si statuisce che *"La legittimità dell'affidamento del servizio in house va valutata con riferimento allo stato di fatto e di diritto esistente al momento dell'adozione del provvedimento"*.

7 Consiglio di Stato, II, parere n. 298 del 30 gennaio 2015 e sentenza, Sez. VI, n. 2660 del 26 maggio 2015.

- a) controllo del bilancio, ex ante ed ex post;
- b) controllo sulla qualità dell'amministrazione sotto il profilo della regolarità, economicità, redditività, legittimità;
- c) spettanza di poteri ispettivi diretti e concreti;
- d) totale dipendenza dell'affidatario diretto in tema di strategie e politiche aziendali;
- e) contesto organizzativo dal quale emerge la possibilità per la società di svolgere con le proprie risorse il servizio oggetto di affidamento.

I controlli esercitati dagli enti affidanti devono essere al tempo stesso sugli organi, e quindi strutturali, e sugli atti, ovvero sulle azioni e sui comportamenti:

- sugli organi, nel senso che l'ente locale deve avere il potere di nomina e revoca quanto meno della maggioranza dei componenti degli organi di gestione, di amministrazione e di controllo;
- sulla gestione, nel senso che l'ente affidante, oltre al potere di direttiva e di indirizzo, deve avere anche il potere di autorizzare o di annullare quantomeno tutti gli atti più significativi della società, quali, oltre al bilancio, i contratti che superino una certa soglia ed in generale gli atti più qualificanti della gestione che non si risolvano in meri atti ordinari e burocratici.

Diversamente, in tema di attività prevalente, si segnala la recente giurisprudenza in tema di attività *extramoenia*.

Tradizionalmente, è stato ritenuto che l'attività del soggetto affidatario deve essere limitata agli ambiti territoriali degli enti partecipanti⁸.

Di recente, il Consiglio di Stato, con l'ordinanza n. 4793 del 20 ottobre 2015, ha rimesso alla Corte di Giustizia la questione pregiudiziale relativa alla possibilità di computare nell'attività prevalente, anche l'attività svolta a favore di enti pubblici non soci qualora sia imposta da un'amministrazione pubblica terza, nella fattispecie consistente nell'Ente regionale.

Il tema trae origine dal caso di una società in house deputata alla gestione di rifiuti a cui l'Ente regionale ha imposto, con un proprio provvedimento autoritativo, di svolgere attività di trattamento e avvio a smaltimento di rifiuti a favore di comuni non soci per ragioni di tutela dell'igiene e della salute pubblica in ambito regionale.

La questione interpretativa su cui la Corte di Giustizia si andrà a pronunciare, appare di particolare interesse, andando a toccare il profilo dell'attività *extramoenia* delle società in house, finora considerata esclusa ai fini della configurazione del requisito dell'attività prevalente.

3 I principi informatori del “Pacchetto appalti/ concessioni” in materia di affidamenti in house

Così inquadrato, sia pur in un'ottica di sintesi, il modello organizzativo in house, bisogna analizzare i principi introdotti in relazione a tale istituto nel c.d. “Pacchetto appalti/concessio-

⁸ *Ex multis*: Corte di Giustizia, UE, C-573/07 del 10 settembre 2008.

ni", i cui contenuti sono stati trasposti nell'art. 5 del nuovo Codice dei contratti pubblici che, sostanzialmente, opera un recepimento *tout court* il disposto dell'articolo 12 della Direttiva 2014/24/UE – *Settori ordinari* – e dell'articolo 17 della Direttiva 2014/23/UE – *Concessioni*.

In particolare, con riferimento alle modalità di affidamento dei servizi pubblici rileva, in particolare, l'art. 12 della Direttiva n. 23, in materia di concessioni.

La prima novità di rilievo è data proprio dalla codificazione di un *corpus* di norme dedicato all'istituto in esame che, in larga parte, recepisce e rende positivi i principi enunciati dalla Corte di Giustizia a far data dal caso Teckal, ma introduce, come vedremo, anche rilevanti elementi di novità.

Al riguardo, nel Considerando n. 31 della Direttiva 2014/24/UE si legge che *"La giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea in tema di affidamenti in house viene interpretata in modo divergente dai diversi Stati membri e anche dalle diverse amministrazioni aggiudicatrici. E' pertanto necessario precisare in quali casi i contratti conclusi nell'ambito del settore pubblico non sono soggetti all'applicazione delle norme in materia di appalti pubblici"*.

La disciplina resa negli artt. 12, 17 e 28 delle tre Direttive va letta, dunque, nell'ottica del superamento delle frammentazioni interpretative all'interno dei singoli Stati membri.

In secondo luogo, viene ben esplicitata la configurazione dell'*in house* quale modalità alternativa di espletamento di servizi o di esecuzione di lavori rispetto all'affidamento a mezzo di procedure ad evidenza pubblica.

Dunque, l'assunto secondo cui l'*in house* è un'eccezione alle regole generali del diritto comunitario, che richiedono il previo espletamento della gara ad evidenza pubblica, va rivista ed impostata in altri termini.

In questo senso, le nuove Direttive riprendono e sviluppano il descritto percorso normativo ed interpretativo avviato dalla Commissione Europea – a far data dalla Comunicazione avente ad oggetto *"I servizi d'interesse generale in Europa"* del 1997 – e dalla giurisprudenza Teckal.

Viene, infatti, positivamente enunciata la libertà di autorganizzazione delle pubbliche amministrazioni ed affermata, con riferimento alle modalità di espletamento di lavori o servizi, l'equiordinazione di tre modelli gestionali:

- a) l'autoproduzione, secondo il modulo organizzativo in house;
- b) l'esternalizzazione a mezzo di gara;
- c) la cooperazione tra amministrazioni.

Tale assunto emerge chiaramente dalla lettura di alcuni considerando delle Direttive in questione.

Secondo il Considerando n. 5 della Direttiva n. 2014/24/UE: *"È opportuno rammentare che nessuna disposizione della presente direttiva obbliga gli Stati membri ad affidare a terzi o a esternalizzare la prestazione di servizi che desiderano prestare essi stessi o organizzare con strumenti diversi dagli appalti pubblici ai sensi della presente direttiva."*

Nello stesso senso depongono i considerando n. 7 della Direttiva settori speciali n. 2015/25/UE e n. 5 della direttiva concessioni n. 2014/23/UE.

Secondo l'art. 2, paragrafo 1, di quest'ultima Direttiva, recante "*Principio di libera amministrazione delle autorità pubbliche*": "1. La presente direttiva riconosce il principio per cui le autorità nazionali, regionali e locali possono liberamente organizzare l'esecuzione dei propri lavori o la prestazione dei propri servizi in conformità del diritto nazionale e dell'Unione [...]. Dette autorità possono decidere di espletare i loro compiti d'interesse pubblico avvalendosi delle proprie risorse o in cooperazione con altre amministrazioni aggiudicatrici o di conferirli a operatori economici esterni."

Si delinea così uno scenario nel quale i due principi di libertà di autoproduzione del servizio e tutela della concorrenza hanno pari dignità nel contesto di regole di ascendenza comunitaria, ferma restando la rigorosa verifica della sussistenza dei requisiti dell'in house, secondo i principi delineati dalle nuove Direttive e l'adozione di un'adeguata motivazione nei casi di utilizzo del modello⁹.

Il terzo profilo di novità espresso dalle Direttive in materia di *in house providing* risiede nell'attribuzione alla figura in esame non solo dei contorni di un modello di gestione di servizi pubblici ma dei tratti di una vera e propria "*relazione*" che può sussistere tra un soggetto pubblico e persone giuridiche private ovvero tra soggetti pubblici.

Gli articoli di riferimento della Direttiva parlano, infatti, di "*relazione*" che può intercorrere tra "persone giuridiche di diritto pubblico o di diritto privato", estendendo i confini tradizionali della figura.

Così, le fattispecie di in house vengono inquadrare come:

- *in house c.d. verticale*, o in senso proprio, secondo il modello tradizionalmente delineato dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale, in cui un soggetto pubblico esercita nei confronti di una persona giuridica di diritto privato – nella maggior parte dei casi ascrivibile allo schema societario – un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e si configuri il requisito dell'attività prevalente, secondo lo schema della *delegazione interorganica*;

- *in house verticale capovolto*, che si configura nell'ipotesi in cui il soggetto controllato affidi attività al soggetto controllante, ammettendosi una sorta di bidirezionalità dell'in house;

- *in house c.d. orizzontale*, consistente in una forme di cooperazione tra enti locali e/o amministrazioni per l'esercizio di pubblici servizi nell'ambito della loro potestà autorganizzatoria, secondo un modello che la Corte di Giustizia ha ammesso a partire dal 2009, nella c.d. sentenza "*Amburgo*"¹⁰, in cui veniva infatti ricondotto al modello in house un accordo tra enti locali per il conferimento e lo smaltimento di rifiuti all'interno di un impianto di termovalorizzazione situato nel territorio di uno di essi, con affidamento della gestione ad un soggetto privato.

⁹ Sul punto, VOLPE, C., *Le nuove Direttive sui contratti pubblici e l'in house providing: problemi vecchi e nuovi*, in www.giustizia.amministrativa.it

¹⁰ Grande Sezione, in C- 480/06 del 9 giugno 2009.

È soprattutto con riferimento alla figura dell'in house verticale in senso proprio che le nuove Direttive vanno ad incidere con un complesso di regole riguardanti i requisiti del controllo analogo e dell'attività prevalente.

In relazione al primo, oltre all'espressa codificazione dei requisiti Teckal, vengono disciplinate le fattispecie del c.d. controllo analogo "congiunto" e "a cascata".

Le condizioni che vengono poste dagli artt. 12, 17 e 28 delle tre Direttive ai fini della legittimità di tali figure sono le seguenti:

- gli organi decisionali devono essere composti da tutti i soci pubblici partecipanti ovvero da loro rappresentanti;
- i soci pubblici devono essere sia in grado esercitare congiuntamente un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative dell'organismo controllato sia, ognuno singolarmente, in grado di esprimere una partecipazione proporzionale alla propria quota;
- l'organismo controllato non deve perseguire interessi contrari a quelli di tutti i soci pubblici partecipanti.

Secondo l'elaborazione giurisprudenziale sul punto, è necessario che, nel caso di pluripartecipazione, il singolo socio possa vantare una posizione idonea, sia pur in misura minoritaria, a garantirgli una possibilità di effettiva partecipazione alla gestione dell'organismo in house¹¹.

Tale modello gestionale è particolarmente rilevante con riferimento all'assetto organizzativo dei servizi pubblici a rete – servizio idrico, trasporti, rifiuti – per i quali è prevista, a livello legislativo, l'organizzazione in ambiti territoriali ottimali, in cui le funzioni di programmazione, indirizzo e controllo siano esercitate da enti d'ambito¹².

Diversamente, in relazione al controllo analogo "a cascata" o a mezzo di holding, un'amministrazione esercita il controllo su un'altra amministrazione e quest'ultima esercita, a propria volta, il controllo sull'organismo in house.

In questo caso viene ammesso l'affidamento diretto dalla prima amministrazione nei confronti del terzo soggetto, benché formalmente non sussista una relazione diretta fra le due entità.

Riguardo al requisito dell'attività prevalente, la principale novità delle Direttive risiede nella quantificazione dell'attività che consente di affermare il concetto di prevalenza, che viene fissata, sulla scorta dell'elaborazione giurisprudenziale, nella percentuale dell'80% e nella codificazione del metodo di calcolo della stessa, che può avvenire in due modi:

- tramite il fatturato medio degli ultimi tre anni;
- attraverso un'idonea misura alternativa, quale, ad esempio, i costi sostenuti dalla persona giuridica nei tre anni precedenti l'affidamento della concessione.

11 Da ultimo, Consiglio di Stato, III, 27 aprile 2015, n. 2154, *cit.*; Consiglio di Stato, n. 2660 del 26 maggio 2015, *cit.*

12 Si vedano l'art. 3-bis del D.L. n. 138/2011 e l'art. 1, comma 609 della Legge di Stabilità 2015 e, da ultimo, la bozza di T.U. sui servizi pubblici locali di interesse economico generale.

Nel caso di organismi in fase di *start up* inferiore a tre anni o in caso di attività non pertinenti per la valutazione, è sufficiente dimostrare con le proiezioni la credibilità della misura dell'attività svolta.

Da ciò discende per le società affidatarie la possibilità di operare nel libero mercato fino al 20% del proprio fatturato.

Altra novità assoluta che le Direttive introducono in merito alla compagine organizzativa degli organismi in house riguarda l'esplicita ammissione della partecipazione di operatori economici privati al capitale sociale della persona giuridica controllata.

Tale assunto rappresenta un *quid pluris* rispetto al pensiero giurisprudenziale che tradizionalmente richiede il requisito della partecipazione pubblica totalitaria, escludendo partecipazioni private sia minoritarie che potenziali, anche se soltanto previste dallo statuto¹³.

Rivisitando tale impostazione, le Direttive ammettono che l'affidamento in house possa avvenire anche in favore di organismi partecipati da capitali privati qualora ricorrano le seguenti condizioni:

- la partecipazione di capitali privati non deve essere tale da determinare situazioni di controllo o poteri di veto in favore degli stessi soci privati, consentendo loro di esercitare un'influenza determinante sulla società;

- tale partecipazione sia prescritta da espresse disposizioni di legge e non si ponga in contrasto con gli obiettivi comuni dei Trattati.

In ogni caso, la previsione che consente la partecipazione di soggetti privati soltanto se prescritta da disposizioni legislative, introduce una misura garantistica per i singoli Stati Membri e conferisce l'opportunità di disciplinare tale aspetto compatibilmente con i principi concorrenziali.

Tale disposizione si rinviene all'art. 5, comma 3¹⁴, del D.lgs. n. 50/2016.

Già anteriormente all'entra in vigore del nuovo Codice dei contratti pubblici, tale disposizione ha suscitato un acceso dibattito interpretativo, in considerazione della portata derogatoria della stessa rispetto al principio consolidato della totale partecipazione pubblica delle società in house.

Un primo caso giurisprudenziale si è avuto in relazione al Consorzio Universitario C.I.N.E.C.A. per il quale il Consiglio di Stato, con due pronunce di segno contrario – l'una emessa in sede consultiva¹⁵, l'altra in sede giurisdizionale¹⁶ – ha una volta ammesso la configurazione della

13 Corte di giustizia CE, Sez. III, 10 settembre 2009, n. C-573/07, Set.Co.; Consiglio di Stato, n. 5072/2006; n. 591/2009.

14 Art. 5, comma 3, del D.lgs. n. 50/2016, recante "Il presente codice non si applica anche quando una persona giuridica controllata che è un'amministrazione aggiudicatrice o un ente aggiudicatore, aggiudica un appalto o una concessione alla propria amministrazione aggiudicatrice o all'ente aggiudicatore controllante o ad un altro soggetto giuridico controllato dalla stessa amministrazione aggiudicatrice o ente aggiudicatore, a condizione che nella persona giuridica alla quale viene aggiudicato l'appalto pubblico non vi sia alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto prescritte dalla legislazione nazionale, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata".

15 Consiglio di Stato, II, parere n. 298 del 30 gennaio 2015.

16 Consiglio di Stato, VI, n. 2660 del 26 maggio 2015.

natura in house a fronte della partecipazione di università private nel capitale sociale sul presupposto del carattere *self-executing* delle Direttive e, successivamente, escluso la stessa, ritenendo dirimente il rilievo che il termine di recepimento da parte degli Stati membri è ancora in corso.

Sulla questione è poi intervenuto il D.L. 19 giugno 2015, n. 78, convertito in L. 6 agosto 2015, n. 125, che, in coerenza con le affermazioni espresse nella sentenza del Consiglio di Stato n. 2660/2015, ha subordinato la partecipazione dei privati alle tre condizioni enunciate dall'art. 12 della Direttiva n. 2014/24/UE¹⁷.

Diversamente, per quanto concerne il modello dell'in house orizzontale, appare interessante soffermarsi sui principi enunciati dal Consiglio di Stato nel parere n. 1178/2015¹⁸ ove si esamina la questione interpretativa posta dall'Agenzia del Demanio circa possibilità di concludere accordi con enti territoriali e previdenziali per l'amministrazione e gestione di immobili di proprietà pubblica.

Il giudice amministrativo, dopo ampia disamina della giurisprudenza comunitaria e nazionale in materia, fissa alcuni limiti da osservare in sede di trasposizione di tale modello in ambito nazionale.

In primo luogo, si precisa che le attività oggetto dell'accordo di collaborazione devono avvenire senza previsione di trasferimenti finanziari tra le parti cooperanti, fatti salvi i rimborsi dei costi sostenuti e non possono essere oggetto di commercializzazione né offerte sul mercato, a garanzia dei principi concorrenziali e di parità di trattamento degli operatori economici in esso operanti.

Inoltre, l'in house orizzontale viene accostato alla fattispecie degli accordi ex art. 15 della L. n. 241/1990, che consente alle pp. aa. di concludere tra loro accordi per lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune.

Entro questi limiti, gli accordi finalizzati alla gestione e valorizzazione dei patrimoni immobiliari, conclusi tra l'Agenzia del Demanio e soggetti pubblici – nel cui novero sono ricompresi amministrazioni centrali e/o periferiche, enti territoriali nonché enti pubblici o società pubbliche – vengono esclusi dall'ambito applicativo del codice dei contratti pubblici e dalle Direttive UE.

17 Il riferimento va all'art. 9, commi 11-bis, 11-ter e 11-quater, del D.L. 19 giugno 2015, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla L. 6 agosto 2015, n. 125. In particolare, l'art. 11-quater prevede che *"I servizi informativi strumentali al funzionamento dei soggetti facenti parte del sistema dell'istruzione, dell'università e della ricerca possono essere svolti da detti soggetti direttamente o per il tramite di enti, anche con personalità giuridica di diritto privato, costituiti su iniziativa delle amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, e da queste partecipati, purché siano soddisfatte le seguenti condizioni:*
a) oltre l'80 per cento delle attività dell'ente è effettuato nello svolgimento dei compiti ad esso affidati dall'amministrazione controllante o da altre persone giuridiche controllate dalla stessa;
b) nella persona giuridica controllata non vi è alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto e che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata.
c) le amministrazioni partecipanti esercitano su tali enti, anche in maniera congiunta, un controllo analogo a quello da esse esercitato sui propri servizi".

18 Consiglio di Stato, il parere n. 1178 dell'11 marzo 2015.

4 L'articolo 5 del D.lgs. n. 50 del 2016 e le linee direttrici dello schema di Testo unico sui SIEG

Nello scenario normativo attuale, le novità introdotte dalle Direttive n. 23 e 24 del 2014 in ordine all'istituto dell'in house providing si rinvergono, principalmente, negli artt. 5 e 192 del D.lgs. n. 50/2016, da leggere in concomitanza con il decreto di riordino della materia dei servizi pubblici locali di interesse economico generale, il cui *iter* approvativo è tuttora in corso di svolgimento¹⁹.

Come già osservato, l'art. 5 del nuovo Codice dei Contratti opera una trasposizione *tout court* delle disposizioni rese agli articoli 12 e 17 delle due direttive comunitarie, codificando così i descritti principi in materia di controllo analogo – verticale, congiunto ed a mezzo di holding – di attività prevalente, con le relative percentuali e modalità di determinazione, e di in house orizzontale.

Viene altresì recepita la novità della possibile presenza di capitali privati nella compagine organizzativa del soggetto in house, a condizione che la stessa sia prescritta dalla legislazione nazionale, in conformità dei Trattati, e che non siano riconosciuti al soggetto privato poteri di veto e controllo.

In relazione a quest'ultima disposizione, si segnala una pronuncia della Corte dei Conti della Regione Campania, immediatamente successiva all'entrata in vigore del nuovo Codice²⁰.

Il giudice contabile, infatti, in sede consultiva, si è pronunciato in ordine alla questione, posta da un comune, circa la possibilità di fusione tra due società di gestione del servizio idrico, di cui una partecipata da capitali privati, per la creazione di un unico soggetto operante a livello di ambito ottimale.

Pur nella vigenza dell'art. 5 del Codice dei contratti pubblici, si è ritenuta non ammissibile tale operazione in assenza di una norma di settore *ad hoc* che prescriva, in modo obbligatorio, la partecipazione di capitali privati ad organismi di gestione del servizio idrico.

Si ritiene, in altri termini, non sufficiente una disposizione che renda possibile l'affidamento in house a soggetti partecipati da capitali privati, richiedendosi la sussistenza di una norma speciale e prescrittiva in tal senso.

E' chiaro che tale interpretazione mira a circoscrivere ulteriormente le possibilità di ingresso di capitali privati nella struttura organizzativa dell'organismo in house.

La disciplina resa all'art. 192 del codice si muove lungo due linee direttrici, l'una, resa ai commi 1 e 3, prevedente la costituzione di un elenco presso l'ANAC di enti aggiudicatori di affidamenti in house e l'assoggettamento delle stesse agli obblighi di pubblicità e trasparenza, e l'altra, al comma 3, concernente gli obblighi di motivazione da ottemperare nel caso di ricorso all'affidamento in house, da leggersi in concomitanza con la previsione di cui all'art. 7 del Testo Unico sui SIEG.

¹⁹ Si segnala il parere del Consiglio di Stato, Adunanza della Commissione speciale, 3 maggio 2016, n. 1075, recante "*Testo unico sui servizi pubblici locali di interesse economico generale*".

²⁰ Corte dei Conti, Sezione regionale di controllo per la Campania n. 108 del 22 aprile 2016.

In base alla prima previsione, l'iscrizione nell'elenco istituito da ANAC avviene a domanda dell'ente affidante, sotto la responsabilità di quest'ultimo, prevedendosi un potere di verifica in capo all'ANAC sull'esistenza dei requisiti integranti l'in house, secondo modalità e criteri da definirsi con successivo atto.

Tale disposizione pone alcuni dubbi interpretativi circa la natura da attribuire all'obbligo di iscrizione.

La stessa, infatti, non introduce una presunzione assoluta circa la sussistenza dei requisiti in house e non connota comunque di legittimità gli affidamenti diretti effettuati.

Emerge, con tutta probabilità, l'attribuzione di un potere di controllo all'ANAC circa la sussistenza dei requisiti integranti l'in house, fermo restando in ogni caso il sindacato giurisdizionale sulla legittimità degli affidamenti.

Sotto altro profilo, si prevede per le società affidatarie in house, l'obbligo di pubblicazione di tutti gli atti connessi all'affidamento, al fine di garantire adeguati livelli di pubblicità e trasparenza delle procedure, nell'ottica di estensione degli obblighi di trasparenza ed anticorruzione di cui al D.lgs. n. 33/2013 ed alla L. 190/2012 agli enti di diritto privato ed economici, sui quali le amministrazioni pubbliche detengano partecipazioni o esercitino poteri di vigilanza e controllo.

Questa linea d'indirizzo emergeva già dalla Determinazione dell'A.N.A.C. n. 8 del 17 giugno 2015, recante *"Linee guida per l'attuazione della normativa in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza da parte delle società e degli enti di diritto privato controllati e partecipati dalle pubbliche amministrazioni e degli enti pubblici economici"*.

Per quanto concerne, invece, l'obbligo di motivazione da osservare nel caso di ricorso caso di affidamento in house, l'art. 192, comma 2, stabilisce che *"Il provvedimento debba dare altresì conto delle ragioni del mancato ricorso al mercato e, in particolare, del fatto che tale scelta non sia comparativamente più svantaggiosa per i cittadini, anche in relazione ai costi standard del servizio nonché dei benefici per la collettività della forma di gestione prescelta, anche con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche"*.

In linea con questa disposizione, si pone l'art. 7, commi 1-3, dello schema di Testo Unico sui SIEG.

L'art. 7, comma 1, nel disciplinare le modalità di gestione dei servizi pubblici di rilevanza economica, prevede, in linea con il quadro comunitario, tre opzioni gestionali, tra loro equiordinate:

a) affidamento mediante procedura a evidenza pubblica, in applicazione delle disposizioni in materia di contratti pubblici;

b) affidamento a società mista, il cui socio privato sia stato scelto con procedura a evidenza pubblica, secondo le modalità previste dal diritto dell'Unione europea e dal decreto legislativo adottato ai sensi dell'articolo 18 della legge n. 124 del 2015;

c) gestione diretta, mediante affidamento in house, nei limiti fissati dal diritto dell'Unione europea e dalle disposizioni in materia di contratti pubblici e del Testo Unico sulle partecipazioni pubbliche.

A tali modalità, si aggiunge, per i servizi diversi da quelli a rete, la gestione in economia o mediante azienda speciale.

Per quanto concerne i contenuti del provvedimento preordinato all'affidamento, si prevede che l'ente, anteriormente alla scelta in ordine alla modalità di affidamento del servizio, è tenuto a dare conto delle ragioni e del rispetto dei parametri comunitari per la forma di gestione prescelta in conformità di principi del diritto europeo e della definizione di specifici obblighi di servizio pubblico, indicando eventualmente le compensazioni economiche.

Oltre a ciò, si stabilisce che la motivazione del provvedimento debba dare dimostrazione anche dell'impossibilità di suddividere in lotti del progetto, nel rispetto della disciplina comunitaria, al fine di consentire la libertà di prestazione dei servizi e favorire forme di concorrenza comparativa.

Per il ricorso all'affidamento in house, si richiede, in linea l'art. 192, comma 2, del Codice, che vengano illustrate le ragioni per cui il ricorso al mercato non risulti conveniente, in termini economici e qualitativi, per l'utenza e per la collettività.

Dunque, sebbene non si pongano limitazioni in ordine alla discrezionalità degli enti locali in ordine alle possibilità di ricorso all'affidamento diretto, vengono rafforzate le motivazioni in ordine ai presupposti applicativi di tale forma di gestione, rendendo così circoscritto il margine di manovra rimesso ai singoli enti locali.

Ad una prima lettura, la disposizione ex art. 7 risponde ai principi espressi nella legge di delega – art. 19 della L. n. 124 del 2015²¹ – ove si richiedeva, da un lato, di distinguere tra i tipi di società in base a diversi criteri di affidamento, tra cui quello della *“modalità diretta o mediante procedura di evidenza pubblica”* al fine di individuarne la disciplina, *“anche in base al principio di proporzionalità delle deroghe rispetto alla disciplina privatistica”* e, dall'altro, di rispettare *“i principi dell'ordinamento europeo, ivi compresi quelli in materia di autoproduzione, e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di autonomia organizzativa, economicità, efficacia, imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità”*.

Ad avviso del Consiglio di Stato²², la disciplina così strutturata supera indenne una previsione di incostituzionalità, nella parte in cui prevede la valutazione discrezionale degli enti locali nella scelta delle modalità di gestione del servizio, ma richiede, al contempo, un apparato motivazionale rafforzato per il ricorso all'affidamento diretto nel contesto di una disciplina che mostra un chiaro *disfavor* per l'ipotesi di mancato ricorso al mercato.

21 L. 7-8-2015 n. 124, recante *“Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche”*, in G.U. 13 agosto 2015, n. 187, art. 19 *“Riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di interesse economico generale”*, comma 1, lett. e).

22 Si veda il parere del Consiglio di Stato, Adunanza della Commissione Speciale, 3 maggio 2016, n. 1075, *cit.*

In base, infatti, ai principi interpretativi espressi dalla Corte Costituzionale nella pronuncia n. 199/2012²³, l'introduzione di regole concorrenziali nell'ambito delle scelte organizzative per l'affidamento dei servizi, in nome dei principi comunitari di tutela della concorrenza ed autorganizzazione, non possa essere intesa come un obiettivo imposto all'ente affidante, da perseguire mediante un nucleo dettagliato e prescrittivo di regole – come era nell'impianto dell'art. 23-bis del D.L. 112/2008, convertito in L. n. 133/2008 e nell'art. 4 del D.L. 138/2011 – ma vada letta come un valore costituzionale da tutelare e come strumento del quale gli enti locali devono avvalersi nell'ambito delle loro scelte organizzative, nell'ottica del perseguimento di un regime di concorrenza effettiva.

Tuttavia, nello stesso parere del Consiglio di Stato si evidenziano delle possibili criticità applicative dell'impianto normativo così delineato per gli enti locali, soprattutto di minori dimensioni, poiché vengono loro rimesse valutazioni molto complesse in ordine alla presenza di situazioni contrarie al ricorso al mercato, che potrebbero non essere adeguatamente dimensionate in relazione alle professionalità a disposizione nell'apparato organizzativo degli enti minori.

5 Considerazioni conclusive

In un'ottica conclusiva, si possono esprimere alcune considerazioni finali circa le novità che il c.d. "Pacchetto appalti e concessioni" introduce in tema di in house, oggi codificate nell'art. 5 del nuovo codice dei contratti pubblici, in concomitanza con il decreto attuativo della c.d. "Riforma Madia".

Senz'altro, va colta l'opportunità che il legislatore comunitario offre circa la possibilità di definizione di un chiaro e completo quadro normativo degli affidamenti in house e, più in generale, delle modalità di affidamento dei servizi pubblici di rilievo economico.

Tuttavia, nel dare applicazione al modello delineato dal diritto comunitario e recepito nel nuovo codice appalti, bisognerà fare attenzione sia ad introdurre soluzioni particolarmente restrittive del ricorso all'in house tenendo a mente i principi affermati dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 199/2012, sia ad evitare fughe in avanti, avallando letture elusive del modello delineato dal diritto comunitario.

Ad avviso della scrivente, tuttavia, andranno affrontati alcuni problemi applicativi, oltre quelli sinora evidenziati, che scaturiscono dalla normativa di recente entrata in vigore.

Si pensi, ad esempio, al tema della partecipazione diretta di operatori privati nella compagine organizzativa in house.

Si tratta di una previsione particolarmente innovativa, anche rispetto alla giurisprudenza comunitaria e tale da poter creare non pochi problemi applicativi.

La recente lettura data alla norma dal giudice contabile circoscrive notevolmente i margini di utilizzo di tale modello, andandone a circoscrivere al contempo le possibilità applicative.

²³ Corte Costituzionale, n. 199 del 17 luglio 2012, reperibile in www.giurcost.org, ove viene dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 4, d.l. 138/2011 per contrasto con l'art. 75 Cost., in quanto riproduttivo dell'art. 23-bis del D.L. n. 112/2008, convertito in L. n. 133/2008, abrogato in sede referendaria.

Restano aperti gli interrogativi in ordine alle modalità di selezione del soggetto privato ed al *quantum* di partecipazione societaria che si possa ritenere tale da escludere la sussistenza di poteri di veto e controllo.

Bisognerà evitare che la partecipazione diretta di operatori economici privati al capitale della controllata possa determinare posizioni di vantaggio per questi ultimi rispetto ad altri operatori economici privati.

Altro tema d'interesse è la regolazione dell'in house orizzontale, del quale andrà compreso sia il concreto ambito applicativo sia le analogie e differenze rispetto agli accordi ex art. 15 della L. n. 241/1990.

Infine, da una lettura combinata dell'art. 5 del nuovo Codice con le disposizioni contenute nello schema di Testo unico sui SIEG, emerge la generale volontà legislativa di prevedere, come regola generale, che l'affidamento di servizi pubblici di interesse generale avvenga mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, circoscrivendo le concrete possibilità di ricorso all'affidamento diretto senza gara.

Dunque, il *trend* normativo nazionale conferma un'impostazione restrittiva verso il tema degli affidamenti in house, benché il legislatore interno si sia mosso in piena coerenza con l'ordinamento europeo, assicurando un livello di tutela della concorrenza effettiva e non limitando ex ante la discrezionalità degli enti affidanti circa le scelte in ordine alle modalità di gestione.

Tale interpretazione appare confermata dalle considerazioni espresse dall'Autorità Garante della concorrenza e del mercato nell'audizione del 13 luglio 2016 sullo "*Schema di decreto legislativo recante testo unico sui servizi pubblici locali di interesse economico generale*"²⁴, ove si da una lettura positiva della disciplina contenuta nell'art. 7 sulle modalità di gestione dei servizi e si ritengono superati eventuali profili di incostituzionalità della norma, in nome del principio della libertà di organizzazione del servizio, riconosciuto agli enti locali dalla Corte costituzionale ed ora ripreso dal nuovo Codice degli appalti.

6 Bibliografia

VOLPE, C., *Le nuove Direttive sui contratti pubblici e l'in house providing: problemi vecchi e nuovi*, in www.giustizia.amministrativa.it

²⁴ Audizione dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato – Commissioni Congiunte I e V Della Camera Dei Deputati – nell'ambito dell'esame dello "*Schema di decreto legislativo recante testo unico sui servizi pubblici locali di interesse economico generale*", 13 luglio 2016.