

# GLI APPROFONDIMENTI

## Società partecipate

### il regime di affidamento "in house" alla luce delle recenti Pronunce giurisprudenziali



**del Dott. Matteo Piacentini** - Esperto in diritto amministrativo e diritto energetico con specializzazione in tematiche riguardanti la contrattualistica pubblica

In tema di gestione dei servizi pubblici vige il Principio di libera amministrazione delle Autorità pubbliche (c.d. "di auto-organizzazione"), sancito dall'art. 2 della Direttiva 26 febbraio 2014, n. 23 del Parlamento europeo e del Consiglio sull'aggiudicazione dei contratti di concessione (c.d. "Direttiva concessioni"), ai sensi del quale "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".

L'*in house providing* – istituto di discendenza giurisprudenziale euro-unitaria – non è altro che un'applicazione del Principio di auto-organizzazione, concretizzandosi in un modello di gestione diretta del servizio pubblico che si contrappone all'esternalizzazione dei servizi o delle attività.

La trasposizione dal piano giurisprudenziale a quello normativo è avvenuta, nel nostro ordinamento, in sede di recepimento della Direttiva sopra richiamata tramite l'emanazione del Dlgs. 18 aprile 2016, n. 50, recante il "Codice dei Contratti pubblici".

Un ulteriore *achievement* normativo è stato inoltre raggiunto con il successivo Dlgs. 19 agosto 2016, n. 175, recante il "Testo unico in materia di Società a partecipazione pubblica", tramite cui il Legislatore nazionale è intervenuto in chiave tipologica mediante l'introduzione dell'archetipo normativo della Società "in house".

Nello specifico, l'art. 192, comma 2, del "Codice dei contratti pubblici" stabilisce che, "ai fini dell'affidamento in house di un contratto avente ad oggetto servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza, le stazioni appaltanti effettuano preventivamente la valutazione sulla congruità economica dell'offerta dei soggetti in house, avuto riguardo all'oggetto e al valore della prestazione, dando

conto nella motivazione del provvedimento di affidamento delle ragioni del mancato ricorso al mercato, 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"; sul punto è importante notare come la disposizione imponga un onere motivazionale rafforzato in grado di consentire un puntuale controllo della scelta effettuata dall'Amministrazione, anzitutto sul piano dell'efficienza amministrativa e del razionale impiego delle risorse pubbliche.

Correlativamente a tale disposizione, l'art. 4, comma 1, del Tusp, prevede che "le Amministrazioni pubbliche non possono, direttamente o indirettamente, costituire Società aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né acquisire o mantenere partecipazioni, anche di minoranza, in tali Società".

Tali normative sono state più volte poste al vaglio della giurisprudenza non solo amministrativa ma pure costituzionale e financo europea.

Partendo dalle pronunce del giudice amministrativo riteniamo significativo evidenziare una recentissima sentenza del massimo organo giudicante che con [Sentenza del 27 gennaio 2020, n. 681](#) è stata chiamata a pronunciarsi, in sede giurisdizionale, sull'impugnazione, da parte di una Società interamente partecipata dall'Amministrazione regionale, del Provvedimento di revoca dell'affidamento di uno specifico Servizio informatico e di esternalizzazione del medesimo.

Sulla questione, i Giudici di prime cure hanno escluso che la Società ricorrente potesse rivendicare per il solo fatto di essere una Società *in house* interamente partecipata dalla

Regione una sorta di esclusiva nella gestione dei Servizi informatici della Regione stessa, “*obliterando i poteri decisori e gestionali propri dell’Ente regionale*”; il Consiglio di Stato ha condiviso quanto ritenuto dal Tar e - dopo aver rilevato che “*la giurisprudenza appare consolidata nel ritenere che l’affidamento in house di servizi è illegittimo nel caso in cui non ci sia convenienza economica rispetto alla esternalizzazione dello stesso*” - ha statuito che l’*in house providing* è possibile solo qualora sussista per l’Amministrazione una reale convenienza rispetto alle condizioni economiche offerte dal mercato.

Anche la Corte Costituzionale, con Sentenza depositata in data 27 maggio 2020, ha avuto modo di pronunciarsi in merito all’art. 192 del “*Codice dei Contratti pubblici*”; questa volta è il Tar Liguria a dubitare della legittimità costituzionale della norma citata nella parte in cui richiede alle Stazioni appaltanti di dare conto, nella motivazione del Provvedimento di affidamento “*in house*” di contratti aventi ad oggetto servizi disponibili in regime di concorrenza, delle ragioni del mancato ricorso al mercato.

In particolare, il Tar assume che l’art. 192, comma 2, del “*Codice*” eccederebbe rispetto ai Principi e criteri direttivi contenuti nella Legge-delega 28 gennaio 2016, n. 11, in contrasto con l’art. 76 della Costituzione, violando la disposizione che reca il c.d. “*divieto di ‘gold plating’*” (ossia di introduzione o di mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalla Direttiva 2014/24/UE), poiché il Legislatore delegato avrebbe posto a carico delle Stazioni appaltanti un adempimento ulteriore e più gravoso rispetto a quello strettamente necessario per dare corretta attuazione al diritto europeo, imponendo loro un onere rafforzato di motivazione delle ragioni del mancato ricorso al mercato, non previsto dal Legislatore europeo.

La Corte ha respinto la questione, dichiarandone l’infondatezza rispetto ad entrambi i parametri evocati dal Giudice *a quo*, concludendo nel senso che l’espressa previsione di uno specifico onere motivazionale a carico delle Stazioni appaltanti – tenute a dare conto, nel caso degli affidamenti “*in house*”, delle ragioni che hanno giustificato l’affidamento diretto in luogo del ricorso al mercato – va ricondotto al normale esercizio della discrezionalità spettante al legislatore delegato in sede di attuazione dei criteri di delega, della cui ratio l’art. 192, comma 2, del “*Codice dei contratti*” è senz’altro rispettoso. In questa prospettiva, la Sentenza ha anzitutto escluso la violazione del divieto di *gold plating* evidenziando, per un verso, come tale divieto non costituisca un principio di diritto comunitario e non vincoli, dunque, gli Stati membri (non essendovi di esso traccia nelle Direttive); per altro verso, che la sua espressa ed autonoma positivizzazione

ad opera del Legislatore interno è stata finalizzata ad impedire l’introduzione di oneri amministrativi e tecnici ulteriori rispetto a quelli previsti dal diritto europeo, impattanti negativamente sulla concorrenza, in danno delle imprese e dei cittadini.

Infine, anche la Corte di Giustizia europea, tramite l’Ordinanza 6 febbraio 2020, C-89/19, C-90/19, C-91/19, ha avuto modo di pronunciarsi in merito al procedimento di affidamento “*in house*”, sancendo l’euro-compatibilità della normativa nazionale italiana laddove pone limiti e condizioni ulteriori all’affidamento diretto di contratti pubblici a Società “*in house*”, con specifico riferimento all’art. 192, comma 2, del Dlgs. 50/2016 (“*Codice dei contratti pubblici*”) e all’art. 4, comma 1, del Dlgs. 175/2016 (“*Testo unico in materia di Società a partecipazione pubblica*”).

Entrambe le disposizioni citate sono state sottoposte al vaglio dei Giudici europei con le Ordinanze di rimessione nn. 138/2019, 293/2019 e 296/2019 del Consiglio di Stato, il quale a sua volta è chiamato a pronunciarsi in sede di appello sulla legittimità o meno delle Delibere consiliari con cui i Comuni di Lanciano, Ortona e San Vito Chietino hanno approvato la revisione dello statuto della partecipata Ecolan S.p.A. (il cui capitale interamente pubblico è intestato a una cinquantina di Comuni della Provincia di Chieti), nonché l’affidamento diretto a quest’ultima, in regime di “*in house providing*” c.d. “*pluripartecipato o frazionato*”, del “*Servizio di igiene urbana*” nei rispettivi territori. Il Giudice italiano chiede se un diritto interno che subordina gli affidamenti “*in house*” a condizioni aggravate e a motivazioni rafforzate rispetto alle altre modalità di affidamento, sia compatibile con i Principi del diritto primario e derivato dell’Unione Europea.

Come detto, l’art. 192, comma 2, sopra citato impone che l’affidamento “*in house*” di servizi disponibili sul mercato sia assoggettato a una duplice condizione, non richiesta per le altre forme di affidamento di medesimi servizi:

(i) la prima condizione consiste nell’obbligo di motivare le condizioni che hanno comportato l’esclusione del ricorso al mercato;

(ii) la seconda condizione consiste nell’obbligo di indicare gli specifici benefici per la collettività connessi all’opzione per l’affidamento “*in house*” (dimostrazione invece non necessaria in caso di affidamento tramite procedure ad evidenza pubblica).

La previsione dell’ordinamento italiano di forme di motivazione aggravata per supportare gli affidamenti “*in house*” sarebbe espressiva – secondo il Giudice rimettente – di un orientamento di sfavore verso gli affidamenti diretti in regime di delegazione inter-organica, relegati ad un ambito subordinato ed eccezionale rispetto alla previa ipotesi

di competizione mediante gara tra imprese. Di qui il profilo di incompatibilità con l'ordinamento europeo, che invece sembrerebbe porre entrambe le opzioni di affidamento in rapporto di equiordinazione.

La Corte europea, al fine di dirimere la questione, evidenzia come sia la stessa Direttiva 2014/24 ad attribuire agli Stati membri una espressa libertà di scegliere la modalità di prestazione dei servizi con cui le Amministrazioni aggiudicatrici soddisfano le proprie esigenze, stabilendo che nessuna disposizione della medesima *"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"*.

La Corte peraltro ritiene doveroso sottolineare come tale libertà sia messa in luce nettamente dall'art. 2, par. 1, della Direttiva 2014/23, ai sensi del quale *"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. Tali Autorità sono libere di decidere il modo migliore per gestire l'esecuzione dei lavori e la prestazione dei servizi per garantire in particolare un elevato livello di qualità, sicurezza e accessibilità, la parità di trattamento e la promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utenza nei servizi pubblici. 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"*.

Ovviamente, è chiaro come la libertà degli Stati membri di scegliere il metodo di gestione che ritengono più appropriato per l'esecuzione dei lavori o la prestazione dei servizi non possa essere illimitata ma debba, anzi, essere esercitata nel rispetto della libertà di circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi, nonché dei Principi che ne derivano come la parità di trattamento, il divieto di discriminazione, il mutuo riconoscimento, la proporzionalità e la trasparenza.

In forza di tali condizioni, la Corte ritiene quindi che le disposizioni europee in tema di affidamenti interni debbano essere interpretate nel senso che non ostano a una normativa nazionale che subordina la conclusione di un'operazione *"in house"* all'impossibilità di procedere all'aggiudicazione di un appalto tramite gara e, in ogni caso, alla dimostrazione, da parte dell'Amministrazione aggiudicatrice, dei vantaggi per la collettività specificamente connessi al ricorso all'operazione interna.

Per quanto attiene alla seconda questione, il profilo di potenziale collisione tra l'ordinamento europeo e il diritto interno – per come prospettato dal Giudice rimettente –

risiede per l'appunto in ciò, che mentre il primo ammette il *"controllo analogo congiunto"* nel caso di Società non partecipata unicamente dalle Amministrazioni controllanti (i.e. forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto, prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata), il diritto interno appare non consentire alle Amministrazioni di detenere quote minoritarie di partecipazione in un Organismo a controllo congiunto, neanche laddove tali Amministrazioni intendano acquisire in futuro una posizione di controllo congiunto e quindi la possibilità di procedere ad affidamenti diretti in favore dell'Organismo pluripartecipato (difettando in tal caso quella *"stretta necessarietà"* della partecipazione richiesta dall'art. 4, comma 1, del Dlgs. 175/2016).

Secondo la Corte, non rilevano le condizioni in cui un'Amministrazione aggiudicatrice acquisisce partecipazioni al capitale di una Società partecipata da altre Amministrazioni per la semplice ragione che l'art. 12 della Direttiva non prevede alcunché al riguardo. Quel che interessa al diritto euro-unitario è che l'affidamento diretto sia sorretto dai presupposti del *"controllo analogo congiunto"*, e dunque che:

- (i) gli Organi decisionali della persona giuridica controllata siano composti da rappresentanti di tutte le Amministrazioni aggiudicatrici partecipanti (singoli rappresentanti possono rappresentare varie o tutte le Amministrazioni aggiudicatrici partecipanti);
- (ii) tali Amministrazioni aggiudicatrici siano in grado di esercitare congiuntamente un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative di detta persona giuridica;
- (iii) la persona giuridica controllata non persegua interessi contrari a quelli delle Amministrazioni aggiudicatrici controllanti (cfr. art. 12, par. 3 cit.).

Da tale piena constatazione, la Corte di Giustizia ha quindi tratto la conclusione che non vi sia alcun profilo di incompatibilità tra l'art. 12 citato e una norma nazionale – come l'art. 4, comma 1, del Tusp – che impedisce ad un'Amministrazione aggiudicatrice (nella fattispecie, i Comuni resistenti) di acquisire partecipazioni al capitale di un Ente partecipato da altre Amministrazioni aggiudicatrici (Ecolan S.p.A.), qualora tali partecipazioni siano inidonee a garantire il controllo o un potere di veto e qualora detta Amministrazione aggiudicatrice intenda acquisire solo successivamente una posizione di controllo analogo congiunto atta a legittimare un affidamento diretto all'Ente pluripartecipato.