

24 FEBBRAIO 2021

La disciplina degli affidamenti *in house*
nel d.lgs. n. 50/2016, tra potestà
legislativa statale e limiti imposti
dall'ordinamento dell'Unione europea

di Giuseppe Ruberto
Professore straordinario di Diritto amministrativo
Università Telematica Pegaso

La disciplina degli affidamenti *in house* nel d.lgs. n. 50/2016, tra potestà legislativa statale e limiti imposti dall'ordinamento dell'Unione europea*

di **Giuseppe Ruberto**

Professore straordinario di Diritto amministrativo
Università Telematica Pegaso

Abstract [It]: Il contributo esamina la disciplina in materia di *in house providing* introdotta dal d.lgs. n. 50/2016 sotto il profilo della sua compatibilità con l'ordinamento dell'Unione europea, soffermandosi, in particolare, sulle questioni di legittimità sollevate dalla giurisprudenza amministrativa in relazione alle previsioni dell'art. 192, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016 e sulle decisioni assunte dalla Corte di giustizia UE e dalla Corte costituzionale. È analizzato, a tal proposito, il fondamento giuridico della neutralità del diritto comunitario rispetto ad una normativa interna che limiti il ricorso all'*in house providing* favorendo l'affidamento tramite gara dei servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza e la sua compatibilità con il principio di libera amministrazione delle autorità pubbliche, codificato dal considerando 5 della direttiva 2014/24/UE e dall'art. 2, par. 1, della direttiva 2014/23/UE.

Abstract [En]: This paper aims to provide an analysis of the legislation on *in house providing* introduced by d.lgs. n. 50 of 2016 in terms of its compatibility with European Union legal system, focusing, in particular, on the questions of legitimacy raised by administrative case law in relation to art. 192, paragraph 2, of Legislative Decree no. 50 of 2016 and on the judgments rendered by the Court of Justice of the European Union and the Italian Constitutional Court. In this regard, this paper aims to provide an analysis on the legal basis of the neutrality of Community law compared to a national legislation that limits the use of *in house providing* by favoring the award of the services available on the competitive market through public bidding and its compatibility with the principle of free administration of public authorities, codified by recital 5 of Directive 2014/24/EU and by art. 2, paragraph 1, of Directive 2014/23/EU.

Parole chiave: affidamenti *in house*; d.lgs. n. 50 del 2016; neutralità; diritto UE; concorrenza

Keywords: *in house providing*; d.lgs. n. 50 of 2016; neutrality; EU law; competitive market

Sommario: **1.** Codice dei contratti pubblici e disciplina dell'*in house providing*. **2.** Le previsioni dell'art. 5 del d.lgs. n. 50/2016 in materia di affidamento *in house*. **2.1.** Il requisito del controllo analogo. **2.1.2.** *Segue.* Controllo analogo e assetto organizzativo delle società di capitali. La nuova disciplina introdotta dal d.lgs. n. 175/2016. **2.2.** Il requisito dell'attività prevalente. **2.3.** Il requisito dell'assenza di capitali privati. **3.** La codificazione dei casi dell'*in house* a cascata, rovesciato e orizzontale. **4.** L'*in house* frazionato (o pluripartecipato). **5.** La normativa preesistente al d.lgs. n. 50/2016 e l'affermarsi dell'*in house* come modello ordinario di affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica. **6.** La tradizionale neutralità dell'ordinamento comunitario in relazione alla scelta degli Stati membri tra esternalizzazione ed autoproduzione dei servizi. **7.** L'art. 192 del d.lgs. n. 50/2016 e i dubbi di compatibilità con l'ordinamento comunitario delle nuove condizioni imposte all'affidamento *in house*. **8.** La Corte di giustizia UE conferma la neutralità dell'ordinamento comunitario rispetto alle scelte legislative degli Stati membri in materia di modalità di prestazione dei servizi da parte delle autorità pubbliche. **9.** L'intervento della Corte costituzionale e l'ulteriore conferma della legittimità dei limiti imposti dal legislatore italiano all'*in house providing*. **10.** Considerazioni conclusive.

* Articolo sottoposto a referaggio.

1. Codice dei contratti pubblici e disciplina dell'*in house providing*

La disciplina dell'affidamento *in house* è stata oggetto, nell'ordinamento italiano, di una intensa e spesso contraddittoria produzione normativa, caratterizzata da ripetuti mutamenti di prospettiva¹, conseguenti alla necessità di adeguare la normativa interna ai principi comunitari di parità di trattamento, trasparenza e non discriminazione, sanciti dai Trattati e richiamati in numerosi pronunciamenti delle istituzioni dell'Unione europea².

Con l'entrata in vigore del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici) tale disciplina ha trovato posto, per la prima volta, in una fonte normativa regolatrice del settore degli appalti pubblici.

L'introduzione di specifiche disposizioni sull'*in house* in seno al d.lgs. n. 50/2016 (artt. 5 e 192) non costituisce, peraltro, una scelta autonoma del legislatore italiano, ma rappresenta il portato della normativa comunitaria di settore, ovvero delle direttive nn. 23, 24 e 25 del 2014³, che hanno introdotto una disciplina positiva dell'istituto, recependo, in gran parte, gli orientamenti espressi in materia dalla Corte di giustizia UE che, con molteplici pronunce, aveva delineato, in maniera piuttosto dettagliata, la natura giuridica e il perimetro di applicazione dell'*in house*.

E' stata invero una sentenza della Corte - la celebre sentenza *Teckal* - a fissare, per la prima volta, gli elementi costitutivi dell'istituto, affermando che, per escludere l'applicazione delle direttive in materia di

¹ Per una disamina dell'evoluzione della disciplina dell'*in house providing* nell'ordinamento italiano si segnalano, tra i numerosi contributi: V.A. CILLIS, *La via italiana all'affidamento in house: dai requisiti Teckal al nuovo codice dei contratti pubblici*, in www.italiappalti.it, 2017; C. IAIONE, *Le società in-house. Contributo allo studio dei principi di auto-organizzazione e auto-produzione degli enti locali*, Napoli, 2012; G. GUZZO, *Società miste e affidamenti in house. Nella più recente evoluzione legislativa e giurisprudenziale*, Milano, 2009; I. RIZZO, *Servizi pubblici locali e affidamento in house*, Roma, 2009.

² Tali pronunciamenti si sono tradotti, talvolta, in veri e propri atti di messa in mora indirizzati al Governo italiano. E' il caso della comunicazione C(2002)2329 del 26 giugno 2002, con cui la Commissione europea ha costituito in mora il Governo italiano a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 35 della l. n. 448/2001, recante «Norme in materia di servizi pubblici locali», giudicato in contrasto con «gli obblighi che incombono all'Italia in virtù della direttiva 92/50 CE e della direttiva 93/38/CEE ed altresì in virtù degli artt. 43 ss. e 49 ss. Trattato CE». Con riguardo al requisito del controllo analogo (ovvero uno degli elementi costitutivi della relazione *in house*), la Commissione ha sottolineato che «affinché tale tipo di controllo sussista non è sufficiente il semplice esercizio degli strumenti di cui dispone il socio di maggioranza secondo le regole proprie del diritto societario», poiché essi non assicurano quel potere assoluto di direzione, coordinamento e supervisione dell'attività del soggetto partecipato in relazione ai più importanti atti di gestione, che ne esclude l'autonomia decisionale, facendone «un'entità distinta solo formalmente dall'amministrazione, ma che in concreto continua a costituire parte della stessa» (sull'argomento v. *infra*, par. 2.1 e 2.1.2).

³ Le disposizioni in materia di *in house* sono contenute nell'art. 17 della direttiva 2014/23/UE, nell'art. 12 della direttiva 2014/24/UE e nell'art. 28 della direttiva 2014/25/UE; tali norme disciplinano anche gli accordi di collaborazione tra amministrazioni aggiudicatrici (a cui fa riferimento l'art. 5, comma 6, del d.lgs. n. 50/2016) che, a differenza dell'*in house*, non comportano la costituzione di organismi distinti rispetto alle amministrazioni interessate all'appalto o alla concessione. Tra i numerosi commenti alla disciplina dell'*in house providing* introdotta dalle direttive comunitarie del 2014 si segnalano: C. CONTESSA, *L'in house providing quindici anni dopo: cosa cambia con le nuove direttive*, in C. CONTESSA - D. CROCCO (a cura di), *Appalti e concessioni. Le nuove direttive europee*, Roma, 2015, p. 121 ss.; S. FOÀ - D. GRECO, *L'in house providing nelle direttive appalti 2014: norme incondizionate e limiti dell'interpretazione conforme*, in www.federalismi.it, n. 15/2015; C. VOLPE, *Le nuove direttive sui contratti pubblici e l'in house providing: problemi vecchi e nuovi*, in www.giustamm.it, n. 9/2015; G. F. FERRARI, *Le nuove direttive appalti e la disciplina dell'in house providing*, Relazione al Convegno organizzato dall'Università Bocconi, 14 maggio 2015, *Le nuove Direttive appalti e il loro recepimento*, in www.osservatorioappalti.uniin.it.

appalti pubblici, occorre che, nel contempo, l'ente locale eserciti sul soggetto affidatario «un controllo analogo a quello da esso esercitato sui propri servizi e questa persona realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che la controllano»⁴.

L'organismo *in house* di un'amministrazione pubblica corrisponde pertanto ad una figura che, seppur soggettivamente distinta, presenta caratteristiche tali da poterla qualificare come derivazione o *longa manus* dell'amministrazione, ossia come figura incaricata di una gestione in qualche modo riconducibile allo stesso ente affidante o a sue articolazioni, secondo un modello di organizzazione meramente interno, qualificabile in termini di delegazione interorganica⁵.

2. Le previsioni dell'art. 5 del d.lgs. n. 50/2016 in materia di affidamento *in house*

L'art. 5 del Codice dei contratti pubblici esclude dall'ambito oggettivo di applicazione del d.lgs. n. 50/2016⁶ gli appalti e le concessioni affidati dalle amministrazioni aggiudicatrici o dagli enti aggiudicatori a persone giuridiche di diritto pubblico o privato che costituiscono articolazioni interne degli stessi, specificando le condizioni su cui deve fondarsi il legame tra amministrazione e soggetto affidatario affinché possa configurarsi l'esclusione.

In particolare, ai sensi del comma 1 dell'art. 5, affinché operi l'esclusione occorre che siano soddisfatte, al contempo, le seguenti tre condizioni:

- a) l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore deve esercitare sulla persona giuridica affidataria un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi;
- b) oltre l'80 per cento dell'attività della persona giuridica controllata deve essere effettuata nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'amministrazione aggiudicatrice controllante o da altre persone giuridiche controllate dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore;

⁴ Corte di giustizia CE, 18 novembre 1999, causa C-107/98, *Teckal Srl contro Comune di Viano e AGAC di Reggio Emilia*, in *Racc.*, 1999, I-8121, § 50. Nell'ordinamento comunitario, la prima definizione di *in house* è rinvenibile nel Libro Bianco «*Gli appalti pubblici nell'Unione Europea*», presentato dalla Commissione l'11 marzo 1998, che definiva *in house* gli appalti «*aggiudicati all'interno della pubblica amministrazione, ad esempio tra amministrazione centrale e locale o, ancora, tra un'amministrazione ed una società da questa interamente controllata*». Una ulteriore specificazione della natura dell'istituto è stata fornita dalla Commissione nella Comunicazione interpretativa sulle concessioni nel diritto comunitario del 12 aprile 2000, in cui il fenomeno dell'*in house* veniva assimilato ad una «*forma di delega interorganica che non esula dalla sfera amministrativa dell'amministrazione aggiudicatrice*», in presenza della quale era consentita la deroga ai principi comunitari di concorrenza e non discriminazione.

⁵ Cfr. Cons. St., ad. plen., 3 marzo 2008, n. 1, in *Giorn. dir. amm.*, n. 11/2008, p. 1131 ss., con commento di G. PIPERATA, *Modelli societari e compiti pubblici: un connubio all'insegna dell'incertezza*.

⁶ La collocazione delle disposizioni in materia di *in house* nella Parte I, Titolo II, del d.lgs. n. 50/2016, dedicato ai contratti esclusi in tutto o in parte dall'ambito di applicazione del Codice, è coerente con la natura dell'istituto che, sostanziosamente in una forma di "autoproduzione" di beni, servizi o lavori da parte della pubblica amministrazione, non può essere soggetto alla disciplina codicistica in materia di affidamento dei contratti pubblici, che è rivolta a regolare gli affidamenti e i successivi rapporti contrattuali con soggetti esterni alla p.a.

c) nella persona giuridica controllata non deve esservi alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione che non comportino controllo o potere di veto, previste dalla legislazione nazionale, in conformità dei trattati, ovvero che non comportino l'esercizio di un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata.

Le citate condizioni recepiscono le disposizioni in materia di *in house providing* contenute nelle direttive comunitarie del 2014, le quali, a loro volta, hanno codificato, con alcune significative innovazioni, i requisiti dell'*in house* individuati dalla Corte di giustizia UE.

2.1. Il requisito del controllo analogo

La definizione di “controllo analogo” è riportata nell'art. 5, comma 2, primo periodo, del d.lgs. n. 50/2016, a norma del quale un'amministrazione aggiudicatrice o un ente aggiudicatore esercitano su una persona giuridica un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi qualora esercitino un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della persona giuridica in questione.

La norma riprende la definizione di controllo analogo fornita dalla Corte di giustizia nella sentenza *Parking Brixen*⁷, senza tuttavia chiarire il significato di “influenza determinante” e lasciando così indefiniti i presupposti in presenza dei quali il controllo esercitato dall'amministrazione aggiudicatrice possa tradursi in un'ingerenza sull'ente affidatario tale da qualificare quest'ultimo alla stregua di un organo interno dell'amministrazione stessa.

La questione assume particolare rilevanza nel caso in cui la persona giuridica controllata sia costituita sotto forma di società di capitali, posto che il controllo societario ai sensi dell'art. 2359 c.c. non consente all'amministrazione controllante di sottrarre agli organi societari ogni significativa autonomia gestionale, con la conseguenza di privare l'amministrazione del potere di esercitare quell'influenza determinante su cui si fonda la relazione *in house*.

Tale problematica è stata oggetto di disamina da parte della Corte di giustizia nella sentenza *Carbotermo*⁸, in cui il giudice comunitario ha osservato che l'organizzazione del soggetto affidatario in forma di società per azioni è tale da escludere, in assenza di disposizioni statutarie che attribuiscono particolari poteri all'ente pubblico affidante, il configurarsi del requisito del controllo analogo.

⁷ Corte di giustizia CE, 13 ottobre 2005, causa C-458/03, *Parking Brixen contro Gemeinde Brixen e Stadtwerke Brixen*, in *Racc.*, I-8585, § 65.

⁸ Corte di giustizia CE, 11 maggio 2006, causa C-340/04, *Carbotermo S.p.A. e Consorzio Alisei contro Comune di Busto Arsizio e AGE SP S.p.A.*, in *Racc.*, I-4137, §§ 38 ss. La sentenza assume rilievo anche in ragione del fatto che approfondisce, per la prima volta, il requisito dell'attività prevalente (v. *infra*, par. 2.2).

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, nella sentenza 3 marzo 2008, n. 1, ha approfondito questo aspetto, affermando che l'amministrazione controllante, per poter esercitare un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti della società controllata, deve disporre di strumenti di controllo ulteriori rispetto a quelli previsti dal diritto civile, così individuati: «a) lo statuto della società non deve consentire che una quota del capitale sociale, anche minoritaria, possa essere alienata a soggetti privati (Cons. Stato, sez. V, 30 agosto 2006, n. 5072); b) il consiglio di amministrazione della società non deve avere rilevanti poteri gestionali e all'ente pubblico controllante deve essere consentito esercitare poteri maggiori rispetto a quelli che il diritto societario riconosce normalmente alla maggioranza sociale (Cons. Stato, sez. VI, 3 aprile 2007, n. 1514); c) l'impresa non deve avere acquisito una vocazione commerciale che rende precario il controllo dell'ente pubblico e che risulterebbe, tra l'altro: dall'ampliamento dell'oggetto sociale; dall'apertura obbligatoria della società, a breve termine, ad altri capitali; dall'espansione territoriale dell'attività della società a tutta l'Italia e all'estero (C. giust. CE: 10 novembre 2005, C-29/04, *Mödling o Commissione c. Austria*; 13 ottobre 2005, C-458/03, *Parking Brixen*); d) le decisioni più importanti devono essere sottoposte al vaglio preventivo dell'ente affidante (Cons. Stato, sez. V, 8 gennaio 2007, n. 5)».

Autorevole dottrina⁹, tuttavia, ha evidenziato l'incompatibilità del requisito del controllo analogo con il diritto societario vigente, affermando che tale forma di controllo non è esercitabile nelle società per azioni sulla base delle regole civilistiche e neppure di patti parasociali¹⁰, in quanto il tipo di società, almeno nel nostro ordinamento, impedisce per sua natura un controllo invasivo del socio sulla gestione societaria. Né può ritenersi compatibile con il diritto societario la soluzione di istituire nello statuto “comitati di controllo analogo” o altri organismi di questo genere e ciò a prescindere dalla legittimità, nelle società per azioni, di patti che contemplino un potere invasivo diretto a togliere autonomia agli amministratori in violazione dei criteri di corretta gestione societaria. Tali conclusioni - è stato osservato - sono amplificate dalla riforma del diritto delle società, che ha accentuato questa caratteristica inibendo all'assemblea qualsiasi forma di “intrusione” nell'attività gestoria, con la conseguenza che il socio non può neppure monitorare la gestione, avendo solo il diritto di voto, di impugnare le delibere e, in caso di partecipazione

⁹ F. FIMMANÒ, *Le società in house tra giurisdizione, responsabilità ed insolvenza*, in *Gazzetta Forense*, n. 1/2014, pp. 24-25.

¹⁰ I patti parasociali sono accordi tra i soci, collocabili anche all'interno dello statuto della società, che, ai sensi dell'art. 2341-bis c.c., hanno per oggetto «l'esercizio del diritto di voto» ovvero «l'esercizio anche congiunto di un'influenza dominante» sulla società. In relazione all'attitudine di tali accordi ad esautorare l'autonomia gestionale degli organi societari, consentendo così all'amministrazione controllante di esercitare un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e le decisioni significative della società, anche la giurisprudenza ha espresso un orientamento negativo, osservando che «un patto parasociale, per giurisprudenza assolutamente costante, produce effetti solo obbligatori fra i paciscenti, e pertanto il voto eventualmente espresso da un partecipante in violazione dell'obbligo che dal patto scaturisce resta valido, non potendo mai comportare la invalidità della relativa deliberazione, ma al più il risarcimento del danno in favore degli altri paciscenti» (cfr. TAR Lombardia, sez. Brescia, ordinanza 11 dicembre 2007, n. 148, in www.giustizia-amministrativa.it).

qualificata, di chiedere la convocazione dell'assemblea, di denunciare eventuali sospetti di irregolarità al collegio sindacale e/o al tribunale¹¹.

In sintesi, l'organizzazione del soggetto affidatario in forma di società per azioni è tale da escludere il configurarsi del requisito del controllo analogo, in assenza di disposizioni statutarie che attribuiscono all'ente pubblico affidante un assoluto potere di direzione, coordinamento e supervisione dell'attività del soggetto partecipato, privandolo di autonomia decisionale in relazione ai più importanti atti di gestione, così che esso possa configurarsi come un'entità distinta solo formalmente dall'amministrazione, ma che in concreto costituisca parte di essa.

Tale assetto della *governance* societaria – pur ammesso in taluni pronunciamenti giurisprudenziali¹² - si pone, tuttavia, come si diceva, in contrasto con la disciplina dettata dal codice civile, sollevando problemi di legittimità difficilmente superabili.

2.1.2. Segue. Controllo analogo e assetto organizzativo delle società di capitali. La nuova disciplina introdotta dal d.lgs. n. 175/2016

Le criticità evidenziate sembrerebbero superate dalle previsioni introdotte dal d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175 («*Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica*», di seguito anche TUSP)¹³ che, all'art. 16, comma 2, dispone che, per la realizzazione di un assetto organizzativo compatibile con il requisito del controllo analogo: a) gli statuti delle società per azioni possono contenere clausole in deroga alle disposizioni dell'art. 2380-bis, secondo cui «*la gestione dell'impresa spetta esclusivamente agli amministratori*», e all'analogha previsione dettata dall'art. 2409-novies c.c. con riferimento al consiglio di gestione; b) gli statuti delle società a responsabilità limitata possono prevedere l'attribuzione all'ente o agli enti pubblici soci di particolari diritti, ai sensi dell'art. 2468, comma 3, c.c.; c) in ogni caso, il requisito del controllo analogo può essere acquisito anche mediante la conclusione di appositi patti parasociali, che possono avere durata superiore a cinque anni, in deroga all'art. 2341-bis, comma 1, c.c.

¹¹ F. FIMMANÒ, *Le società in house tra giurisdizione, responsabilità ed insolvenza*, cit., p. 25.

¹² Cfr. Cons. St., sez. VI, 3 aprile 2007, n. 1514, in *Foro amm. C.d.S.*, 2007, 1225, che ha ritenuto legittima l'introduzione, negli statuti delle società *in house*, di strumenti di controllo da parte dell'ente pubblico maggiori rispetto a quelli previsti dal diritto civile, ammettendo così una deviazione dal modello civilistico di s.p.a.

¹³ Tra i numerosi commenti al d.lgs. n. 175/2016 si segnalano: F. FIMMANÒ - A. CATRICALÀ - R. CANTONE (a cura di), *Le società pubbliche*, Napoli, 2020; G. MORBIDELLI (a cura di), *Codice delle società a partecipazione pubblica*, Milano, 2018; C. IBBA - I. DEMURO (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica. Commentario tematico ai d.lgs.175/2016 e 100/2017*, Bologna, 2018; F. CARINGELLA – F.M. CIARALLI - D. BOTTEGA, *Codice ragionato delle società pubbliche*, Roma, 2018; F. FIMMANÒ - A. CATRICALÀ (a cura di), *Le Società pubbliche, Tomi Uno e Due*, Napoli, 2017; F. CERIONI (a cura di), *Le società pubbliche nel Testo Unico*, Milano, 2017; D. DI RUSSO (a cura di), *Manuale delle società pubbliche. Profili codicistici e di legislazione speciale*, Torino, 2017; S. FORTUNATO - F. VESSIA (a cura di), *Le "nuove" società partecipate e in house providing*, Milano, 2017; G. MEO - A. NUZZO, *Il Testo Unico sulle società pubbliche*, Bari, 2016; V. DONATIVI, *Le società a partecipazione pubblica*, Milano/Fiori Assago, 2016; M. MESCHINO - A. LALLI (a cura di), *Le società partecipate dopo la Riforma Madia. Commento organico al D.Lgs. 19 agosto 2016, n. 175*, Roma, 2016.

La norma ha suscitato perplessità con riferimento, innanzitutto, al carattere facoltativo della deroga. In proposito è stato osservato, invero, che la struttura del controllo analogo è incompatibile con una previsione normativa che contempra la semplice facoltà di discostarsi dal modello societario civilistico, poiché implica una deviazione dirompente dalle disposizioni del codice civile¹⁴.

La facoltà di deroga introdotta dall'art. 16, comma 2, del d.lgs. n. 175/2016 al fine di assicurare l'esercizio del controllo analogo sulla società *in house* va esercitata, peraltro, entro i limiti individuati dall'art. 18, comma 1, lett. a), della legge delega 7 agosto 2015, n. 124 che, affermando il principio di «*proporzionalità delle deroghe rispetto alla disciplina privatistica*», non ammette deviazioni dal diritto societario tali da mettere in discussione la qualificazione in senso privatistico delle società a partecipazione pubblica¹⁵.

L'art. 16, comma 2, lett. a), del d.lgs. n. 175/2016 non entra nel merito delle deroghe statutarie al modello societario civilistico da adottarsi per realizzare il controllo analogo e rimette così all'interprete il delicato compito di definire i presupposti di legittimità delle previsioni convenzionali in materia¹⁶.

¹⁴ Cfr. F. FIMMANÒ - A. CATRICALÀ, *Introduzione. Profili generali della riforma*, in F. FIMMANÒ - A. CATRICALÀ (a cura di), *Le Società pubbliche, Tomo Uno*, cit., p. 24. Analoghi dubbi sono stati espressi dal Consiglio di Stato, comm. spec., con il parere 16 marzo 2016, n. 968, reso sullo schema di decreto legislativo recante Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica, nel quale i giudici di Palazzo Spada hanno affermato che il mancato esercizio del potere di deroga manterrebbe ferma la riserva di gestione in capo agli amministratori, in contrasto con la caratterizzazione propria delle modalità di funzionamento del controllo analogo. Il Consiglio di Stato ha osservato peraltro che una deroga così pregnante al tipo societario disciplinato dal codice civile impedisce di ravvisare una società che in esso possa essere sussunta, proponendo, per tale ragione, di inserire autonomamente l'*in house* tra i "tipi societari" contemplati dal TUSP. Le medesime perplessità sulla previsione del carattere meramente facoltativo delle modifiche statutarie in deroga alle previsioni dell'art. 2380-bis e dell'art. 2409-novies c.c. sono state espresse nel successivo parere dell'Adunanza della Commissione Speciale, 14 marzo 2017, n. 638, reso sullo schema di decreto legislativo concernente "*Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175, recante testo unico in materia di società a partecipazione pubblica*", in cui il Consiglio di Stato ha osservato che, stante l'attribuzione, da parte del codice civile, dei poteri gestionali unicamente agli amministratori, in assenza delle suddette modifiche non sarebbe possibile disporre affidamenti *in house* in favore di società per azioni, non potendo concretizzarsi il requisito del controllo analogo. Negli stessi termini si è espressa l'ANAC nelle Linee guida n. 7, in materia di iscrizione nell'elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società *in house*, in cui si evidenzia che, ai fini dell'accertamento della sussistenza del controllo analogo, i poteri di controllo, di ingerenza e di condizionamento esercitati dal soggetto pubblico controllante sulla società *in house* devono essere «*superiori a quelli tipici del diritto societario*».

¹⁵ La soggezione al diritto societario delle società a partecipazione pubblica, salvo deroghe espressamente previste, è sancita dall'art. 1, comma 3, del d.lgs. n. 175/2016, ai sensi del quale: «*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*» (sul punto v. Cass. Civ., sez. un., 1° dicembre 2016, n. 24591, in *Foro it.*, I, n. 1/2017, 154 ss.). In proposito, il Consiglio di Stato, comm. spec., con parere 1 febbraio 2017, n. 282 - reso sulle linee guida ANAC n. 7 - ha affermato che l'art. 16 del TUSP, «*sul presupposto che il soggetto in house non configuri un tipo societario aggiuntivo, ha ritenuto di introdurre le sole deroghe al diritto societario strettamente necessarie alla realizzazione dell'assetto di controllo analogo: la facoltà di attribuzione ai soci di poteri ulteriori rispetto al criterio ordinario di distribuzione delle competenze tra assemblea e amministratori; la possibilità di durata dei patti parasociali superiore a quella massima quinquennale. In tale contesto normativo, gli «strumenti di diritto pubblico» e il «contratto di servizio» non rientrano tra le soluzioni giuridiche attraverso le quali è possibile introdurre nello schema societario il requisito del controllo analogo*». Secondo i giudici di Palazzo Spada, le modalità di esercizio del controllo analogo, individuate dall'art. 16 del TUSP, sono dunque estranee alla sfera del diritto pubblico, fondandosi esclusivamente su strumenti di diritto civile.

¹⁶ Tale questione interpretativa esula dagli scopi del presente contributo. Si ritiene, tuttavia, opportuno trattarne gli aspetti salienti, richiamando alcune significative posizioni espresse in dottrina e in giurisprudenza.

Un significativo contributo in tal senso è stato fornito dal Tribunale di Roma con la sentenza 2 luglio 2018, n. 20276¹⁷, nella quale si afferma che la modifica apportata allo statuto di una società per azioni diretta a limitare i poteri dell'organo amministrativo alla sola amministrazione ordinaria si pone in contrasto con l'art. 2380-bis c.c., eccedendo illegittimamente i limiti derogativi di cui all'art. 16 del d.lgs. n. 175/2016.

La sentenza segue un *iter* motivazionale articolato nei seguenti passaggi.

In via preliminare viene evidenziato che le disposizioni degli statuti delle società *in house* in deroga al diritto societario sono ammissibili, ai sensi dell'art. 16, comma 2, del TUSP, nei limiti del rapporto di strumentalità funzionale tra esse e il fine di realizzare l'assetto organizzativo di cui al comma 1, ossia il controllo analogo; tale previsione è confermata dal successivo comma 6 del medesimo articolo, secondo cui «*a seguito della cessazione degli affidamenti diretti, perdono efficacia le clausole statutarie e i patti parasociali finalizzati a realizzare i requisiti del controllo analogo*».

I giudici romani precisano quindi che la deroga di cui all'art. 16, comma 2, lett. a), del d.lgs. n. 175/2016, facendo eccezione al modello societario di diritto comune a cui sono riconducibili le società *in house*, va interpretata in senso restrittivo, come imposto dall'art. 14 disp. prel. c.c.

Partendo da tale assunto, il Tribunale di Roma osserva che la nozione di controllo analogo adottata dal legislatore con l'art. 2, comma 1, lett. c), del TUSP - intesa come esercizio, da parte dell'ente pubblico controllante, di una «*influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della società controllata*» - si sostanzia nella «*eterodirezione strategica*» di quest'ultima (assimilabile all'attività di direzione e coordinamento di cui all'art. 2497 c.c.), che si manifesta al livello della c.d. alta amministrazione della società controllata (ad esempio attraverso poteri di direttiva, indirizzo, autorizzazione, veto in particolari materie funzionali all'esercizio del controllo analogo), senza annullare l'autonomia gestionale ed esecutiva del suo organo amministrativo. L'art. 2380-bis c.c., che attribuisce all'organo amministrativo delle società per azioni l'esclusiva della gestione dell'impresa, rappresenta infatti – secondo i giudici romani - un profilo qualificante (e in quanto tale non completamente derogabile) di siffatto tipo sociale, che lo distingue dalla società a responsabilità limitata, nella quale l'esercizio delle funzioni gestorie è riservato, in via finale, ai soci collettivamente, tanto che essi possono avocare a sé ogni decisione gestoria ai sensi dell'art. 2479, comma 1, c.c.

In sintesi - osserva il Tribunale – l'esercizio del controllo analogo da parte del socio non deve comportare necessariamente una deroga al principio secondo il quale la gestione dell'impresa è di esclusiva competenza dell'organo amministrativo. La legge richiede infatti che venga esercitata un'influenza

¹⁷ Tribunale di Roma, sezione specializzata in materia di impresa, sedicesima sezione civile, 2 luglio 2018, n. 20276, in *mmi.ilcaso.it*.

determinante sulla gestione e non una determinazione diretta dell'attività della società, con la conseguenza che le effettive determinazioni degli obiettivi strategici e delle scelte determinanti possono essere di competenza dell'organo amministrativo, sebbene in correlazione con quanto disposto dal socio-soggetto pubblico che esercita il controllo analogo¹⁸. Così, al contrario, attribuire all'organo amministrativo la sola ordinaria amministrazione comporterebbe, necessariamente, la creazione di un sistema ibrido, non tipizzato, ove la stessa gestione societaria (e non solo un potere di indirizzo, di autorizzazione o di avocazione) sarebbe ripartita tra più organi¹⁹.

Sotto altro profilo, i giudici romani evidenziano che l'attribuzione all'assemblea dei poteri di straordinaria amministrazione e la corrispondente limitazione della competenza funzionale dell'organo amministrativo ai soli atti di ordinaria amministrazione, lederebbero anche i principi su cui si fonda la responsabilità civile degli amministratori nei confronti della società e dei creditori sociali di cui agli artt. 2392 e ss. c.c., definiti espressamente norme imperative inderogabili dalla giurisprudenza di legittimità (cfr. Cass. Civ., 28 aprile 2010, n. 10215). L'amministratore deve infatti possedere tutti quei poteri che gli consentano di "reagire" ad atti illegittimi compiuti dal socio, il che non sarebbe possibile nell'ipotesi di controllo analogo inteso come asservimento totale della controllata al socio pubblico, tale da annullare ogni autonomia gestionale ed esecutiva del suo organo amministrativo.

In questi termini si è espresso anche il Consiglio di Stato, evidenziando che le modifiche statutarie consentite dall'art. 16, comma 2, lett. a), del TUSP non incidono sulla inderogabilità del regime di responsabilità degli amministratori delle s.p.a., poiché la norma non deroga espressamente al disposto dell'art. 2364, comma 1, n. 5, c.c., che afferma la responsabilità degli amministratori per gli atti eventualmente rimessi alla competenza dell'assemblea²⁰.

Anche tali ultime considerazioni portano a concludere che gli amministratori delle società per azioni *in house* dovranno attuare gli indirizzi generali dettati dai soci pubblici ma, allo stesso tempo, conserveranno la libertà di decidere come attuarli e le conseguenti responsabilità²¹.

¹⁸ Analoghe considerazioni sono state espresse, in dottrina, da C. IBBA, il quale ha osservato che l'espressione "influenza determinante" va interpretata in coerenza con il principio di proporzionalità delle deroghe, di cui all'art. 18, comma 1, lett. a), della legge delega n. 124/2015, e si traduce nella possibilità, per il socio, di condizionare le decisioni dell'organo amministrativo, non di sostituirsi a quest'ultimo attraverso la previsione di organi sociali atipici (cfr. C. IBBA, *Introduzione*, in C. IBBA, I. DEMURO (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica. Commentario tematico ai d.lgs. 175/2016 e 100/2017*, cit., p. 14).

¹⁹ Secondo taluna dottrina, tuttavia, il sistema derogatorio introdotto dall'art. 16, comma 2, lett. a), del TUSP consentirebbe di istituire, con apposite clausole statutarie, organi sociali atipici (cfr. V. DONATIVI, *Le società a partecipazione pubblica*, cit., p. 673).

²⁰ Cons. St., comm. spec., parere 14 marzo 2017, n. 638, cit.

²¹ Cfr. E. CODAZZI, *L'assetto organizzativo delle società sottoposte a controllo analogo: alcune considerazioni sull'in house providing tra specialità della disciplina e "proporzionalità delle deroghe"*, in *Il diritto dell'economia*, n. 2/2019, pp. 143-144, la quale osserva che se il legislatore avesse inteso espropriare la competenza decisionale dell'organo amministrativo della società *in house*, subordinandola alla volontà dell'ente pubblico che su di essa esercita il controllo analogo, «sarebbe intervenuto in modo più

Per dare concreta attuazione ad un modello di *governance* societaria compatibile con l'esercizio del controllo analogo è stata prospettata, in dottrina, la possibilità di attribuire all'assemblea l'autorizzazione preventiva delle decisioni relative a determinate materie particolarmente significative o all'approvazione degli indirizzi strategici, superando così, in virtù del potere di deroga di cui all'art. 16, comma 2, lett. a), del TUSP, i limiti conseguenti al carattere non vincolante dell'autorizzazione assembleare ai sensi dell'art. 2364, comma 1, n. 5, c.c.²².

Del tutto differenti sono le questioni interpretative che pone l'art. 16, comma 2, lett. b), del d.lgs. n. 175/2016 con riferimento alle società a responsabilità limitata.

La norma del TUSP, in tal caso, non ha introdotto alcuna deroga alla disciplina civilistica, limitandosi a prevedere la possibilità, per lo statuto della s.r.l., di attribuire all'ente o agli enti pubblici soci "particolari diritti" ai sensi dell'art. 2468, comma 3, c.c., ovvero in materia di amministrazione della società o distribuzione degli utili.

Tale scelta legislativa è parsa a taluna dottrina di dubbia utilità²³, in ragione dalla considerazione che il codice civile prevede già per le s.r.l. spazi di autonomia statutaria tali da consentire ai soci di esercitare la propria influenza sulla gestione sociale, realizzando un assetto compatibile con l'esercizio del controllo analogo sul soggetto *in house*²⁴.

In particolare, è stato osservato che l'art. 2479, comma 1, c.c., attribuendo ai soci la facoltà di decidere sulle materie riservate alla loro competenza dall'atto costitutivo, nonché sugli argomenti che uno o più amministratori (o tanti soci che rappresentano almeno un terzo del capitale) devono sottoporre alla loro

ampio e radicale, precisando doveri e responsabilità dell'uno e dell'altro, invece, che limitarsi a prospettare una facoltà di deroga dell'art. 2380-bis, senza neppure fornire le esatte coordinate entro cui la stessa è reputata ammissibile.

²² F. FIMMANO - V. OCCORSIO, *Atti e statuti delle società pubbliche alla luce della riforma "corretta"*, in *Notariato*, n. 4/2017, p. 387 ss.; E. CODAZZI, *L'assetto organizzativo delle società sottoposte a controllo analogo, op. cit.*, p. 140, suggerisce invece di utilizzare la deroga *ex art.* 2380-bis c.c. per far rivivere le previsioni dell'art. 2364, comma 1, n. 4, c.c., preesistente alla riforma del diritto societario, che consentiva l'intervento dell'assemblea ordinaria nella gestione della società quando ciò era previsto dall'atto costitutivo, ovvero per iniziativa degli amministratori. Tale soluzione – come evidenzia peraltro la stessa autrice - ripropone, tuttavia, i problemi interpretativi che la norma aveva suscitato, riconducibili, nella prima ipotesi, all'individuazione dei limiti entro cui era consentito all'autonomia statutaria di devolvere all'assemblea materie rientranti nella competenza degli amministratori e, nella seconda ipotesi, alla natura facoltativa o meno della sottoposizione al parere dell'assemblea di determinate materie relative alla gestione. Problemi interpretativi aveva suscitato altresì la valutazione della portata vincolante o meno per gli amministratori della decisione dell'assemblea (per un approfondimento sulla questione, con ampi richiami alla dottrina e alla giurisprudenza, v. R. LENER - A. TUCCI (a cura di), *Le società di capitali. L'assemblea nelle società di capitali*, in M. BESSONE (diretto da), *Trattato di diritto privato*, XVII, Torino, 2000, p. 28 ss.).

²³ Così P. PETTITI, *Gestione e autonomia nelle società titolari di affidamenti*, Milano, 2016, p. 46.

²⁴ D'altra parte, anche prima della novella introdotta dal d.lgs. n. 175/2016, la s.r.l. era ritenuta il modello societario preferibile per il ricorso all'*in house*, in ragione della sua disciplina di gran lunga più "flessibile" e "modulabile" rispetto a quella della s.p.a., per quanto riguarda, in particolare, l'ampia autonomia rimessa alle decisioni dei soci nella configurazione del complessivo sistema di governo della società, che consentiva di realizzare assetti organizzativi conformi – o, comunque, maggiormente conformi – con il requisito del controllo analogo (cfr. G. GRÜNER, *Compiti e ruolo del socio pubblico: direzione (società miste) e dominio (società in house)*, in *Il diritto dell'economia*, n. 2/2012, pp. 9-10).

approvazione, consente loro di intervenire su specifiche operazioni o su piani strategici generali, così come di emanare direttive in merito alla conduzione dell'impresa, che, ai fini dell'effettività del controllo analogo, dovrebbero avere carattere vincolante nei confronti degli amministratori, i quali sarebbero obbligati, pertanto, a darvi esecuzione, salvo il caso in cui ciò li possa esporre ad obblighi risarcitori nei confronti dei creditori, dei terzi o della stessa società²⁵.

La disciplina in materia di gestione delle s.r.l., tuttavia, va oggi interpretata alla luce delle previsioni introdotte dall'art. 377, comma 4, del d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 ("Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza")²⁶, che ha modificato l'art. 2475 c.c., estendendo alle s.r.l. il principio secondo cui «*la gestione dell'impresa si svolge nel rispetto della disposizione di cui all'articolo 2086, secondo comma, e spetta esclusivamente agli amministratori*».

Tale previsione ha generato incertezze interpretative, apparendo a taluna dottrina in contrasto con le disposizioni del codice civile che attribuiscono ai soci della s.r.l. una significativa ingerenza nella gestione amministrativa, quali, in particolare, le norme che consentono allo statuto di una s.r.l. di riconoscere ai soci determinate competenze gestorie (art. 2479, comma 1, c.c.), o di attribuire agli stessi particolari diritti riguardanti l'amministrazione della società (art. 2468, comma 3, c.c.) o, ancora, che prevedono la responsabilità solidale con gli amministratori dei soci che abbiano intenzionalmente deciso o autorizzato il compimento di atti dannosi per la società, i soci o i terzi (art. 2476, comma 8, c.c.)²⁷.

È stato quindi ipotizzato che il contrasto del novellato art. 2475, comma 1, c.c. con i tradizionali assetti di potere interni alla s.r.l. sarebbe superabile attraverso un ripensamento della disciplina del codice civile, che andrebbe interpretata nel senso di ricondurla a compatibilità con il principio di esclusività del potere

²⁵ E. CODAZZI, *L'assetto organizzativo delle società sottoposte a controllo analogo*, cit., pp. 145-146.

²⁶ Il Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza sarebbe dovuto entrare in vigore, ai sensi dell'art. 389, comma 1, decorsi 18 mesi dalla pubblicazione in Gazzetta Ufficiale del d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, ovvero il 15 agosto 2020. Tale termine è stato tuttavia differito al 1° settembre 2021 dall'art. 5 del d.l. 8 aprile 2020, n. 23, convertito dalla l. 5 giugno 2020, n. 40. L'art. 377 del d.lgs. n. 14/2019 rientra però tra le norme in vigore dal 16 marzo 2019, in virtù della previsione dell'art. 389, comma 2, del medesimo decreto.

²⁷ Cfr. A. BARTALENA, *Le azioni di responsabilità nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, n. 3/2019, p. 299 ss., il quale definisce devastante l'impatto della riforma, in ragione della sua distonia rispetto alla caratterizzazione tipologica delle società personali e delle s.r.l., contrassegnata dal ruolo pregnante dei soci nelle scelte d'impresa. Con specifico riferimento alla s.r.l., l'autore osserva che «*l'attribuzione in via esclusiva agli amministratori della "gestione dell'impresa" (come recita l'art. 2475, comma 1, c.c., novellato dall'art. 377.4) pone problemi di specifico coordinamento con l'art. 2479, comma 1, c.c. (che, in linea generale, legittima la competenza decisoria dei soci su argomenti attinenti alla gestione) e con l'art. 2479, comma 2, n. 5, c.c. (che, addirittura, riserva ai soci "la decisione di compiere operazioni che comportano una sostanziale modificazione dell'oggetto sociale determinato nell'atto costitutivo o una rilevante modificazione dei diritti dei soci")*». Perviene alle medesime conclusioni, sia pure muovendo da una diversa prospettazione esegetica, L. CALVOSA, *Gestione dell'impresa e della società alla luce dei nuovi artt. 2086 e 2475 c.c.*, in *Le Società*, n. 7/2019, p. 800, la quale osserva che il riferimento dell'art. 2475, comma 1, c.c. al compimento, da parte degli amministratori, delle operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale «*è palesemente relativo alla (e si sostanzia nella) gestione dell'impresa societaria*» e costituisce pertanto la chiave di lettura della norma «*nel senso della attribuzione ai soli amministratori della gestione dell'impresa, estrinsecantesi nel compimento di tutte le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale*».

di gestione in capo agli amministratori, applicando, in caso di insanabilità del conflitto, l'istituto dell'abrogazione implicita²⁸.

L'articolata disciplina del codice civile in materia di s.r.l., univocamente orientata al riconoscimento di ampie competenze gestorie in capo ai soci, non sembra tuttavia prestarsi ad una interpretazione che ne affermi l'implicita abrogazione, sul presupposto della portata innovativa delle previsioni del nuovo comma 1 dell'art. 2475.

L'abrogazione implicita si determina, invero, con l'entrata in vigore di una normativa che disciplina in modo compiuto una specifica materia, così che debba considerarsi abrogata ogni norma desumibile da disposizioni precedenti, pur in assenza di un puntuale contrasto con la nuova normativa²⁹. Tale finalità non sembra tuttavia potersi attribuire al d.lgs. n. 14/2019, che ha dettato norme in materia di crisi d'impresa e di insolvenza, senza incidere sulla disciplina complessiva in materia di organizzazione delle s.r.l.

Appare dunque preferibile un'interpretazione in chiave sistematica della novella normativa, fondata sul coordinamento con le previsioni del codice civile in materia di s.r.l. - non modificate dal Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza - che attribuiscono ai soci una significativa ingerenza nella gestione amministrativa, quali, in particolare, quelle contenute negli artt. 2479, comma 1, 2468, comma 3 e 2476, comma 8, c.c.

A tale riguardo, appare coerente con l'impianto normativo esistente in materia di *governance* della s.r.l., un'interpretazione del concetto di gestione dell'impresa che attribuisca alla competenza esclusiva degli amministratori la sola predisposizione degli assetti organizzativi – corroborata dal richiamo dell'art. 2475,

²⁸ Cfr. L. CALVOSA, *Gestione dell'impresa e della società*, op.cit., p. 801 ss., la quale osserva che occorre individuare le "ipotesi legali" di competenza gestoria in capo ai soci e far discendere da ciò l'implicita abrogazione delle competenze incompatibili con la nuova previsione del primo comma dell'art. 2475 c.c.. Seguendo tale approccio ermeneutico, l'autrice afferma che la competenza dei soci residuerebbe «nell'ipotesi di amministrazione disgiuntiva, in caso di opposizione derivante dall'esercizio del diritto di veto di un amministratore (art. 2257, comma 3, c.c.); (...) nell'ipotesi di decisioni su operazioni che comportino sostanziali modificazioni dell'oggetto sociale o rilevanti modificazioni dei diritti dei soci (art. 2479, comma 2, n. 5, c.c.)», nonché «nei casi specifici in cui la legge assegni allo statuto la facoltà di attribuire ad essi le decisioni in alternativa agli amministratori (art. 2483 c.c.; art. 152, comma 2, l.fall., richiamato dagli artt. 161, comma 4 e 214, comma 1, l.fall., nonché dall'art. 78, comma 1, D.Lgs. n. 270/1999)». Sarebbero invece implicitamente abrogati i generali poteri gestori dei soci (sia ex art. 2479, comma 1, che ex art. 2468, comma 3), residuando il solo «sistema opzionale delle autorizzazioni (in modo analogo a quanto disposto per la S.p.a. dall'art. 2364, comma 1, n. 5, c.c.)». Infine, con riferimento all'art. 2476, comma 7, c.c., l'autrice osserva che l'introduzione della funzione esclusiva dell'organo amministrativo nella gestione dell'impresa ne imporrebbe la delimitazione della portata applicativa «sostanzialmente al profilo dell'autorizzazione».

²⁹ In dottrina è stato evidenziato che, in tal caso, le norme anteriori non sarebbero tanto in contrasto con quelle espresse dalla nuova disciplina, quanto piuttosto con la volontà del legislatore di porre una nuova e unitaria normativa che sostituisca in blocco quella precedente. Si vedano, in questo senso, tra gli altri, V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. II, 1, VI ed. a cura di F. CRISAFULLI, Padova, 1993, p. 215, secondo cui in questo caso si tratta di «impossibilità di sopravvivenza di qualsiasi norma precedente» sulla materia che riceve una nuova regolamentazione complessiva; S. PUGLIATTI, *Abrogazione (Teoria generale e abrogazione degli atti normativi)*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1959, p. 143; G.U. RESCIGNO, *L'atto normativo*, Bologna, 1998, p. 110.

comma 1, c.c., alle previsioni del novellato secondo comma dell'art. 2086 c.c., che disciplina l'organizzazione d'impresa, non la gestione nel suo complesso – e rimetta l'operatività gestoria alla competenza degli amministratori o dei soci a seconda del modello concretamente adottato³⁰.

2.2. Il requisito dell'attività prevalente

La seconda condizione individuata dalla sentenza *Teckal* affinché si perfezioni la relazione *in house*, è che la persona giuridica controllata realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti che la controllano.

Il requisito dell'attività prevalente è stato oggetto di approfondita disamina da parte della Corte di giustizia, la quale ha osservato che l'impresa affidataria svolge la parte più importante della sua attività con l'ente che la detiene solo se l'attività dell'impresa sia principalmente destinata all'ente in questione e ogni altra attività risulti avere un carattere marginale³¹.

Per accertare ciò, il giudice comunitario ha ritenuto necessario prendere in considerazione tutte le circostanze del caso concreto, sia qualitative sia quantitative³².

Tale impostazione, fondata sull'esigenza che l'indagine si svolga su un piano casistico, è stata condivisa dalla Corte costituzionale che, con sentenza 23 dicembre 2008, n. 439, ha escluso l'ammissibilità di «*rigide predeterminazioni connesse all'indicazione della misura percentuale di fatturato rilevante*»³³.

Un deciso mutamento di prospettiva rispetto al citato indirizzo giurisprudenziale è stato tuttavia operato dalle direttive comunitarie del 2014 in materia di appalti pubblici e concessioni, le quali hanno individuato una soglia percentuale dirimente ai fini del perfezionamento del requisito dell'attività prevalente, richiedendo che la persona giuridica controllata effettui oltre l'80 per cento delle attività nello svolgimento

³⁰ Cfr. P. MONTALENTI, *Gestione dell'impresa, assetti organizzativi e procedure di allerta dalla "Proposta Rordorf" al Codice della crisi*, in AA.VV., *In ricordo di Michele Sandulli. La nuova disciplina delle procedure concorsuali*, Torino, 2019, p. 482 ss., il quale osserva, tra l'altro, che la ridenominazione in "Gestione dell'impresa" della rubrica dell'art. 2086 c.c. (la precedente era "Direzione e gerarchia nell'impresa"), ad opera dell'art. 375, comma 1, del d.lgs. n. 14/2019, non sarebbe appropriata poiché la norma riformata disciplina l'organizzazione dell'impresa, che è solo un segmento specifico della gestione, generando così «*confusione lessicale tra assetti organizzativi dell'impresa, assetti organizzativi societari e amministrazione; concetti non coestensivi*». Analogo orientamento è espresso da O. CAGNASSO, *Diritto societario e mercati finanziari*, in *Nuovo dir. soc.*, n. 5/2018, p. 849 ss.

³¹ Corte di giustizia CE, 11 maggio 2006, causa C-340/04, *Carbotermo S.p.A. e Consorzio Alisei contro Comune di Busto Arsizio e AGE SP S.p.A.*, cit., § 63. Le medesime considerazioni sono svolte dalla Corte nella successiva sentenza *Commissione contro Repubblica italiana* (17 luglio 2008, causa C-371/05, *Commissione delle Comunità europee contro Repubblica italiana*, in *Racc.*, I-110, § 31).

³² Corte di giustizia CE, 11 maggio 2006, causa C-340/04, *Carbotermo S.p.A. e Consorzio Alisei contro Comune di Busto Arsizio e AGE SP S.p.A.*, cit., § 64.

³³ Corte cost., 23 dicembre 2008, n. 439, in *Giur. cost.*, n. 6/2008, 4995, con nota di A. D'Atena, *Sussidiarietà orizzontale e affidamento "in house"*. Per un commento alla sentenza si vedano anche: F. CINTIOLI, *Norma interposta, società in house e «identità» dell'ordinamento nazionale. Riflessioni alla prima lettura di Corte cost. n. 439 del 2008*, in *www.giustamm.it*, n. 4/2008, p. 137 ss.; A. DANESI, *L'affermazione dell'art. 117, c. 1, Cost. quale fondamento tendenzialmente esclusivo dei vincoli comunitari*, in *www.federalismi.it*, n. 9/2019.

dei compiti ad essa affidati dall'amministrazione aggiudicatrice controllante o da altre persone giuridiche controllate dall'amministrazione aggiudicatrice³⁴.

Le norme comunitarie sono state recepite dal legislatore italiano con l'art. 5, comma 1, lett. b), del d.lgs. n. 50/2016. Sempre in linea con le direttive dell'UE, il successivo comma 7 dell'art. 5 ha individuato le modalità per determinare la percentuale di attività svolta per l'amministrazione controllante, disponendo che occorre prendere in considerazione *«il fatturato totale medio, o una idonea misura alternativa basata sull'attività, quale i costi sostenuti dalla persona giuridica o amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore nei settori dei servizi, delle forniture e dei lavori per i tre anni precedenti l'aggiudicazione dell'appalto o della concessione»*.

L'art. 5, comma 8, del d.lgs. n. 50/2016 ha previsto invece che, qualora il fatturato o la misura alternativa basata sull'attività non sia disponibile per i tre anni precedenti o non sia più pertinente in ragione della data di costituzione o di inizio dell'attività della persona giuridica o amministrazione aggiudicatrice, ovvero a causa della riorganizzazione delle sue attività, è sufficiente dimostrare, attraverso proiezioni dell'attività, che la misura percentuale sia credibile³⁵.

Ai fini della valutazione della sussistenza del requisito in questione, la Corte di giustizia si è soffermata sulla tipologia di attività dell'impresa controllata da prendere in considerazione per il raggiungimento della soglia di fatturato richiesta, osservando che tali attività *«sono tutte quelle che quest'ultima realizza nell'ambito di un affidamento effettuato dall'amministrazione aggiudicatrice, indipendentemente dal fatto che il destinatario sia la stessa amministrazione aggiudicatrice o l'utente delle prestazioni»*³⁶. Risulta quindi ininfluenza sapere su quale territorio siano erogate le prestazioni dell'impresa affidataria e chi remunera le stesse, *«potendo trattarsi sia dell'ente controllante sia di terzi utenti di prestazioni fornite in forza di concessioni o di altri rapporti giuridici instaurati dal suddetto ente»*³⁷.

Per una compiuta disamina del requisito in questione occorre altresì prendere in esame le previsioni in materia di attività prevalente introdotte per le società a partecipazione pubblica dal d.lgs. n. 175/2016, le quali fanno sorgere taluni problemi di coordinamento con le disposizioni del Codice dei contratti pubblici.

In particolare, l'art. 16 del d.lgs. n. 175/2016, dopo aver ribadito, al comma 3, che gli statuti delle società *in house* devono prevedere che oltre l'ottanta per cento del loro fatturato sia effettuato nello svolgimento

³⁴ Cfr. art. 17, par. 1, lett. b), della direttiva 2014/23; art. 12, par. 1, lett. b), della direttiva 2014/24; art. 28, par. 1, lett. b), della direttiva 2014/25.

³⁵ I commi 7 e 8 dell'art. 5 del d.lgs. n. 50/2016 recepiscono le previsioni dell'art. 17, par. 5, della direttiva 2014/23, dell'art. 12, par. 5, della direttiva 2014/24 e dell'art. 28, par. 5, della direttiva 2014/25.

³⁶ Corte di giustizia CE, 11 maggio 2006, causa C-340/04, *Carbotermo S.p.A. e Consorzio Alisei contro Comune di Busto Arsizio e AGE SP S.p.A.*, cit., § 66.

³⁷ *Ivi*, § 67.

dei compiti ad esse affidati dall'ente pubblico o dagli enti pubblici soci, al successivo comma 3-bis³⁸ dispone che la produzione di ulteriore fatturato, che può essere rivolta anche a finalità diverse, è consentita solo a condizione che la stessa permetta di conseguire economie di scala o altri recuperi di efficienza sul complesso dell'attività principale della società.

La norma introduce dunque prescrizioni restrittive - non presenti nel d.lgs. n. 50/2016 e nelle direttive comunitarie del 2014 - con riferimento all'attività svolta dalla società *in house* in favore dei terzi, imponendo che essa produca delle ricadute positive sull'attività principale, in termini di economie di scala o altri recuperi di efficienza.

Su tale previsione ha espresso perplessità il Consiglio di Stato (parere comm. spec., 14 marzo 2017, n. 638) sia per l'elemento di rigidità che la norma introduce sia per il fatto che essa trova applicazione alle sole società *in house* (a cui è rivolto il d.lgs. n. 175/2016) e non agli enti *in house* non aventi forma societaria, creando così una duplicazione della disciplina in tema di soggetti *in house*, che non trova fondamento nel diritto dell'Unione europea e contrasta con l'esigenza di armonizzazione che esso persegue.

A fronte delle criticità evidenziate, tuttavia, il Consiglio di Stato si è limitato a proporre di inserire, nell'art. 16, un nuovo comma che prevedesse la possibilità di rivolgere a finalità diverse la produzione di fatturato derivante dall'attività svolta dalla società *in house* in favore dei terzi, conservando la condizione che tale fatturato permetta di conseguire economie di scala o altri recuperi di efficienza sul complesso dell'attività principale della società.

La riformulazione, da parte del decreto correttivo (d.lgs. 16 giugno 2017, n. 100), della disciplina dell'attività marginale della società *in house*, nel senso indicato dal Consiglio di Stato (con la modifica del comma 3 dell'art. 16³⁹ e l'inserimento del comma 3-bis), ha attenuato ma non eliminato la strumentalità dell'attività marginale rispetto a quella principale della società *in house*, poiché, pur con l'aggiunta della precisazione che essa possa essere rivolta anche a finalità diverse, ha conservato la condizione che debba realizzare economie di scala o altri recuperi di efficienza sull'attività principale.

Persiste pertanto la discrasia con la previsione dell'art. 5, comma 1, lett. b), del Codice dei contratti pubblici che – in linea con le direttive comunitarie - non pone alcun vincolo in relazione alle caratteristiche dell'attività residuale della persona giuridica *in house*.

³⁸ Il comma 3-bis è stato aggiunto dal d.lgs. 16 giugno 2017, n. 100, recante disposizioni integrative e correttive al d.lgs. n. 175/2016.

³⁹ Il testo originario dell'art. 16, comma 3, del d.lgs. n. 175/2016 era il seguente: «*Gli statuti delle società di cui al presente articolo devono prevedere che oltre l'ottanta per cento del loro fatturato sia effettuato nello svolgimento dei compiti a esse affidati dall'ente pubblico o dagli enti pubblici soci e che la produzione ulteriore rispetto al suddetto limite di fatturato sia consentita solo a condizione che la stessa permetta di conseguire economie di scala o altri recuperi di efficienza sul complesso dell'attività principale della società.*».

2.3. Il requisito dell'assenza di capitali privati

La terza condizione per l'affidamento *in house*, codificata dall'art. 5, comma 1, lett. c), del d.lgs. n. 50/2016, è l'assenza di una partecipazione diretta di capitali privati nella persona giuridica controllata, con la sola eccezione di forme di partecipazione che non comportino controllo o potere di veto⁴⁰ ovvero l'esercizio di un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata. Tali forme di partecipazione – precisa la norma - sono ammesse in quanto “previste” dalla legislazione nazionale, in conformità dei trattati.

Analoga disposizione è contenuta nel comma 3 dell'art. 5, che disciplina l'*in house* rovesciato e l'*in house* orizzontale⁴¹, il quale tuttavia specifica che forme di partecipazione di capitali privati nel soggetto *in house* sono ammesse, non già se “previste” e quindi “consentite” dalla legislazione nazionale, ma qualora siano “prescritte”, cioè laddove risultino “obbligatorie” per legge.

L'interpretazione corretta della previsione normativa, a prescindere dal verbo utilizzato nei due casi, sembra essere quella della necessità di una legge nazionale che preveda come obbligatoria la partecipazione dei privati nella persona giuridica controllata, considerato che anche l'art. 16, comma 1, del d.lgs. n. 175/2016 dispone che la presenza del capitale privato debba essere «*prescritta da norme di legge*». In questi termini si è espresso, in un recente parere, il Consiglio di Stato, il quale ha osservato che una diversa interpretazione non terrebbe conto del dato positivo, conseguente ad una fonte - il d.lgs. n. 175/2016 - che si pone quale equiordinata alla precedente (d.lgs. n. 50/2016), ma prevalente in quanto *lex posterior*⁴².

D'altro canto, aggiunge il Consiglio di Stato, l'espressione “prescritta”, da intendersi come obbligatoria, è coerente con le previsioni delle direttive comunitarie recepite con il Codice dei contratti pubblici. Ed infatti, nel considerando 32 della direttiva 2014/24/UE e nel considerando 46 della direttiva

⁴⁰ La precisazione secondo cui la partecipazione di capitali privati non debba comportare “controllo o potere di veto” rappresenta un'aggiunta del decreto correttivo n. 56/2017, per adeguare la norma codicistica alle previsioni dell'art. 12, par. 1, lett. c), della direttiva 2014/24/UE. Va osservato che tale previsione, già contenuta nel comma 3 dell'art. 5 del d.lgs. n. 50/2016, disciplinante le ipotesi dell'*in house* rovesciato e dell'*in house* orizzontale, è stata estesa al testo del comma 1, contenente analogo riferimento alle condizioni di partecipazione dei privati al capitale della persona giuridica controllata, in recepimento delle osservazioni formulate dal Consiglio di Stato, comm. spec., nel parere 30 marzo 2017 n. 782, reso sullo schema di decreto correttivo al Codice dei contratti pubblici.

⁴¹ V. *infra*, par. 3.

⁴² Cfr. Cons. St., sez. I, 7 maggio 2019, n. 1389, in www.giustizia-amministrativa.it. Il parere è stato reso su un quesito posto dalla Regione Piemonte, avente ad oggetto la possibilità per gli Enti di governo d'ambito regionali di affidare in via diretta il servizio idrico integrato ad una società *in house* all'interno della quale si collochi una partecipazione di capitali privati, nel rispetto delle condizioni previste dalla normativa europea e nazionale. Nel rispondere al quesito il Consiglio di Stato ha evidenziato, tra l'altro, che, nel settore dei servizi idrici, la partecipazione dei privati alle società *in house* affidatarie è preclusa, per un verso, poiché la norma di riferimento in materia, ovvero l'art. 149-bis del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, chiaramente la esclude e, per altro verso, perché manca una norma di legge che espressamente la prescriva. Pertanto – ha concluso il Consiglio di Stato - sino a quando una specifica disposizione di legge nazionale, diversa dagli articoli 5 del d.lgs. n. 50/2016 e 16 del d.lgs. n. 175/2016, non prescriverà la partecipazione dei privati ad una società *in house* - indicando anche la misura della partecipazione, la modalità di ingresso del socio privato, il ruolo all'interno della società e i rapporti con il socio pubblico – l'apertura del capitale della società *in house* ai privati deve ritenersi esclusa.

2014/23/UE, il legislatore comunitario, dopo aver individuato la *ratio* dell'esclusione della partecipazione diretta di privati al capitale del soggetto *in house* nella circostanza che l'aggiudicazione di un appalto pubblico senza una procedura competitiva offrirebbe all'operatore economico privato un indebito vantaggio rispetto ai suoi concorrenti, precisa che «*date le particolari caratteristiche degli organismi pubblici con partecipazione obbligatoria, quali le organizzazioni responsabili della gestione o dell'esercizio di taluni servizi pubblici, ciò non dovrebbe valere nei casi in cui la partecipazione di determinati operatori economici privati al capitale della persona giuridica controllata è resa obbligatoria da una disposizione legislativa nazionale in conformità dei trattati, a condizione che si tratti di una partecipazione che non comporta controllo o potere di veto e che non conferisca un'influenza determinante sulle decisioni della persona giuridica controllata*».

Il rinvio della norma europea alla legislazione nazionale è riferito dunque a disposizioni di legge che “prescrivono”, ovvero impongono la partecipazione dei privati e non a disposizioni che genericamente “prevedono” detta partecipazione.

Va osservato, infine, che l'ammissione della partecipazione dei privati al capitale della persona giuridica controllata, sia pure in casi ben circoscritti, rappresenta una novità sostanziale della legislazione comunitaria (e, di riflesso, nazionale) in materia di appalti pubblici e concessioni, che modifica i tratti distintivi dell'*in house*, individuati dall'attività ermeneutica della Corte di giustizia UE⁴³.

Il giudice comunitario aveva infatti ritenuto che la presenza di privati nel capitale del soggetto *in house* fosse in contrasto con il requisito del controllo analogo, in ragione dell'incompatibilità con l'interesse pubblico degli obiettivi da questi perseguiti e dell'indebito vantaggio rispetto ai concorrenti che il privato avrebbe ottenuto dall'affidamento diretto dell'appalto all'ente di cui fosse stato socio⁴⁴.

⁴³ Cfr. Cons. St., comm. spec., 21 aprile 2016, n. 968, cit.

⁴⁴ Si veda, in proposito, Corte di giustizia CE, 11 gennaio 2005, causa C-26/03, *Stadt Halle* e RPL *Lochau* contro *Trea Leuna*, in *Racc.*, I-1, §§ 50-51, in cui la Corte ha individuato due fondamentali ragioni contrarie alla partecipazione del privato al capitale della società *in house*: a) «*il rapporto tra un'autorità pubblica, che sia un'amministrazione aggiudicatrice, ed i suoi servizi sottostà a considerazioni e ad esigenze proprie del perseguimento di obiettivi di interesse pubblico. Per contro, qualunque investimento di capitale privato in un'impresa obbedisce a considerazioni proprie degli interessi privati e persegue obiettivi di natura differente*»; b) «*l'attribuzione di un appalto pubblico ad una società mista pubblico-privata senza far appello alla concorrenza pregiudicherebbe l'obiettivo di una concorrenza libera e non falsata ed il principio della parità di trattamento degli interessati contemplato dalla direttiva 92/50, in particolare nella misura in cui una procedura siffatta offrirebbe ad un'impresa privata presente nel capitale della detta società un vantaggio rispetto ai suoi concorrenti*». La Corte di giustizia ha pertanto ritenuto la partecipazione del privato al capitale della persona giuridica controllata incompatibile in sé con il requisito del controllo analogo, a prescindere dalla valutazione della capacità del socio privato di condizionare le decisioni del soggetto *in house* (per un'analisi delle argomentazioni svolte dalla Corte nella sentenza *Stadt Halle* v. A. CLARIZIA, *Il privato inquina: gli affidamenti in house solo a società a totale partecipazione pubblica*, in *www.giustamm.it*, n. 1/2005). Il giudice comunitario ha ulteriormente precisato tale orientamento nelle pronunce successive. Significative, al riguardo, sono le considerazioni svolte dalla Corte di giustizia nella sentenza *Sea* (10 settembre 2009, causa C-573/07, *Sea Srl* contro *Comune di Ponte Nossa*, in *Racc.*, I-8127, §§ 50 ss.) in cui la Corte si è pronunciata sulla possibilità per un'amministrazione aggiudicatrice di esercitare su una società di cui è azionista un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi nel caso in cui lo statuto societario preveda la possibilità, sebbene non concretizzata, che investitori privati entrino nel capitale sociale. In proposito, la Corte, ribadendo quanto già affermato nella sentenza *Commissione contro Repubblica Italiana* del 17 luglio 2008 (17 luglio 2008, causa C-371/05,

3. La codificazione dei casi dell'*in house* a cascata, rovesciato e orizzontale

L'art. 5, comma 2, secondo periodo, del Codice dei contratti pubblici prevede che il controllo analogo sul soggetto *in house* possa essere esercitato anche da una persona giuridica diversa dall'amministrazione aggiudicatrice (o dall'ente aggiudicatore), a sua volta controllata allo stesso modo da quest'ultima.

È questa l'ipotesi del c.d. *in house* "a cascata", sul quale si era già pronunciata la Corte di giustizia, ritenendo configurabile il controllo analogo anche nel caso di partecipazione pubblica indiretta, in cui il pacchetto azionario non fosse detenuto direttamente dall'ente pubblico di riferimento, ma indirettamente, mediante una società per azioni capogruppo (c.d. holding) posseduta al 100% dall'ente medesimo⁴⁵.

All'art. 5, comma 3, il Codice dei contratti pubblici introduce inoltre una disciplina positiva dell'*in house* c.d. "rovesciato" e dell'*in house* c.d. "orizzontale". Nello specifico, la norma dispone che il d.lgs. n. 50/2016 non si applica quando una persona giuridica controllata, che sia un'amministrazione aggiudicatrice o un ente aggiudicatore, aggiudichi un appalto o una concessione alla propria amministrazione aggiudicatrice o all'ente aggiudicatore controllante (*in house* rovesciato) o ad un altro soggetto giuridico controllato dalla stessa amministrazione aggiudicatrice o ente aggiudicatore (*in house* orizzontale), a condizione che, in entrambi i casi, 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 che non comportino controllo o potere di veto prescritte dalla legislazione nazionale, in conformità dei trattati, ovvero che non comportino l'esercizio di un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata⁴⁶.

Commissione delle Comunità europee contro Repubblica italiana, cit.), ha osservato che, se al momento dell'affidamento, il capitale di una società è interamente detenuto dall'amministrazione aggiudicatrice, da sola o con altre autorità pubbliche, l'apertura del capitale della società affidataria ad investitori privati può essere presa in considerazione, ai fini dell'esclusione del requisito del controllo analogo, «solo se in quel momento esiste una prospettiva concreta e a breve termine di una siffatta apertura», non rilevando quindi la mera possibilità per i privati di partecipare al capitale della società. Di rilievo è però il passaggio successivo della sentenza, in cui la Corte afferma che qualora l'ingresso di azionisti privati nel capitale della società *in house* avvenga successivamente, ovvero nel corso del periodo di validità del contratto, tale circostanza «costituirebbe un cambiamento di una condizione fondamentale dell'appalto che necessiterebbe di un'indizione di gara».

⁴⁵ Corte di giustizia CE, 11 maggio 2006, causa C-340/04, *Carbotermo S.p.A. e Consorzio Alisei contro Comune di Busto Arsizio e AGE SP S.p.A.*, cit.

⁴⁶ Le forme di *in house* disciplinate dall'art. 5, comma 3, del d.lgs. n. 50/2016 (in recepimento dell'art. 12, par. 2, della direttiva 2014/24/UE) non erano state, in passato, oggetto di disamina da parte della Corte di giustizia UE, se non in un caso su cui il giudice comunitario aveva ritenuto di non doversi pronunciare direttamente, in quanto ritenuto secondario ai fini del decidere (Corte di giustizia UE, 8 maggio 2014, causa C-15/13, *Technische Universität Hamburg-Harburg e Hochschul-Informationssystem GmbH contro Datenlotsen Informationssysteme GmbH*, in *Raccolta digitale*, ECLI:EU:C:2014:303). La sentenza in questione trae origine dalla controversia relativa alla regolarità di un appalto affidato direttamente dal Politecnico di Amburgo (organismo di diritto pubblico facente capo alla Città di Amburgo) alla società Hochschul-Informationssystem GmbH (in prosieguo «HIS»), il cui capitale era detenuto per un terzo dalla Repubblica federale di Germania e per due terzi dai sedici Länder tedeschi, tra cui la Città di Amburgo, azionista al 4,16%. Tra il Politecnico ed HIS non esisteva alcuna relazione di controllo, pertanto l'affidamento diretto dell'appalto era giustificato con la circostanza che entrambi gli enti si trovavano sotto il controllo della Città di Amburgo ed entrambi realizzavano la parte più importante della loro attività a favore del suddetto Stato federato (un'operazione *in house*

4. L'*in house* frazionato (o pluripartecipato)

L'art. 5 del d.lgs. n. 50/2016, ai commi 4 e 5, riconosce l'ammissibilità della deroga alle disposizioni del Codice dei contratti pubblici anche in caso di controllo congiunto, precisando che tale forma di controllo si realizza qualora siano soddisfatte tutte le seguenti condizioni:

- a) gli organi decisionali della persona giuridica controllata siano composti da rappresentanti di tutte le amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori partecipanti (con la possibilità di rappresentanza multipla, ovvero che i medesimi soggetti rappresentino varie o tutte le amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori partecipanti);
- b) tali amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori siano in grado di esercitare congiuntamente un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative della persona giuridica controllata;
- c) la persona giuridica controllata non persegua interessi contrari a quelli delle amministrazioni aggiudicatrici o degli enti aggiudicatori controllanti.

Tali ipotesi configurano una forma di *in house* c.d. "frazionato" (definito anche "pluripartecipato") in quanto la norma ammette che il controllo analogo sul soggetto *in house* possa essere esercitato frazionalmente da più amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori.

La disciplina positiva introdotta con il d.lgs. n. 50/2016, in recepimento delle direttive comunitarie del 2014⁴⁷, va interpretata alla luce dell'elaborazione giurisprudenziale della Corte di giustizia UE e del giudice amministrativo che, con alcuni significativi pronunciamenti, hanno definito le condizioni concrete di attuazione del controllo analogo congiunto.

A tale riguardo assume rilevanza l'interpretazione resa con la sentenza *Coditel Brabant SA*, in cui il giudice comunitario - dopo aver precisato che, ai fini della sussistenza del requisito del controllo analogo, non è indispensabile che il controllo esercitato sull'ente concessionario sia individuale, in quanto ciò che rileva

orizzontale appunto). Il giudice comunitario, pur non pronunciandosi direttamente sull'ammissibilità dell'*in house* orizzontale, in un passaggio della sentenza (§§ 32 ss.) aveva preso in esame il controllo esercitato dalla Città di Amburgo sul Politecnico, precisando che esso si estendeva solo a una parte dell'attività di quest'ultimo, ossia in materia di acquisizioni (potendo in quest'ambito lo Stato federato annullare o modificare le decisioni adottate dal Politecnico), ma non ai settori dell'istruzione e della ricerca, nei quali l'Università disponeva di un'ampia autonomia. Pertanto – osservava la Corte – nel caso esaminato si configurava un'ipotesi di controllo parziale, che escludeva, per ciò solo, l'esistenza del requisito del "controllo analogo", non potendo l'amministrazione aggiudicatrice esercitare un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti dell'entità affidataria. Tale passaggio motivazionale, pur non indagando la relazione tra Politecnico ed HIS, sembra potersi interpretare come un'apertura del giudice comunitario alla praticabilità di un'operazione *in house* qualora gli operatori contraenti, collocati in posizione paritaria e privi di elementi di collegamento giuridico, si trovino entrambi in rapporto di controllo analogo con una terza entità pubblica.

⁴⁷ L'art. 5, comma 5, del d.lgs. n. 50/2016 recepisce le previsioni dell'art. 17, par. 3, della direttiva 2014/23, dell'art. 12, par. 3, della direttiva 2014/24 e dell'art. 28, par. 3, della direttiva 2014/25.

è che tale controllo sia “effettivo”⁴⁸ - ha affermato che «nel caso in cui varie autorità pubbliche detengano un ente concessionario cui affidano l'adempimento di una delle loro missioni di servizio pubblico, il controllo che dette autorità pubbliche esercitano sull'ente in parola può venire da loro esercitato congiuntamente»⁴⁹, senza che rilevi il fatto che, in presenza di un organo collegiale, la procedura utilizzata per adottare la decisione sia il ricorso alla maggioranza.

Con la sentenza *Econord*⁵⁰ la Corte di giustizia ha fornito ulteriori spunti ermeneutici per la definizione delle caratteristiche del controllo analogo congiunto, attraverso la disamina dei presupposti affinché l'ente affidatario possa incidere, in concreto, sulle decisioni del soggetto *in house*.

In particolare, la Corte ha affermato che se un'autorità pubblica diventa socia di minoranza di una società per azioni a capitale interamente pubblico al fine di attribuirle la gestione di un servizio pubblico, il controllo che le autorità pubbliche associate esercitano sulla società affidataria può essere qualificato come analogo al controllo che esercitano sui propri servizi qualora esso venga esercitato congiuntamente dalle suddette autorità, non essendo indispensabile che ciascuna autorità pubblica detenga da sola un potere di controllo individuale sulla società in questione. Il giudice comunitario ha precisato, inoltre, che la condizione dell'esercizio del controllo analogo congiunto «è soddisfatta qualora ciascuna delle autorità stesse partecipi sia al capitale sia agli organi direttivi dell'entità suddetta»⁵¹.

Il discrimine per la sussistenza del controllo congiunto è dunque rappresentato dalla circostanza che ciascun ente detenga una quota di capitale e, allo stesso tempo, sia parte attiva negli organi di *governance* della società affidataria a cui partecipa insieme ad altri enti.

Tale aspetto è stato approfondito dalla giurisprudenza amministrativa, la quale ha ribadito che il controllo analogo congiunto può essere esercitato dagli enti associati, deliberando anche a maggioranza, ma a condizione che il controllo sia effettivo e che sia esercitato dagli enti partecipanti nella loro totalità, senza che necessiti una verifica della posizione di ogni singolo ente. Più specificamente, il Consiglio di Stato ha evidenziato la necessità di verificare che il consiglio di amministrazione del soggetto affidatario *in house* non abbia rilevanti poteri gestionali e che gli enti pubblici soci esercitino, pur se con moduli su base

⁴⁸ Corte di giustizia CE, 13 novembre 2008, causa C-324/07, *Coditel Brabant SA contro Commune d'Uccle e Région de Bruxelles-Capitale*, in *Racc.*, 2008, I-8457, §§ 46 ss.. Analoghe considerazioni sono svolte dalla Corte nella sentenza 10 settembre 2009, causa C-573/07, *Sea Srl contro Comune di Ponte Nossa*, cit., §§ 64 ss.

⁴⁹ Corte di giustizia CE, 13 novembre 2008, causa C-324/07, *Coditel Brabant SA contro Commune d'Uccle e Région de Bruxelles-Capitale*, cit., § 50.

⁵⁰ Corte di giustizia UE, 29 novembre 2012, cause riunite C-182/11 e C-183/11, *Econord SpA contro Comune di Cagno e altri*, in *Raccolta digitale*, ECLI:EU:C:2012:758.

⁵¹ *Ivi*, § 33.

statutaria, concreti ed effettivi poteri di ingerenza e di condizionamento, occorrendo a tal fine che le decisioni più importanti siano sottoposte al vaglio preventivo della totalità degli stessi⁵².

Il Consiglio di Stato ha affermato, peraltro, che una partecipazione “pulviscolare”, ossia estremamente minoritaria, sia in linea di principio inidonea a consentire ai singoli soggetti pubblici partecipanti di incidere effettivamente sulle decisioni strategiche della società, cioè di realizzare una reale interferenza sul conseguimento del c.d. fine pubblico di impresa in presenza di interessi potenzialmente contrastanti e tuttavia ha chiarito, al contempo, che i soci pubblici ben possono sopperire a detta debolezza stipulando patti parasociali (anche sotto forma di convenzione *ex art.* 30 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267) al fine di realizzare un coordinamento tra loro, in modo da assicurare il loro controllo sulle decisioni più rilevanti riguardanti la vita e l'attività della società partecipata⁵³.

5. La normativa preesistente al d.lgs. n. 50/2016 e l'affermarsi dell'*in house* come modello ordinario di affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica

Prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 50/2016, la disciplina dell'*in house providing* aveva trovato un importante punto di approdo normativo nell'art. 23-bis del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito con modificazioni dalla l. 6 agosto 2008, n. 133⁵⁴, che aveva individuato nel ricorso al mercato la regola generale di affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica⁵⁵, confinando la gestione *in house*

⁵² Cons. St., sez. VI, 3 aprile 2007, n. 1514; id., sez. V, 11 agosto 2010, n. 5620; 24 settembre 2010, n. 7092; 8 marzo 2011, n. 1447; 10 settembre 2014, n. 4599; sez. III, 24.10.2017, n. 4902.

⁵³ Cfr. Cons. St., sez. V, 23 gennaio 2019, n. 578, in www.giustizia-amministrativa.it. Il caso preso in esame dai giudici di Palazzo Spada riguardava una società partecipata con socio di maggioranza privato, a causa della estrema frammentazione delle quote detenute dai soci pubblici che, nel complesso, possedevano una parte di capitale di gran lunga superiore.

⁵⁴ Tra i numerosi commenti all'art. 23-bis del d.l. n. 112/2008 si segnalano: S. COLOMBARI, *La disciplina dei servizi pubblici locali: carattere integrativo e non riformatore dell'art. 23 bis del d.l. n.112/2008*, in www.giustamm.it, n. 10/2008; R. DE NICTOLIS, *La riforma dei servizi pubblici locali*, in *Urb. app.*, n. 10/2008, p. 1109 ss.; O. FORLENZA, *Affidamento in house limitato e motivato*, in *Guida dir.*, n. 37/2008, p. 103 ss.; G. GUZZO, *Le società costituite e partecipate dagli enti locali tra incertezze giurisprudenziali e codificazione legislativa*, in www.lexitalia.it, n. 8/2008; A. PURCARO, *Servizi pubblici locali: gli affidamenti in house providing dopo la conversione del decreto legge 112/2008. Brevi note all'art. 23-bis*, in www.lexitalia.it, n. 9/2008.

⁵⁵ L'art. 112 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali) definisce servizi pubblici locali quei servizi pubblici «che abbiano per oggetto produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali». Quel che rileva, ai fini della rilevanza pubblicistica del servizio, è la scelta politico-amministrativa dell'ente locale di assumere il servizio, al fine di soddisfare in modo continuativo obiettive esigenze della collettività, che non si realizzerebbero (o non si realizzerebbero egualmente) qualora la produzione dei servizi fosse lasciata al mercato. La genericità della definizione si spiega con la circostanza che gli enti locali sono enti a fini generali dotati di autonomia organizzativa, amministrativa e finanziaria (art. 3 del d.lgs. n. 267/2000), nel senso che essi hanno la facoltà di determinare da sé i propri scopi e, in particolare, di decidere quali attività di produzione di beni e servizi assumere come doverose (fatte salve quelle definite come servizi pubblici dal legislatore, la cui assunzione è vincolante per l'ente locale), purché genericamente rivolte a realizzare fini sociali ed a promuovere lo sviluppo economico e civile della comunità locale di riferimento (Cons. St., sez. V, 13 dicembre 2006, n. 7369, in *Foro amm. C.d.S.*, 2006, 3348).

Va osservato che l'assunzione del servizio e il provvedimento che ne affida la gestione tramite gara, si collocano nel campo della concorrenza “per il mercato”, in cui la sola competizione prevista non è di tipo concorrenziale, cioè “nel

in un ambito del tutto residuale. In particolare, i commi 3 e 4 dell'art. 23-bis (nel testo da ultimo modificato dalla l. 20 novembre 2009, n. 166, di conversione del d.l. 25 settembre 2009, n. 135) disponevano che l'affidamento potesse avvenire in favore di una società a capitale interamente pubblico, partecipata dall'ente locale, avente i requisiti richiesti dall'ordinamento comunitario per la gestione *in house*, soltanto in presenza di «*situazioni eccezionali che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace e utile ricorso al mercato*». Nei suddetti casi, la norma prevedeva che l'ente affidante dovesse dare adeguata pubblicità alla scelta di autoproduzione del servizio, motivandola in base ad un'analisi del mercato e, contestualmente, dovesse trasmettere una relazione contenente gli esiti della verifica all'Autorità garante della concorrenza e del mercato per l'espressione di un parere preventivo che, se non reso entro sessanta giorni dalla ricezione della relazione, si intendeva espresso in senso favorevole.

mercato”, ma tra operatori economici che si disputano l'affidamento dell'erogazione di servizi non liberalizzati (F. MERLONI, *L'assunzione/istituzione dei servizi pubblici (locali) tra ordinamento italiano e ordinamento comunitario*, in *Scritti in ricordo di Francesco Pugliese*, Napoli, 2010, p. 623 ss.). Comportando una deroga al generale principio di concorrenza, l'assunzione del servizio da parte dell'ente locale deve essere rigorosamente motivata, sotto il profilo della correlazione diretta con le esigenze della collettività, che il mercato non riuscirebbe a soddisfare.

Sulla nozione di servizio pubblico locale avente rilevanza economica e sui rapporti con la nozione comunitaria di servizio di interesse economico generale, la Corte costituzionale, con sentenza 17 novembre 2010, n. 325 (in *Giur. cost.*, n. 6/2010, 4501), ha affermato: «*In ambito comunitario non viene mai utilizzata l'espressione «servizio pubblico locale di rilevanza economica», ma solo quella di «servizio di interesse economico generale» (SIEG), rimvenibile, in particolare, negli artt. 14 e 106 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE). Detti articoli non fissano le condizioni di uso di tale ultima espressione, ma, in base alle interpretazioni elaborate al riguardo dalla giurisprudenza comunitaria (ex multis, Corte di giustizia UE, 18 giugno 1998, C-35/96, Commissione c. Italia) e dalla Commissione europea (in specie, nelle Comunicazioni in tema di servizi di interesse generale in Europa del 26 settembre 1996 e del 19 gennaio 2001; nonché nel Libro verde su tali servizi del 21 maggio 2003), emerge con chiarezza che la nozione comunitaria di SIEG, ove limitata all'ambito locale, e quella interna di SPL di rilevanza economica hanno «contenuto omologo», come riconosciuto da questa Corte con la sentenza n. 272 del 2004. Lo stesso denunciato comma 1 dell'art. 23-bis del decreto-legge n. 112 del 2008 – nel dichiarato intento di disciplinare i «servizi pubblici locali di rilevanza economica» per favorire la più ampia diffusione dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi di tutti «gli operatori economici interessati alla gestione di servizi pubblici di interesse generale in ambito locale» – conferma tale interpretazione, attribuendo espressamente ai SPL di rilevanza economica un significato corrispondente a quello di «servizi di interesse generale in ambito locale» di rilevanza economica, di evidente derivazione comunitaria.*

Con specifico riguardo all'aspetto definitorio, la Corte costituzionale ha evidenziato inoltre che «*entrambe le suddette nozioni, interna e comunitaria, fanno riferimento ... ad un servizio che: a) è reso mediante un'attività economica (in forma di impresa pubblica o privata), intesa in senso ampio, come «qualsiasi attività che consista nell'offrire beni o servizi su un determinato mercato» ...; b) fornisce prestazioni considerate necessarie (dirette, cioè, a realizzare anche «fini sociali») nei confronti di una indifferenziata generalità di cittadini, a prescindere dalle loro particolari condizioni (Corte di giustizia UE, 21 settembre 1999, C-67/96, Albany International BV). Le due nozioni, inoltre, assolvono l'identica funzione di identificare i servizi la cui gestione deve avvenire di regola, al fine di tutelare la concorrenza, mediante affidamento a terzi secondo procedure competitive ad evidenza pubblica.*

L'equivalenza con la nozione di servizio pubblico locale di rilevanza economica, individuata dal giudice costituzionale va riferita, più precisamente, ai servizi di interesse economico generale che non siano in grado di adempiere alla propria missione sulla base delle regole del mercato. Generalmente, invero, i servizi di interesse economico generale si collocano in un mercato concorrenziale regolato, come prevede l'art. 106, par. 2, TFUE, e sono stati efficacemente definiti come quei servizi «*che i pubblici poteri intendono promuovere in vista di condizioni di offerta informate ai principi di continuità, uguaglianza di trattamento, adattamento ai bisogni, secondo criteri di ragionevolezza e proporzionalità, rimesse alle valutazioni degli Stati membri, ma sempre sotto la vigilanza della Corte di Giustizia*» (R. VILLATA, *Pubblici servizi. Discussioni e problemi*, Milano, 2006, p. 33).

L'art. 23-bis del d.l. n. 112/2008 veniva abrogato per effetto del referendum del 12 e 13 giugno 2011, sulle cui conseguenze si era già espressa la Corte costituzionale la quale, in sede di esame preventivo sull'ammissibilità del quesito referendario⁵⁶, aveva osservato che all'abrogazione dell'art. 23-bis non sarebbe conseguita una reviviscenza della legislazione preesistente in materia di *in house providing*⁵⁷, bensì «l'applicazione immediata nell'ordinamento italiano della normativa comunitaria».

A seguito dell'abrogazione referendaria dell'art. 23-bis del d.l. n. 112/2008, l'*in house providing* assumeva pertanto la natura di modalità ordinaria di affidamento dei servizi pubblici locali, alternativa all'esternalizzazione mediante gara, soggetta ai soli requisiti individuati dalla Corte di giustizia UE a partire dalla sentenza *Teckal*.

Per evitare l'affermarsi di un siffatto modello di *in house*, che contraddiceva l'impostazione restrittiva che fino ad allora aveva ispirato la disciplina interna dell'istituto, il legislatore italiano, a soli due mesi di distanza dal referendum abrogativo del 12 e 13 giugno 2011, introduceva, con l'art. 4 del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito con modificazioni dalla l. 14 settembre 2011, n. 148, una nuova norma sull'affidamento dei servizi pubblici locali, che prevedeva l'ammissibilità degli affidamenti *in house* soltanto nei limiti di una ridotta soglia di valore, individuata inizialmente in 900.000 euro e poi ridotta a 200.000 euro⁵⁸, ripristinando di fatto, per tutti gli affidamenti di valore superiore, quanto previsto dall'abrogato art. 23-bis del d.l. n. 112/2008⁵⁹.

La Corte costituzionale, tuttavia, dichiarava l'illegittimità costituzionale della norma, osservando che l'art. 4 del d.l. n. 138/2011 rappresentava un ripristino della disciplina abrogata a seguito di referendum, in contrasto con l'art. 75 della Costituzione⁶⁰.

⁵⁶ Corte cost., 26 gennaio 2011, n. 24, in *Giur. cost.*, n. 1/2011, 247.

⁵⁷ La Consulta evidenziava, in proposito, che la reviviscenza delle norme abrogate dall'art. 23-bis del d.l. n. 112/2008 era stata «costantemente esclusa in simili ipotesi sia dalla giurisprudenza di questa Corte – sentenze n. 31 del 2000 e n. 40 del 1997 –, sia da quella della Corte di cassazione e del Consiglio di Stato».

⁵⁸ La soglia di 200.000 euro era stata introdotta dal d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, che modificava l'iniziale soglia di 900.000 euro prevista dall'art. 4, comma 13, del d.l. n. 138/2011.

⁵⁹ L'art. 4, comma 13, del d.l. n. 138/2011, convertito con modificazioni dalla l. n. 148/2011 (come modificato dal d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito con modificazioni dalla l. 24 marzo 2012, n. 27), disponeva testualmente: «In deroga a quanto previsto dai commi 8, 9, 10, 11 e 12 se il valore economico del servizio oggetto dell'affidamento è pari o inferiore alla somma complessiva di 200.000 euro annui, l'affidamento può avvenire a favore di società a capitale interamente pubblico che abbia i requisiti richiesti dall'ordinamento europeo per la gestione cosiddetta "in house". Al fine di garantire l'unitarietà del servizio oggetto dell'affidamento, è fatto divieto di procedere al frazionamento del medesimo servizio e del relativo affidamento».

⁶⁰ Corte Cost., 20 luglio 2012, n. 199, in *Giur. cost.*, n. 4/2012, 2877. Nella sentenza la Consulta evidenziava che l'art. 4 del d.l. n. 138/2011, introducendo una nuova disciplina della materia, «senza modificare né i principi ispiratori della complessiva disciplina normativa preesistente né i contenuti normativi essenziali dei singoli precetti» (sentenza n. 68 del 1978), risultava «in palese contrasto con l'intento perseguito mediante il referendum abrogativo». Tra i numerosi commenti alla sentenza si segnalano: F. MERLONI, *Una sentenza chiara sull'aggiramento del referendum, poco utile per il definitivo assetto della disciplina dei servizi pubblici locali*, in *Le Regioni*, n. 1/2013, p. 211 ss.; G. COCIMANO, *L'illegittimità costituzionale dei limiti all'in house nei servizi pubblici locali*, in *Urb. app.*, n. 11/2012, p. 1141 ss.; A. LUCARELLI, *La sentenza della Corte costituzionale n. 199/2012 e la questione dell'inapplicabilità del patto di stabilità interno alle s.p.a. in house e alle aziende speciali*, in *www.federalismi.it*, n. 18/2012.

La disciplina dell'*in house* ritornava, pertanto, come in una sorta di *déjà-vu* normativo, al momento immediatamente successivo al referendum abrogativo dell'art. 23-bis del d.l. n. 112/2008, la cui finalità (lasciare maggiore scelta agli enti locali sulle forme di gestione dei servizi pubblici locali, anche mediante internalizzazione e ricorso all'*in house*) induceva a concludere che fosse venuta meno l'eccezionalità del modello *in house* di gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica e che dovesse trovare applicazione la sola disciplina comunitaria sui presupposti e le condizioni per l'utilizzo dell'*in house*, fondata sull'elaborazione giurisprudenziale della Corte di giustizia UE⁶¹.

Occorreva, a questo punto, interrogarsi sui criteri che avrebbero dovuto orientare la scelta della pubblica amministrazione tra gestione *in house* e affidamento a terzi tramite gara che, in assenza di specifiche norme, andavano evidentemente ricercati nei principi generali che regolano il corretto esercizio della discrezionalità amministrativa, da interpretarsi come altrettanti limiti alla scelta dell'affidamento *in house*. A tale riguardo autorevole giurisprudenza⁶² affermava che la scelta dell'ente locale tra modello *in house* e ricorso al mercato avrebbe dovuto basarsi «sui consueti parametri di esercizio delle scelte discrezionali», vale a dire: valutazione comparativa di tutti gli interessi pubblici e privati coinvolti; individuazione del modello più efficiente ed economico; adeguata istruttoria e motivazione.

Dalla natura discrezionale della scelta relativa alla modalità di gestione del servizio, il giudice amministrativo faceva discendere altresì la sindacabilità della stessa per carenza istruttoria e motivazione, travisamento dei fatti, palese illogicità o irrazionalità⁶³, evidenziando, al contempo, che tali vizi non avrebbero potuto riscontrarsi laddove la motivazione del provvedimento di affidamento *in house* fosse stata «completa, ragionevole, e frutto di una valutazione comparativa degli interessi in gioco» e avesse dato conto dei vantaggi della scelta di tale forma di affidamento, sotto il profilo del mancato perseguimento, da parte della società *in house*, di scopi di lucro e della gestione economicamente più conveniente da essa consentita, eventualmente anche per l'utenza in termini tariffari.

La necessità di un onere motivazionale a carico dell'amministrazione che decideva di procedere all'affidamento *in house* era, in sintesi, inquadrata come espressione del generale principio di buon

⁶¹ Cfr. Cons. St., sez. VI, 11 febbraio 2013, n. 762, in *Giurisprudenza amministrativa*, n. 1/2013, 171. Sull'argomento v. G. GUZZO, *L'assetto della disciplina SPL di rilevanza economica all'indomani del risultato del referendum abrogativo del 12 e 13 giugno 2011: riflessioni minime*, in www.dirittodeiservizipubblici.it, 15 giugno 2011; P. SABBIONI, *Il ripristino della disciplina abrogata con referendum: il caso dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, www.forumcostituzionale.it, 18 ottobre 2011; S. STAIANO, *I servizi pubblici locali nel decreto-legge n. 138 del 2011. Esigenze di stabile regolazione e conflitto ideologico immaginario*, in www.federalismi.it, n. 16/2011.

⁶² Cons. St., sez. VI, 11 febbraio 2013, n. 762, cit.

⁶³ Tali considerazioni venivano riproposte nella sentenza della sez. V, 22 gennaio 2015, n. 257 (in *Foro amm. C.d.S.*, 2015, 76), in cui il Consiglio di Stato, oltre a ribadire la natura ordinaria e non eccezionale dell'affidamento *in house*, ricorrendone i presupposti, rilevava come la relativa decisione dell'amministrazione, ove motivata, sfuggisse al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, salva l'ipotesi di macroscopico travisamento dei fatti o di illogicità manifesta.

andamento dell'azione amministrativa e non contrastava con il carattere ordinario della scelta di autoproduzione del servizio operata dall'amministrazione.

A mettere in discussione la natura ordinaria dell'affidamento *in house* è intervenuto, successivamente, l'art. 34, comma 20, del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito con modificazioni dalla l. 17 dicembre 2012, n. 221, con cui il legislatore, in relazione all'affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, ha previsto che l'amministrazione, quale che sia la forma di gestione prescelta, debba dare conto, in un'apposita relazione, delle ragioni che l'hanno determinata, al fine di assicurare, tra l'altro, la parità tra gli operatori, l'economicità della gestione e l'adeguata informazione alla collettività di riferimento⁶⁴.

6. La tradizionale neutralità dell'ordinamento comunitario in relazione alla scelta degli Stati membri tra esternalizzazione ed autoproduzione dei servizi

Il vuoto normativo conseguente al referendum abrogativo dell'art. 23-bis del d.l. n. 112/2008 e alla successiva declaratoria di incostituzionalità dell'art. 4 del d.l. n. 138/2011, colmato dall'interpretazione dell'*in house providing* fornita dalla Corte di giustizia UE e dalla giurisprudenza nazionale, ha cominciato a venir meno con l'entrata in vigore delle direttive dell'Unione europea nn. 23, 24 e 25 del 2014 che hanno introdotto, per la prima volta, nell'ordinamento comunitario, una disciplina positiva dell'istituto, con disposizioni di compiutezza tale da far ritenere che di esse non potesse non tenersi conto o che dovessero considerarsi addirittura "self-executing", avendo «*contenuto incondizionato e preciso*» (così Cass., sez. un., 25 febbraio 2014, n. 13676)⁶⁵.

Con riferimento ai presupposti per il ricorso all'*in house*, il legislatore comunitario del 2014 sembrerebbe riconoscere autonomia organizzativa agli Stati membri. Nel considerando 5 della direttiva 2014/24/UE afferma infatti 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*».

Tale precisazione è coerente con i principi affermati dal Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), che non impone alle pubbliche amministrazioni di rivolgersi esclusivamente al mercato per l'acquisizione di beni e servizi, ma anzi individua specifiche deroghe a tale regola generale nel disposto

⁶⁴ L'onere motivazionale richiesto dall'art. 34, comma 20, del d.l. n. 179/2012 è stato interpretato dalla Corte costituzionale (sentenza 27 maggio 2020, n. 100, in www.cortecostituzionale.it) come un radicale restringimento dell'ambito di applicazione dell'*in house providing*. Secondo la Consulta, invero, detto onere «*non può che essere letto come necessità di rendere palesi (anche) i motivi che hanno indotto l'amministrazione a ricorrere all'in house invece di rivolgersi al mercato*», ritenendo così la norma anticipatoria delle previsioni dell'art. 192, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016 (v. *infra*, par. 9).

⁶⁵ Cfr. Cons. St., sez. II, 30 gennaio 2015, n. 298, in *Giur. it.*, 2015, 1976, che riferisce, in particolare, il carattere *self-executing* della direttiva 2014/24/UE al requisito dell'attività prevalente di cui all'art. 12, preso in esame in quanto pertinente all'oggetto del quesito sottoposto al giudice amministrativo.

dell'art. 51 - relativo al diritto di stabilimento e applicabile anche al settore dei servizi in virtù del richiamo operato dal successivo art. 62 - che esclude il ricorso alle procedure ad evidenza pubblica per le “attività” che nello Stato membro «partecipino, sia pure occasionalmente, all'esercizio dei pubblici poteri», nonché nella previsione dell'art. 106, che sottrae le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale alle regole di concorrenza qualora l'applicazione delle stesse ostacoli l'adempimento della specifica missione loro affidata.

Non esistendo dunque alcun obbligo di esternalizzazione imposto alla pubblica amministrazione dal legislatore comunitario, i soli limiti alla scelta tra ricorso al mercato ed autoproduzione sarebbero quelli individuati dal diritto interno⁶⁶.

La posizione di neutralità dell'Unione europea rispetto alla scelta degli Stati membri tra autoproduzione ed esternalizzazione dei servizi trova riscontro, peraltro, nel costante orientamento espresso in sede pretoria.

Al riguardo risultano significative le considerazioni svolte, nelle conclusioni della causa *Parking Brixen*⁶⁷, dall'Avvocato Generale J. Kolkott, il quale osserva che se si applicasse la disciplina in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici anche ai negozi giuridici tra amministrazioni aggiudicatrici e loro società controllate al 100%, aventi i requisiti dell'*in house*, al relativo ente resterebbe soltanto l'alternativa tra la privatizzazione dei suoi servizi e l'esecuzione diretta di essi per mezzo dei propri servizi amministrativi oppure di aziende autonome, integrate nella gerarchia amministrativa e prive di significativa autonomia. Tuttavia – osserva l'Avvocato Generale - un intervento così incisivo sulla «supremazia organizzativa degli Stati membri» e segnatamente sull'autogoverno di tanti Comuni, non è richiesto dal diritto comunitario, neppure alla luce della funzione di apertura dei mercati svolta dalla disciplina sugli appalti. Difatti, conclude l'Avvocato Kolkott, «lo scopo della normativa sugli appalti è di garantire una scelta trasparente ed imparziale dei contraenti ogniquale volta la pubblica amministrazione decida di svolgere i propri compiti con la collaborazione di terzi. Non rientra invece nella ratio della disciplina sugli appalti la realizzazione di una privatizzazione «di strarfor» anche di quei servizi pubblici che la pubblica amministrazione voglia continuare a fornire con mezzi propri»⁶⁸.

In sintesi, secondo la prospettazione dell'Avvocato Generale, la scelta tra autoproduzione del servizio attraverso la gestione *in house* ed esternalizzazione dello stesso all'esito di una procedura selettiva rispettosa dei principi di trasparenza e non discriminazione rientra nel potere di organizzazione della pubblica amministrazione che l'ordinamento comunitario riconosce essere prerogativa degli Stati membri.

⁶⁶ D. CASALINI, *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house*, Napoli, 2003, p. 281 ss.

⁶⁷ Corte di giustizia CE, 13 ottobre 2005, C-458/03, *Parking Brixen contro Gemeinde Brixen e Stadtwerke Brixen*, cit.

⁶⁸ Conclusioni dell'Avvocato Generale J. Kolkott, presentate il 1° marzo 2005 nella causa Corte di giustizia CE, 13 ottobre 2005, C-458/03, *Parking Brixen contro Gemeinde Brixen e Stadtwerke Brixen*, cit., §§ 70-71.

Ad analoghe conclusioni è pervenuta la giurisprudenza costituzionale, la quale ha riconosciuto l'autonomia normativa del legislatore nazionale in materia di disciplina dei presupposti per l'affidamento *in house*, nel rispetto dei caratteri costitutivi dell'istituto individuati dalla giurisprudenza comunitaria. In particolare, la Corte costituzionale ha affermato che il legislatore nazionale può introdurre limitazioni all'affidamento diretto più estese di quelle comunitarie per restringere ulteriormente le eccezioni alla regola della gara ad evidenza pubblica, rispetto alle quali il diritto dell'UE ha solo previsto un minimo inderogabile⁶⁹. La Consulta ha altresì evidenziato che una legislazione statale restrittiva in materia di *in house providing* non può considerarsi lesiva dell'autonomia organizzativa degli enti locali e delle norme della Carta europea dell'autonomia locale che la tutelano⁷⁰ (a cui aveva fatto cenno anche l'Avvocato Generale J. Kolkott nelle conclusioni della causa *Parking Brixen*⁷¹), poiché la stessa Carta, all'art. 4, comma 1, afferma, con previsione di carattere generale, che «*le competenze di base delle collettività locali sono stabilite dalla Costituzione o dalla legge*», con ciò rinviando agli Stati membri la definizione del quadro normativo in materia.

Tale interpretazione è, d'altra parte, coerente con l'orientamento espresso dalla Corte di giustizia UE. Fin dalle prime sentenze sull'*in house providing*, la Corte ha infatti affermato che le previsioni in materia di evidenza pubblica rappresentano l'architrave della normativa comunitaria in quanto diretta attuazione dei principi di libera concorrenza e non discriminazione sanciti dal Trattato, facendo discendere da ciò che

⁶⁹ Corte cost., 17 novembre 2010, n. 325, cit. Tra i commenti alla sentenza v. C.M. AIELLO, *La Consulta "salva" la riforma dei servizi pubblici locali dalle censure regionali (ma ammette il referendum abrogativo)*, in *Corr. giur.*, n. 6/2011, p. 781 ss.; L. CUOCOLO, *La Corte costituzionale "salva" la disciplina statale sui servizi pubblici locali*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 5/2011, p. 484 ss.; A. LUCARELLI, *La Corte costituzionale dinanzi al magma dei servizi pubblici locali: linee fondative per un diritto pubblico dell'economia*, in *Giur. cost.*, 6/2010, p. 4645 ss.; S. MUSOLINO, *La riforma dei servizi pubblici locali è costituzionalmente legittima e compatibile con l'ordinamento comunitario*, in *Urb. app.*, n. 1/2011, p. 48 ss.

⁷⁰ La questione dedotta in giudizio atteneva, in particolare, alla violazione dell'art. 117, comma 1, Cost. da parte dell'art. 23-bis, commi 2, 3 e 4, del d.l. n. 112/2008, in ragione del presunto contrasto con i seguenti articoli della Carta europea dell'autonomia locale, sottoscritta in seno al Consiglio d'Europa il 15 ottobre 1985 e recepita in Italia con l. 30 dicembre 1989, n. 439: a) art. 3, comma 1, secondo cui, «*per autonomia locale, s'intende il diritto e la capacità effettiva, per le collettività locali, di regolamentare ed amministrare nell'ambito della legge, sotto la loro responsabilità, e a favore delle popolazioni, una parte importante di affari pubblici*»; b) art. 4, comma 2, ai sensi del quale «*le collettività locali hanno, nell'ambito della legge, ogni più ampia facoltà di prendere iniziative proprie per qualsiasi questione che non esuli dalla loro competenza o sia assegnata ad un'altra autorità*»; c) art. 4, comma 4, secondo cui «*le competenze affidate alle collettività locali devono di regola essere complete ed integrali*» e «*possono essere messe in causa o limitate da un'altra autorità, centrale o regionale, solamente nell'ambito della legge*». La violazione della convenzione internazionale veniva ricondotta alla lesione dell'autonomia dell'ente pubblico, conseguente all'introduzione di vincoli e specifici aggravii procedurali in ordine alla scelta, da parte degli enti pubblici, di assumere essi stessi la gestione diretta del servizio idrico integrato, che rientrava nel novero delle funzioni fondamentali dei Comuni.

⁷¹ Al § 71 delle proprie conclusioni, l'Avvocato Generale Kolkott afferma che l'applicazione della disciplina in materia di aggiudicazione di pubblici appalti anche a negozi giuridici tra amministrazioni aggiudicatrici e loro società *in house* determinerebbe un *vulnus* alla supremazia organizzativa degli Stati membri e segnatamente all'autogoverno di tanti Comuni, di cui individua il fondamento giuridico nella «*Carta europea dell'autonomia locale del 15 ottobre 1985, ratificata dalla maggior parte degli Stati membri del Consiglio d'Europa (STCE, n. 122), che all'art. 6, n. 1, stabilisce che le collettività locali debbono "poter definire esse stesse le strutture amministrative interne di cui intendono dotarsi, per adeguarle alle loro esigenze specifiche in modo tale da consentire un'amministrazione efficace"*».

l'affidamento *in house* vada inquadrato come “ipotesi eccezionale”, trattandosi di fattispecie estranea al campo di applicazione delle regole in materia di concorrenza⁷².

La possibilità del ricorso all'*in house* è stata quindi intesa dalla Corte di giustizia nel senso che non si pone un problema di tutela della concorrenza fra operatori economici laddove il servizio venga svolto direttamente dall'amministrazione, ovvero in forza di un rapporto di delegazione interorganica tra questa e il soggetto affidatario. Detto ancora altrimenti, laddove l'amministrazione autoproduca i beni o servizi di cui necessita non si pone un problema di tutela della concorrenza tra operatori economici, per la semplice ragione che il bene o servizio non è richiesto al mercato.

Tuttavia, per evitare che la scelta dell'autoproduzione potesse tradursi in un'elusione della normativa comunitaria in materia di affidamento degli appalti pubblici, la Corte di giustizia, attraverso una copiosa elaborazione giurisprudenziale⁷³, ha individuato i presupposti affinché l'affidamento possa considerarsi interno all'amministrazione, specificando quale particolare legame debba sussistere tra amministrazione ed ente affidatario affinché si configuri l'istituto dell'*in house providing*.

La non esaustività della iniziale definizione giurisprudenziale di *in house*, fornita dalla Corte con la sentenza *Teckal*⁷⁴, aveva infatti determinato, nella prassi, un abuso nell'utilizzo dell'istituto, spingendo il giudice comunitario a dettare rigorosi canoni ermeneutici in materia, con l'obiettivo di arginare la deroga alle regole comunitarie pro-concorrenziali.

⁷² In dottrina è stato osservato, in proposito, che: «L'*in house providing* (...) non è, né può essere inteso come un modello organizzativo coniato dal diritto UE con riferimento alle modalità di erogazione dei servizi pubblici (locali). Si tratta, molto più banalmente, di uno strumento che consente l'eccezione alle procedure ad evidenza pubblica normalmente richieste dal diritto UE per l'affidamento di commesse pubbliche. Esso nasce, infatti, nella giurisprudenza della Corte di Giustizia UE con la precipua finalità di 'salvare' modelli organizzativi nazionali che presentano indubbi aspetti di criticità ed in ossequio al principio di c.d. autonomia organizzativa degli Stati membri» (D.U. GALETTA - G. CARULLO, *Gestione dei servizi pubblici locali e modello dell'in house providing: novità, auspici e scenari futuri in una prospettiva di de-frammentazione del sistema*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, n. 1/2016, p. 2). Si veda, tuttavia, in senso contrario, R. CAVALLO PERIN, il quale definisce “creazione comunitaria” l'*in house providing*, intendendolo come «elaborazione sull'organizzazione pubblica che marca il superamento della personalità giuridica in presenza di una particolare posizione di controllo e di destinazione dell'attività» (R. CAVALLO PERIN, *Il modulo “derogatorio”: in autoproduzione o in house providing*, in H. BONURA - M. CASSANO (a cura di), *L'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica*, Torino, 2011, pp. 132-133).

⁷³ Per una rassegna della giurisprudenza, comunitaria e nazionale, in materia di *in house providing* v. D.U. GALETTA, *Forme di gestione dei servizi pubblici locali ed in house providing nella recente giurisprudenza comunitaria e nazionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, n. 1/2007, p. 17 ss.; S. MONZANI, *Controllo “analogo” e governance societaria nell'affidamento diretto dei servizi pubblici locali*, cit.; G. STANCARELLI, I. MOSCARDI, R. DE NICTOLIS, *Gli affidamenti in house*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, 2008, p. 307 ss.; L. M. CARUSO, *L'in house providing nell'evoluzione giurisprudenziale, comunitaria e nazionale*, in *Giur. merito*, 2009, p. 1388 ss.; R. OCCHILUPO, *Le società in house*, in *Giur. comm.*, n. 2/2008, p. 525 ss.; G. URBANO, *L'evoluzione giurisprudenziale dell'istituto in house providing tra tutela della concorrenza e autorganizzazione amministrativa*, in www.amministrazioneincammino.luiss.it, 4 maggio 2012; C. VOLPE, *L'affidamento in house di servizi pubblici locali e strumentali: origine ed evoluzione più recente dell'istituto alla luce della normativa e della giurisprudenza europea e nazionale*, in www.giustamm.it, n. 3/2014.

⁷⁴ Corte di giustizia CE, 18 novembre 1999, causa C-107/98, *Teckal Srl contro Comune di Viano e AGAC di Reggio Emilia*, cit., § 50 (v. *supra* par. 1).

È stato inoltre affermato che i requisiti dell'*in house*, costituendo un'eccezione alle regole generali del diritto comunitario, devono essere interpretati restrittivamente, e l'onere di dimostrare l'effettiva sussistenza delle circostanze eccezionali che giustificano la deroga a tali regole grava su colui che intenda avvalersene⁷⁵.

Dalla ricostruzione svolta pare potersi concludere che l'*in house*, fin dalla sua iniziale interpretazione giurisprudenziale, è stato preso in considerazione dall'ordinamento comunitario al fine di individuare un'area di esclusione dall'applicazione dei principi di libera concorrenza e non discriminazione tra operatori economici i quali, rappresentando altrettanti pilastri del mercato interno dell'Unione europea, godono di tutela diretta da parte del diritto dell'UE⁷⁶.

Una volta definite, in sede giurisprudenziale, le caratteristiche di tale area di esclusione, l'ordinamento comunitario sembrerebbe aver lasciato però agli Stati membri la libertà di disciplinare i presupposti per il ricorso all'*in house providing*, non precludendo una restrizione del suo ambito applicativo da parte di norme interne dirette a favorire l'affidamento tramite gara⁷⁷.

⁷⁵ In questi termini v. Corte di giustizia CE, 11 gennaio 2005, causa C-26/03, *Stadt Halle e RPL Lochau contro Trea Leuna*, cit., § 46; 13 ottobre 2005, causa C-458/03, *Parking Brixen contro Gemeinde Brixen e Stadtwerke Brixen*, cit., § 63; 6 aprile 2006, causa C-410/04, *ANAV contro Comune di Bari e AMTAB Servizio SpA*, in *Racc.*, I-3303, § 26. Analoghe considerazioni erano state svolte dalla Corte, con riferimento al ricorso alla procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara, nella sentenza 10 aprile 2003, cause riunite C-20/01 e C-28-01, *Commissione contro Repubblica Federale di Germania*, in *Racc.*, I-3909.

⁷⁶ Un primo riferimento normativo a tale "area di esclusione" è rinvenibile nelle previsioni dell'art. 6 della direttiva 92/50/CE, in materia di appalti di servizi, che riconosceva una deroga all'applicazione delle procedure ad evidenza pubblica per gli «appalti pubblici di servizi aggiudicati ad un ente che sia esso stesso un'amministrazione...in base ad un diritto esclusivo di cui beneficia in virtù delle disposizioni legislative regolamentari o amministrative pubblicate, purché tali disposizioni siano compatibili con il Trattato».

⁷⁷ In senso contrario si veda, tuttavia, in dottrina, R. CAVALLO PERIN, *Il modulo "derogatorio": in autoproduzione o in house providing*, cit., pp. 132-133, il quale, con riferimento alle previsioni dell'art. 23-bis del d.l. n. 112/2008, osserva che la preferenza del legislatore italiano per un approvvigionamento nel mercato dei produttori di beni e servizi sarebbe di difficile armonizzazione con la disciplina comunitaria sulla concorrenza, rispetto alla quale il legislatore nazionale – ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett. e), Cost. - è legittimato ad adottare esclusivamente norme d'attuazione e salvaguardia dell'indirizzo politico comunitario. In particolare, l'autore individua il fondamento giuridico dell'incompatibilità con l'ordinamento comunitario dei limiti imposti dagli Stati membri all'*in house providing* nell'impossibilità, per il legislatore nazionale, di limitare la discrezionalità dell'amministrazione pubblica affidante escludendo una delle forme giuridiche di scelta del contraente ammesse dalla disciplina europea sulla concorrenza. A fondamento dell'assunto è richiamato l'indirizzo espresso nella sentenza Corte di giustizia CE, 10 dicembre 2009, causa C-299/08, *Commissione europea contro Repubblica francese*, in *Racc.*, 2009, I-11587. In tale pronuncia la Corte ha negato la discrezionalità degli Stati membri di adottare procedure di aggiudicazione degli appalti diverse da quelle elencate, in maniera tassativa, dall'art. 28 della direttiva 2004/18/UE (all'epoca vigente) - ovvero le procedure aperte e ristrette, il dialogo competitivo e la procedura negoziata - senza fare, tuttavia, riferimento al potere discrezionale degli Stati di limitare le modalità di affidamento dei contratti pubblici diverse dal ricorso al mercato, nel cui ambito rientra l'*in house*, che è rimasto estraneo anche al *thema decidendum* dell'altra sentenza citata dall'autore, ovvero Corte di giustizia CE, 9 giugno 2009, causa C-480/06, *Commissione delle Comunità europee contro Repubblica federale di Germania*, in *Racc.*, 2009, I-4747 (su cui v. *infra*, nota n. 107).

7. L'art. 192 del d.lgs. n. 50/2016 e i dubbi di compatibilità con l'ordinamento comunitario delle nuove condizioni imposte all'affidamento *in house*

Il vuoto legislativo in materia di *in house providing*, conseguente all'abrogazione referendaria dell'art. 23-bis del d.l. n. 112/2008 e alla successiva declaratoria di incostituzionalità dell'art. 4 del d.l. n. 138/2011, è stato definitivamente superato con il d.lgs. n. 50/2016, che ha introdotto, all'art. 5, una disciplina dettagliata dell'istituto, in linea con le direttive comunitarie del 2014⁷⁸, prevedendo, al contempo, all'art. 192, comma 2, uno stringente onere motivazionale, non contemplato dall'ordinamento comunitario, per l'affidamento *in house* dei servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza⁷⁹, che ha comportato, per tali servizi, un sensibile restringimento del campo di applicazione dell'istituto⁸⁰.

⁷⁸ V. *supra*, par. 1-4.

⁷⁹ La locuzione «*servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza*» sembrerebbe includere tutti i servizi suscettibili di valutazione economica, che possano essere erogati in regime di mercato concorrenziale. Parrebbero dunque esclusi dal novero della stessa solo i servizi che non trovano, sul mercato, operatori economici disponibili ad erogarli, a causa della loro antieconomicità, e i servizi oggetto di un diritto esclusivo da parte di un soggetto terzo e quindi sottratti, per tale intrinseca ragione, al mercato concorrenziale. Il tenore letterale dell'art. 192, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016 induce a ritenere che la sua portata applicativa non sia limitata ai servizi strumentali ma si estenda anche ai servizi di interesse economico generale. Nell'ultimo periodo la norma utilizza infatti un'espressione riferibile a tali servizi, laddove impone all'amministrazione che intenda ricorrere all'affidamento *in house* di indicare i benefici per la collettività di tale forma di gestione, «*anche con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio*». Questo assunto sembra pacifico nell'interpretazione della giurisprudenza amministrativa, che considera applicabili ai servizi pubblici locali di rilevanza economica tanto le previsioni dell'art. 34, comma 20, del d.l. n. 179/2012, che ad essi fa espresso riferimento, quanto quelle dell'art. 192, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016, affermando che nel caso in cui si opti per l'affidamento diretto *in house*, la relazione *ex art.* 34, comma 20, del d.l. n. 179/2012 sulle modalità di affidamento del servizio, non debba limitarsi a valutare la convenienza economica dell'affidamento, ma debba dar conto anche delle ragioni del mancato ricorso al mercato, in applicazione dell'onere motivazionale rafforzato imposto dall'art. 192, comma 2, del Codice dei contratti pubblici (cfr. Cons. St., sez. V, 8 aprile 2019, n. 2275; TAR Liguria, sez. II, 2 ottobre 2020, n. 680, in www.giustizia-amministrativa.it). Una diversa interpretazione è stata prospettata in dottrina da H. BONURA – M. VILLANI, *Ancora sull'eccezionalità del ricorso all'in house: una possibile rilettura alla luce della giurisprudenza più recente*, in *Riv. Corte Conti*, n. 3/2020, p. 21 ss., i quali riferiscono gli stringenti obblighi motivazionali previsti dall'art. 192, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016 ai soli servizi diversi da quelli di interesse generale, ovvero ai casi in cui l'intervento pubblico, volto all'autoproduzione del servizio, si manifesti in un settore normalmente concorrenziale. In presenza invece di un mercato attualmente o potenzialmente concorrenziale, ma per il quale la pubblica amministrazione sia legittimata ed intenda attribuire un diritto esclusivo, l'*in house* recupererebbe la dimensione di scelta organizzativa equiordinata all'indizione di una procedura di evidenza pubblica per la selezione dell'operatore privato destinatario del diritto esclusivo. La motivazione rafforzata prescritta dall'art. 192, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016 sarebbe dunque richiesta soltanto nel caso in cui a essere inciso sia un mercato basato su prestazioni normalmente non oggetto di intervento pubblico, perché rese in ambito "libero" e non assoggettabile a un diverso regime. Tale interpretazione - osservano Bonura e Villani - oltre a «*fornire una risposta equilibrata all'istanza di tutela della libertà organizzativa delle pubbliche amministrazioni (come da ultimo propugnata dal giudice amministrativo)*» (il riferimento è alla questione pregiudiziale sollevata dal Consiglio di Stato con ordinanza sez. V, 7 gennaio 2019, n. 138, giudicata infondata dalla Corte di giustizia UE, v. *infra*, par. 8) condurrebbe «*a un quadro normativo armonico per cui: (i) per l'acquisizione di beni e servizi "strumentali", gli oneri motivazionali sarebbero quelli stringenti dell'art. 192, c. 2, del codice dei contratti pubblici (a sua volta, da considerarsi implicitamente integrativo dell'art. 4, c. 7, d.l. n. 95/2012); (ii) per i servizi d'interesse generale di ambito locale, invece, quelli già oggi previsti dall'art. 34, c. 20, d.l. n. 179/2012*» (*op. cit.*, p. 25).

⁸⁰ E' stato osservato che la disciplina introdotta dall'art. 192 del d.lgs. n. 50/2016 «*conferma la tendenziale linea restrittiva in materia di in house providing, che ha caratterizzato la normativa nazionale nel corso degli ultimi dieci anni, sulla scia delle critiche per cui il ricorso all'autoproduzione avrebbe l'effetto di pregiudicare la concorrenza, sottraendo ad essa importanti settori di mercato*» (G.F. FERRARI, *Commento all'art. 192*, in G.F. FERRARI – G. MORBIDELLI (a cura di), *Codice dei contratti pubblici. Il D.L. n. 18 aprile 2016, n. 50 commentato articolo per articolo*, Piacenza, 2017, p. 979).

L'art. 192 del Codice, al comma 1, subordina la legittimità degli affidamenti *in house* al rispetto di specifici oneri procedurali (che si traducono in una forma di controllo amministrativo), prevedendo l'istituzione, presso l'ANAC, di un elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società *in house* e precisando che la domanda di iscrizione nell'elenco consente a tali soggetti giuridici di effettuare affidamenti diretti all'ente strumentale, sotto la propria responsabilità. L'iscrizione nell'elenco - prosegue la norma - avviene a domanda, dopo che sia stata riscontrata l'esistenza dei requisiti previsti dall'art. 5 del Codice, secondo le modalità e i criteri definiti dall'ANAC con proprio atto⁸¹.

Di particolare interesse, per le sue implicazioni sul piano della compatibilità con l'ordinamento comunitario, è però la previsione del successivo comma 2, ai sensi del quale, 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 della 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, oltre che di ottimale impiego delle risorse pubbliche. Conseguentemente, ai fini dell'affidamento *in house*, occorre una preventiva valutazione della congruità economica dell'offerta, che implica una comparazione tra il corrispettivo della prestazione del servizio richiesto dal soggetto *in house* e il corrispettivo richiesto dagli operatori economici presenti sul mercato (il che presuppone, evidentemente, l'effettuazione di un'indagine di mercato, anche attraverso l'acquisizione di due o più preventivi⁸²).

⁸¹ In attuazione della norma, l'ANAC ha approvato le Linee guida n. 7, aventi ad oggetto «Linee Guida per l'iscrizione nell'Elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società *in house* previsto dall'art. 192 del d.lgs. 50/2016». L'atto è stato adottato con delibera del Consiglio dell'Autorità n. 235 del 15 febbraio 2017 e successivamente aggiornato al d.lgs. n. 56/2017 con deliberazione n. 951 del 20 settembre 2017 (v. anche nota n. 14).

⁸² La giurisprudenza amministrativa ha fornito specifiche indicazioni in materia di valutazione della congruità economica dell'offerta del soggetto *in house*, evidenziando la necessità che l'analisi si fondi sul caso concreto e tenga conto di dati comparabili, desumibili anche dai costi medi praticati da altri operatori privati o società pubbliche (Cons. St., sez. V, 16 novembre 2018, n. 6456, in www.giustizia-amministrativa.it). A tale riguardo è stato affermato che non è sufficiente ad assicurare la congruità economica dell'offerta e l'ottimale impiego delle risorse pubbliche una comparazione di prezzi non derivante da un'indagine di mercato attuale e riferita a settori simili, ma esclusivamente basata su parametri riferiti a procedure competitive svolte da altre amministrazioni o da centrali di committenza risalenti nel tempo e aventi ad oggetto servizi diversi (Corte dei conti, sez. centrale di controllo di legittimità sugli atti del Governo e delle Amministrazioni dello Stato, deliberazione n. SCCLEG/9/2020/PREV del 23 novembre 2020, in www.corteconti.it). La comparazione dei costi desumibili dal mercato non può peraltro risolversi nel richiamo ai prezzi di listino praticati all'amministrazione e ad altre stazioni appaltanti per affidamenti analoghi (Corte dei conti, sez. riunite in sede di controllo, deliberazione n. 5/SSRRCO/AUD/19 del 9 aprile 2019, di approvazione del documento per l'audizione nell'ambito dell'Attività conoscitiva sull'applicazione del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, in www.corteconti.it).

Dopo aver accertato la congruità economica dell'offerta, l'amministrazione non potrà tuttavia procedere all'affidamento *in house*, dovendo, a tal fine, specificare le ragioni del mancato ricorso al mercato e i benefici per la collettività conseguenti alla scelta di autoprodurre il servizio.

Tale aspetto è stato approfondito dalla giurisprudenza amministrativa, la quale ha chiarito che la scelta dell'affidamento *in house* impone un onere motivazionale rafforzato e più incisivo circa l'impraticabilità di scelte alternative, da compiersi mediante un'analisi effettuata in concreto, caso per caso⁸³, che deve basarsi su dati comparabili⁸⁴.

Alla peculiarità della motivazione richiesta aveva già fatto riferimento, d'altra parte, la Commissione speciale del Consiglio di Stato, nel parere reso sullo schema di decreto legislativo recante "Codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione"⁸⁵, che ha sintetizzato la portata innovativa dell'art. 192 del d.lgs. n. 50/2016 con la considerazione che la norma ha introdotto «un onere motivazionale rafforzato, che consente un penetrante controllo della scelta effettuata dall'Amministrazione, anzitutto sul piano dell'efficienza amministrativa e del razionale impiego delle risorse pubbliche»⁸⁶.

Tale onere motivazionale – come si è visto - si compendia nella necessità, per la stazione appaltante, di dimostrare l'inadeguatezza delle soluzioni presenti sul mercato ad assicurare gli obiettivi di qualità, efficienza, economicità, universalità e socialità del servizio e di razionale impiego delle risorse pubbliche e comporta, pertanto, una notevole limitazione dell'ambito di applicazione dell'*in house*, che viene

⁸³ Cons. St., sez. V, 8 aprile 2019, n. 2275, cit. Nella sentenza i giudici di Palazzo Spada partono dall'assunto secondo cui, quale che sia il modello di gestione dei servizi pubblici locali, l'amministrazione è chiamata ad effettuare una scelta per l'individuazione della migliore modalità di gestione esercitando poteri discrezionali al fine di tutelare l'interesse generale al perseguimento degli «obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e qualità del servizio», di cui all'art. 3-bis, comma 1-bis, del d.l. 13 agosto 2011 n. 138 (introdotto dall'art. 34, comma 23, del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, successivamente modificato dall'art. 1, comma 609, lett. a), della legge 23 dicembre 2014, n. 190), che individua nella relazione illustrativa ex art. 34, comma 20, del d.l. n. 179/2012 l'atto in cui vanno compiutamente illustrate le ragioni della scelta sul modello di gestione del servizio, ivi compreso il caso in cui si opti per l'affidamento *in house*, per il quale è richiesto un onere motivazionale rafforzato e più incisivo, per effetto delle previsioni dell'art. 192, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016.

⁸⁴ E' stato affermato, in proposito, che la valutazione circa le ragioni del mancato ricorso al mercato non può essere ricondotta al fatto che una precedente gara sia andata deserta, qualora quest'ultima abbia avuto ad oggetto, oltre al servizio affidato successivamente *in house*, anche altri servizi definiti accessori, che però comportavano cospicui investimenti. Non essendo i due contratti oggettivamente comparabili, non può infatti trarsi alcuna conclusione nel senso della maggiore convenienza dell'affidamento *in house* (cfr. TAR Liguria, sez. II, 2 ottobre 2020, n. 680, cit.).

⁸⁵ Cons. St., comm.spec., 1° aprile 2016, n. 855, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁸⁶ In dottrina è stato osservato che, con tali considerazioni, il Consiglio di Stato avrebbe sottostimato la reale portata dell'impatto, in termini di aggravio dell'agire pubblico, dei requisiti aggiuntivi per l'affidamento *in house* richiesti dall'art. 192, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016, confinandoli nell'area di un rassicurante "onere motivazionale rafforzato", «dal momento che un siffatto onere presuppone necessariamente una serie di attività prodromiche, funzionali al risultato di poter documentare in motivazione, senza incorrere in vizi, la scelta di aver (legittimamente) escluso il ricorso al mercato, a beneficio della collettività» (C.P. GUARINI, *Una nuova stagione per l'in house providing? L'art. 192, co. 2, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, tra dubbi di legittimità costituzionale e sospetti di incompatibilità eurounitaria*, in www.federalismi.it, n. 8/2019, p. 21).

collocato su un piano secondario e subordinato rispetto al ricorso al mercato, facendolo degradare a modalità eccezionale di affidamento.

La disciplina dell'*in house* introdotta dall'art. 192 del d.lgs. n. 50/2016 è coerente con la precedente legislazione, diretta a restringere il campo di applicazione dell'istituto in favore del ricorso al mercato⁸⁷, sul presupposto della neutralità dell'ordinamento comunitario in relazione alla legislazione adottata dagli Stati membri in materia di modalità di prestazione dei servizi da parte delle autorità pubbliche.

Tuttavia, a seguito della codificazione del principio di libera amministrazione delle autorità pubbliche da parte delle direttive comunitarie del 2014 in materia di appalti pubblici e concessioni, la giurisprudenza, ritenendo mutato il quadro giuridico di riferimento, ha sollevato dubbi circa la compatibilità con l'ordinamento comunitario di una norma interna che, limitando la possibilità per le pubbliche amministrazioni di ricorrere all'affidamento *in house*, ne limiterebbe, di fatto, l'autonomia organizzativa.

Tali dubbi hanno trovato espressione nell'ordinanza del Consiglio di Stato, sez. V, 7 gennaio 2019, n. 138⁸⁸, con cui il giudice amministrativo ha chiesto alla Corte di giustizia UE di pronunciarsi, in via pregiudiziale, ai sensi dell'articolo 267 TFUE, sulla compatibilità con le disposizioni e i principi del diritto primario e derivato dell'Unione europea delle previsioni dell'art. 192, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016, che – osserva il giudice del rinvio - relegano l'affidamento *in house* di servizi disponibili sul mercato «*ad un ambito subordinato ed eccezionale rispetto all'ipotesi di competizione mediante gara tra imprese*»⁸⁹, imponendo che esso

⁸⁷ V. *supra*, par. 5.

⁸⁸ Di identico contenuto sono le successive ordinanze sez. V, 14 gennaio 2019, nn. 293 e 296, in www.giustizia-amministrativa.it. La controversia oggetto delle tre ordinanze ha avuto origine dal ricorso al TAR Abruzzo - Pescara e successivi motivi aggiunti, proposti da Rieco s.p.a., interessata ad acquisire con gara la gestione del servizio di igiene urbana nel Comune di Lanciano, la quale aveva chiesto l'annullamento degli atti con cui il Comune, quale socio di minoranza della Ecolan s.p.a. (società *in house* a capitale interamente pubblico, attiva nello smaltimento di rifiuti urbani, partecipata al 21,69% dal Comune di Lanciano insieme ad altri cinquantadue comuni della Provincia di Chieti), aveva approvato l'adeguamento dello statuto di tale società e i relativi patti parasociali, in tal modo rendendo possibile l'affidamento diretto del servizio in favore della stessa Ecolan, in quanto società *in house* pluripartecipata e in regime di controllo analogo congiunto. L'ordinanza è commentata da L. LONGHI, *L'in house providing tra libera autodeterminazione delle amministrazioni pubbliche e principio di concorrenza*, in *Riv. Corte Conti*, n. 1/2019, p. 280 ss.; F. TRAMONTANA, *I limiti al ricorso all'in house providing tra disciplina nazionale e ordinamento eurounitario. Note a margine dell'ordinanza di rimessione alla CGUE dell'art. 192 del Codice contratti*, in www.lexitalia.it, n. 1/2019.

⁸⁹ Il quesito interpretativo posto dal Consiglio di Stato alla Corte di giustizia è il seguente: «*se il diritto dell'Unione europea (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) osti a una normativa nazionale (come quella dell'articolo 192, comma 2, del 'Codice dei contratti pubblici, decreto legislativo n. 50 del 2016) il quale colloca gli affidamenti in house su un piano subordinato ed eccezionale rispetto agli affidamenti tramite gara di appalto: i) consentendo tali affidamenti soltanto in caso di dimostrato fallimento del mercato rilevante, nonché ii) imponendo comunque all'amministrazione che intenda operare un affidamento in regime di delegazione interorganica di fornire una specifica motivazione circa i benefici per la collettività connessi a tale forma di affidamento*». Nell'ordinanza sez. V, 7 gennaio 2019, n. 138 (e nelle successive ordinanze della medesima sezione nn. 293 e 296 del 14 gennaio 2019) il Consiglio di Stato rivolge alla Corte di giustizia anche un secondo quesito interpretativo, avente ad oggetto la conformità fra il diritto dell'UE (in particolare, l'art. 12, par. 3, della direttiva 2014/24), che ammette il controllo analogo congiunto nel caso di società non partecipata unicamente dalle amministrazioni controllanti, e il diritto interno (in particolare, l'art. 4, comma 1, del d.lgs. n. 175/2016) che - in linea con l'indirizzo dell'ordinamento italiano inteso a ridurre dal punto di vista quantitativo e ad ottimizzare dal punto di vista qualitativo le partecipazioni delle

«possa essere legittimamente disposto soltanto in caso di, sostanzialmente, dimostrato ‘fallimento del mercato’ rilevante a causa di prevedibili mancanze in ordine a “gli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche” (risultando altrimenti tendenzialmente precluso), cui la società in house invece supplirebbe».

Secondo il Consiglio di Stato si tratta di stabilire se l’orientamento restrittivo ultradecennale del legislatore italiano in tema di affidamenti *in house*, ripristinato con l’art. 192, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016, risulti conforme ai principi e alle disposizioni più recenti del diritto dell’Unione europea, con particolare riguardo al principio di libera organizzazione delle amministrazioni pubbliche, il cui fondamento viene individuato:

- nella giurisprudenza della Corte di giustizia la quale, secondo il Consiglio di Stato, avrebbe chiarito *«che l’ordinamento comunitario non pone limiti alla libertà, per le amministrazioni, di optare per un modello gestionale di autoproduzione, piuttosto che su un modello di esternalizzazione»*, affermando che *«un’autorità pubblica può adempiere ai compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti senza essere obbligata a far ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi e [può] farlo altresì in collaborazione con altre autorità pubbliche»⁹⁰*;
- nella Comunicazione interpretativa sull’applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati – PPPi del 5 febbraio 2008, in cui la Commissione europea ha affermato che nel diritto comunitario, le autorità pubbliche sono *«libere di esercitare in proprio un’attività economica o di affidarla a terzi, ad esempio ad entità a capitale misto costituite nell’ambito di un partenariato pubblico-privato. Tuttavia, se un soggetto pubblico decide di far partecipare un soggetto terzo all’esercizio di un’attività economica a condizioni che configurano un appalto pubblico o una concessione, è tenuto a rispettare le disposizioni del diritto comunitario applicabili in materia»*;
- nell’art. 2 della direttiva 2014/23/UE, il quale, secondo il Consiglio di Stato, riconoscerebbe in modo espreso *«la possibilità per le amministrazioni di espletare i compiti di rispettivo interesse pubblico: i) avvalendosi delle proprie risorse, ovvero ii) in cooperazione con altre amministrazioni aggiudicatrici, ovvero ancora iii) mediante conferimento*

amministrazioni pubbliche in società di capitali – non consente, di regola, alle amministrazioni di detenere quote minoritarie di partecipazione in un organismo a controllo congiunto, neppure 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. Si rammenta, in proposito, che l’art. 4, comma 1, del d.lgs. n. 175/2006 stabilisce che *«le amministrazioni pubbliche non possono, direttamente o indirettamente, costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi non direttamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né acquisire o mantenere partecipazioni, anche di minoranza, in tali società».*

⁹⁰ Il riferimento del Consiglio di Stato è alla sentenza Corte di giustizia CE, 9 giugno 2009, causa C-480/06, *Commissione delle Comunità europee contro Repubblica federale di Germania*, cit., § 45 (su cui v. *infra*, nota n. 107).

ad operatori economici esterni, senza fissare alcuna graduazione in termini valoriali fra le richiamate modalità di assegnazione»⁹¹;

- nel considerando 5 della direttiva 2014/24/UE, secondo cui «(...) 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 (...)».

Dall'affermazione, a livello comunitario, del principio di libera organizzazione delle amministrazioni pubbliche, il Consiglio di Stato fa discendere che il regime di autoproduzione e quello di esternalizzazione sarebbero collocati dall'ordinamento dell'UE su un piano di equiordinazione, il che farebbe dell'*in house providing* (sostanziale forma di autoproduzione) «non un'eccezione residuale, ma una normale opzione di base, al pari dell'affidamento a terzi tramite mercato, cioè tramite gara».

In un successivo passaggio dell'ordinanza il Consiglio di Stato, superando il concetto di equiordinazione fra le diverse modalità di assegnazione dei servizi di interesse delle amministrazioni pubbliche – e quindi in apparente contraddizione con quanto precedentemente dedotto - arriva ad affermare, quasi a voler togliere spazio a qualunque dubbio sulla fondatezza della questione sollevata, che i principi e le disposizioni del diritto dell'Unione europea sembrerebbero comportare «addirittura la prevalenza logica del sistema di autoproduzione rispetto ai modelli di esternalizzazione», che discenderebbe da «elementari esigenze di economia, per cui ci si rivolge all'esterno solo quando non si è ben in grado di provvedere da soli».

I dubbi di legittimità sollevati dal Consiglio di Stato si fondano, in parte, sulle considerazioni già espresse dal Tribunale amministrativo regionale della Liguria, sia pure nel diverso contesto di un'eccezione di illegittimità costituzionale.

Con ordinanza 15 novembre 2018, n. 886⁹², i giudici amministrativi liguri avevano infatti contestato la presunta violazione, da parte dell'art. 192, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016, dei criteri direttivi di cui all'art. 1, comma 1, lettere a) ed eee), della legge delega 28 gennaio 2016, n. 11⁹³.

Sotto un primo profilo, il TAR Liguria aveva rilevato che l'art. 1, comma 1, lett. a), della legge n. 11/2016 – che sancisce il divieto di introduzione o di mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli

⁹¹ L'art. 2, par. 1, della direttiva 2014/23/UE, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, dispone testualmente: «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».

⁹² In www.giustizia-amministrativa.it. Per un commento all'ordinanza v. C.P. GUARINI, *Una nuova stagione per l'in house providing?*, cit.

⁹³ La rubrica della legge n. 11/2016, reca, testualmente, «Deleghe al Governo per l'attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, 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?».

minimi richiesti dalle direttive comunitarie 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE (c.d. divieto di *gold plating*⁹⁴) – risulterebbe violato dalla citata norma del Codice dei contratti pubblici poiché l'onere di specifica motivazione delle ragioni del mancato ricorso al mercato non solo non sarebbe previsto dalle direttive comunitarie, ma si porrebbe in contrasto con il principio di autorganizzazione o di libera amministrazione delle autorità pubbliche, riconosciuto nel considerando 5 della direttiva n. 2014/23/UE e «*più efficacemente scolpito*» dall'art. 2, comma 1, della direttiva n. 2014/23/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione.

In virtù del suddetto principio, l'art. 12 della direttiva 2014/23/UE escluderebbe espressamente dal proprio ambito di applicazione, cioè dalla necessità di una previa procedura ad evidenza pubblica, gli appalti che soddisfino le tre condizioni proprie dell'*in house*, facendo così ritenere – secondo i giudici amministrativi liguri - «*definitivamente acquisito – quantomeno in ambito europeo – il principio che l'in house providing non configura affatto un'ipotesi eccezionale e derogatoria di gestione dei servizi pubblici rispetto all'ordinario espletamento di una procedura di evidenza pubblica, ma costituisce una delle ordinarie forme organizzative di conferimento della titolarità del servizio, la cui individuazione in concreto è rimessa alle amministrazioni, sulla base di un mero giudizio di opportunità e convenienza economica*».

Il TAR Liguria aveva fondato altresì la questione di legittimità costituzionale dell'art. 192, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016 sulla presunta violazione del criterio direttivo di cui all'art. 1, comma 1, lett. eee), della legge delega n. 11/2016 che, al fine di garantire adeguati livelli di pubblicità e trasparenza delle procedure anche per gli affidamenti *in house*, ha dettato al legislatore delegato una serie di prescrizioni⁹⁵, che non

⁹⁴ Il divieto di *gold plating* era già incluso tra i principi e criteri direttivi generali di delega per l'attuazione del diritto dell'Unione europea dall'art. 32, comma 1, lett. c), della legge 24 dicembre 2012, n. 234 («*Norme generali sulla partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione europea*»). Nel sancire il divieto di *gold plating*, l'art. 1, comma 1, lett. a), della legge n. 11/2016, richiama i livelli di regolazione «*come definiti dall'articolo 14, commi 24-ter e 24-quater, della legge 28 novembre 2005, n. 246*», introdotti dalla legge 12 novembre 2011, n. 183.

L'art. 14, comma 24-ter, della legge n. 246/2005 dispone che «*costituiscono livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive comunitarie: a) l'introduzione o il mantenimento di requisiti, standard, obblighi e oneri non strettamente necessari per l'attuazione delle direttive; b) l'estensione dell'ambito soggettivo o oggettivo di applicazione delle regole rispetto a quanto previsto dalle direttive, ove comporti maggiori oneri amministrativi per i destinatari; c) l'introduzione o il mantenimento di sanzioni, procedure o meccanismi operativi più gravosi o complessi di quelli strettamente necessari per l'attuazione delle direttive*». Ai sensi del successivo comma 24-quater, invece, «*l'amministrazione dà conto delle circostanze eccezionali, valutate nell'analisi d'impatto della regolamentazione, in relazione alle quali si rende necessario il superamento del livello minimo di regolazione comunitaria*». Sull'argomento v. R. DE NICTOLIS, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Urb. app.*, n. 5/2016, p. 514; C. CONTESSA, *Dalla legge delega al nuovo 'Codice': opportunità e profili di criticità*, in *www.giustamm.it*, n. 4/2016; M. GNES, *Il divieto di "gold plating" nella legge delega sugli appalti pubblici*, in *www.quotidianogiuridico.it*, 26 marzo 2016.

⁹⁵ L'art. 1, comma 1, lett. eee), della legge n. 11/2016, individua, testualmente, il seguente criterio direttivo: «*garanzia di adeguati livelli di pubblicità e trasparenza delle procedure anche per gli appalti pubblici e i contratti di concessione tra enti nell'ambito del settore pubblico, cosiddetti affidamenti in house, prevedendo, anche per questi enti, l'obbligo di pubblicazione di tutti gli atti connessi all'affidamento, assicurando, anche nelle forme di aggiudicazione diretta, la valutazione sulla congruità economica delle offerte, avuto riguardo all'oggetto e al valore della prestazione, e prevedendo l'istituzione, a cura dell'ANAC, di un elenco di enti aggiudicatori di affidamenti in house ovvero che esercitano funzioni di controllo o di collegamento rispetto ad altri enti, tali da consentire gli affidamenti diretti. L'iscrizione nell'elenco avviene a domanda, dopo che sia stata riscontrata l'esistenza dei requisiti. La domanda di iscrizione consente all'ente aggiudicatore,*

contemplano l'introduzione di un obbligo di motivazione circa le ragioni del mancato ricorso al mercato, imposto invece dal legislatore delegato. In proposito, i giudici amministrativi liguri avevano osservato che l'introduzione di tale onere «per un verso non trova alcun addentellato nel criterio direttivo, che non lo menziona affatto, per altro verso – e soprattutto – non ha nulla a che vedere con la valutazione sulla congruità economica delle offerte, che attiene piuttosto alla loro sostenibilità in termini di prezzi e di costi proposti (argomenta ex art. 97 comma 1 del D. Lgs. n. 50/2016), cioè con l'unico elemento che il criterio direttivo imponeva di valutare, oltre a quello di pubblicità e trasparenza degli affidamenti, mediante l'istituzione, a cura dell'ANAC, dell'elenco di enti aggiudicatori di affidamenti in house». Conseguentemente, concludeva il TAR Liguria, l'art. 192, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016 avrebbe ecceduto, anche sotto questo profilo, rispetto ai principi ed ai criteri direttivi contenuti nella legge n. 11/2016, in violazione dell'art. 76 della Costituzione.

8. La Corte di giustizia UE conferma la neutralità dell'ordinamento comunitario rispetto alle scelte legislative degli Stati membri in materia di modalità di prestazione dei servizi da parte delle autorità pubbliche

La questione pregiudiziale sollevata dal Consiglio di Stato, sez. V, con l'ordinanza 7 gennaio 2019, n. 138 si basa sostanzialmente sull'assunto che dal principio comunitario di libera amministrazione delle autorità pubbliche (codificato dal considerando 5 della direttiva 2014/24/UE e dall'art. 2 della direttiva 2014/23/UE) discenderebbe la necessità per gli Stati membri di adottare una disciplina dell'affidamento *in house* che riconosca alle pubbliche amministrazioni la libertà di scelta tra ricorso all'istituto e affidamento a terzi tramite gara, con la conseguente incompatibilità con l'ordinamento comunitario di una legislazione nazionale che imponga, ai fini dell'affidamento *in house*, condizioni ulteriori rispetto ai requisiti del controllo analogo, dell'attività prevalente e della partecipazione pubblica totalitaria, così come attualmente disciplinati dall'art. 12 della direttiva 2014/24/UE, dall'art. 17 della direttiva 2014/23/UE e dall'art. 28 della direttiva 2014/25/UE.

I dubbi di legittimità sollevati dal supremo consesso di giustizia amministrativa sono stati ritenuti privi di fondamento dalla Corte di giustizia dell'Unione europea che, con l'ordinanza *Rieco* del 6 febbraio 2020⁹⁶, ha affermato la compatibilità delle previsioni dell'art. 192, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016 con la disciplina comunitaria dell'affidamento *in house* e, segnatamente, con l'art. 12, par. 3, della direttiva 2014/24/UE –

sotto la propria responsabilità, di conferire all'ente con affidamento *in house*, o soggetto al controllo singolo o congiunto o al collegamento, appalti o concessioni mediante affidamento diretto».

⁹⁶ Corte di giustizia UE, sez. IX, 6 febbraio 2020, cause riunite C-89/19 - C-91/19, *Rieco SpA contro Comune di Lanciano e a.*, in *Raccolta digitale*, ECLI:EU:C:2020:87. L'assunzione della decisione mediante ordinanza motivata è consentita dall'art. 99 del regolamento di procedura della Corte di giustizia dell'Unione europea «quando una questione pregiudiziale è identica a una questione sulla quale la Corte ha già statuito, quando la risposta a tale questione può essere chiaramente desunta dalla giurisprudenza o quando la risposta alla questione pregiudiziale non dà adito a nessun ragionevole dubbio».

applicabile alla fattispecie esaminata Consiglio di Stato⁹⁷ - che stabilisce le condizioni per procedere all'affidamento di appalti pubblici nel caso di controllo analogo congiunto da parte di più amministrazioni pubbliche⁹⁸.

Tale norma - osserva la Corte di giustizia - non osta ad una disciplina nazionale che subordini la conclusione di un'operazione *in house* «all'impossibilità di procedere all'aggiudicazione di un appalto e, in ogni caso, alla dimostrazione, da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, dei vantaggi per la collettività specificamente connessi al ricorso all'operazione interna»⁹⁹.

Il giudice comunitario perviene a tali conclusioni richiamando integralmente le considerazioni svolte nella sentenza *Irgita*¹⁰⁰, vertente sull'interpretazione delle disposizioni dell'articolo 12, par. 1, della direttiva 2014/24, che individua le condizioni che un'amministrazione aggiudicatrice deve rispettare qualora desideri concludere un'operazione *in house*, le quali coincidono con le condizioni individuate dall'art. 12, par. 3, della medesima direttiva per il ricorso all'*in house* pluripartecipato, oggetto del giudizio definito dalla Corte di giustizia UE con l'ordinanza *Rieco* del 6 febbraio 2020¹⁰¹.

Nella sentenza *Irgita*, la Corte parte dall'assunto che le previsioni in materia di *in house providing* contenute nella direttiva 2014/24/UE vanno interpretate alla luce della finalità della direttiva stessa che, come

⁹⁷ V. *supra*, nota n. 88.

⁹⁸ Con l'ordinanza in argomento (§§ 43-47), la Corte di giustizia si è pronunciata altresì sulla seconda questione pregiudiziale proposta dal Consiglio di Stato, sez. V, con le ordinanze n. 138 del 7 gennaio 2019 e nn. 293 e 296 del 14 gennaio 2019, avente ad oggetto la compatibilità fra l'art. 12, par. 3, della direttiva 2014/24/UE e l'art. 4, comma 1, del d.lgs. n. 175/2016, che impedisce alle amministrazioni di detenere quote minoritarie di partecipazione in un organismo a controllo congiunto, neppure 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 (v. *supra*, nota n. 89). Anche in questo caso, la Corte ha negato la sussistenza di contrasti con la normativa comunitaria, affermando che l'art. 12, par. 3, della direttiva 2014/24/UE si limita a subordinare l'esclusione dell'applicazione delle norme di aggiudicazione degli appalti pubblici alla condizione che un'amministrazione aggiudicatrice eserciti, congiuntamente ad altre amministrazioni aggiudicatrici, un controllo sulla persona giuridica affidataria analogo a quello da esse esercitato sui propri servizi e «non prevede alcun requisito relativo alle condizioni in cui un'amministrazione acquisisce partecipazioni al capitale in una società partecipata da altre amministrazioni».

⁹⁹ *Ivi*, § 30.

¹⁰⁰ Corte di giustizia UE, 3 ottobre 2019, causa C-285/18, *Kauno miesto savivaldybė e Kauno miesto savivaldybės administracija*, in *Raccolta digitale*, ECLI:EU:C:2019:829. La controversia - sottoposta alla Corte di giustizia per effetto del rinvio pregiudiziale operato dalla Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Corte suprema di Lituania), adita in ultima istanza - trae origine dal ricorso al tribunale lituano di primo grado proposto dalla società Irgita, aggiudicataria di una gara di appalto, bandita dal Kauno miesto savivaldybė (città di Kaunas, Lituania), per la fornitura di servizi di manutenzione e sviluppo di piantagioni, foreste e parchi cittadini, la quale era insorta avverso il contratto, sottoscritto in data 19 maggio 2016, con cui la città di Kaunas aveva concluso con la Kauno švara, da essa interamente controllata, un'operazione interna avente ad oggetto servizi sostanzialmente analoghi a quelli di cui Irgita era stata incaricata con contratto del 18 marzo 2014.

¹⁰¹ Nell'ordinanza della sez. XI, 6 febbraio 2020, cause riunite C-89/19 - C-91/19, *Rieco SpA contro Comune di Lanciano e a., cit.*, la Corte di giustizia UE osserva, in proposito, che: «dalla formulazione di tali disposizioni emerge che l'unica differenza tra l'articolo 12, paragrafo 1, della direttiva 2014/24 e l'articolo 12, paragrafo 3, della medesima direttiva consiste nel fatto che, nell'ambito della prima di tali disposizioni, l'amministrazione aggiudicatrice controlla, da sola, l'ente *in house*, mentre nell'ambito della seconda di tali disposizioni, tale ente è controllato congiuntamente da più amministrazioni aggiudicatrici» (§ 40).

enuncia il considerando 1, è quella di coordinare le procedure nazionali di aggiudicazione degli appalti che superano un determinato importo¹⁰².

Di conseguenza – prosegue la Corte - deve ritenersi che l'articolo 12, paragrafo 1, della direttiva 2014/24/UE, che si limita a precisare le condizioni che un'amministrazione aggiudicatrice deve rispettare qualora desideri concludere un'operazione interna, ha soltanto l'effetto di autorizzare gli Stati membri ad escludere una tale operazione dal campo di applicazione della direttiva e non impedisce agli Stati stessi di favorire una modalità di prestazione di servizi, di esecuzione di lavori o di approvvigionamento di forniture a scapito di altre. Questa libertà implica infatti una scelta che viene effettuata in una fase precedente all'aggiudicazione di un appalto e che non può quindi rientrare nell'ambito di applicazione della direttiva¹⁰³.

In tale contesto, il principio di libera amministrazione delle autorità pubbliche, affermato dalle direttive comunitarie del 2014, si compendia – secondo la Corte - nella «libertà degli Stati membri di scegliere il modo di prestazione di servizi mediante il quale le amministrazioni aggiudicatrici provvederanno alle proprie esigenze»¹⁰⁴.

Il fondamento di tale libertà organizzativa viene rinvenuto, innanzitutto, nel considerando 5 della direttiva 2014/24/UE, secondo cui la direttiva non obbliga gli Stati membri a ricorrere ad una procedura di appalto pubblico per l'acquisizione di servizi che gli Stati intendano autoprodurre o organizzare con strumenti diversi dagli appalti pubblici. Da tali previsioni, il giudice comunitario desume che, così come la direttiva 2014/24 non obbliga gli Stati membri a ricorrere a una procedura di appalto pubblico, essa non può obbligare gli Stati a ricorrere a un'operazione interna quando sono soddisfatte le condizioni di cui all'art. 12, par. 1¹⁰⁵.

Il giudice comunitario osserva quindi che il principio codificato dal considerando 5 della direttiva 2014/24/UE¹⁰⁶ ha “consacrato” la giurisprudenza della Corte di giustizia anteriore a tale direttiva, orientata, in maniera costante, nel senso della neutralità dell'ordinamento comunitario in relazione alla legislazione adottata dagli Stati membri in materia di modalità di prestazione dei servizi da parte delle autorità pubbliche¹⁰⁷.

¹⁰² Corte di giustizia UE, 3 ottobre 2019, causa C-285/18, *Kauno miesto savivaldybė e Kauno miesto savivaldybės administracija*, cit., § 41.

¹⁰³ *Ivi*, §§ 43-44.

¹⁰⁴ *Ivi*, § 45.

¹⁰⁵ *Ivi*, § 46.

¹⁰⁶ Di analogo tenore è il considerando 5 della direttiva 2014/23/UE, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, che riconosce «il diritto degli Stati membri e delle autorità pubbliche di decidere le modalità di gestione ritenute più appropriate per l'esecuzione di lavori e la fornitura di servizi».

¹⁰⁷ V. *supra*, par. 6. Tale orientamento non sembra messo in discussione dalla sentenza Corte di giustizia CE, 9 giugno 2009, causa C-480/06, *Commissione delle Comunità europee contro Repubblica federale di Germania*, cit., richiamata dal Consiglio di Stato a fondamento della questione pregiudiziale sollevata con l'ordinanza della sez. V, 7 gennaio 2019, n. 138 (v. *supra*, par. 7). La fattispecie presa in esame dalla Corte di giustizia nella sentenza in questione non afferisce, invero, ad

La libertà lasciata agli Stati membri in tale ambito – prosegue la Corte – è sancita ancor più nettamente dall'art. 2, par. 1, della direttiva 2014/23/UE, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, ai sensi del quale le autorità nazionali, regionali e locali possono liberamente organizzare l'esecuzione dei propri lavori o la prestazione dei propri servizi, conferendoli a operatori economici esterni, ovvero avvalendosi delle proprie risorse o in cooperazione con altre amministrazioni aggiudicatrici, purché ciò avvenga nel rispetto del diritto nazionale e dell'Unione.

Ebbene è proprio l'espressione «*in conformità del diritto nazionale e dell'Unione*» a definire i contorni del principio di libera organizzazione, precludendo una sua interpretazione in un'accezione assoluta ed incondizionata. La norma, infatti, alla luce di tale precisazione, va interpretata, da un lato, nel senso di riconoscere agli Stati membri la possibilità di individuare, con una specifica disciplina interna, le condizioni in presenza delle quali l'autorità pubblica possa optare per l'autoproduzione del lavoro o servizio ovvero per una diversa modalità di affidamento e, dall'altro, nel senso di limitarne la libertà di scelta attraverso il richiamo alla necessità di conformarsi al diritto dell'Unione.

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 può dunque essere illimitata ma deve, al contrario, essere esercitata nel rispetto delle regole fondamentali del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, segnatamente, la libertà di circolazione delle merci, la libertà di stabilimento e la libera

un'ipotesi di affidamento *in house*, in cui la controparte contrattuale è un'entità giuridicamente distinta dall'amministrazione aggiudicatrice, bensì ad un contratto istitutivo di una cooperazione tra enti locali, finalizzata a garantire l'adempimento di una funzione di servizio pubblico comune a questi ultimi, da considerarsi escluso – secondo la Corte - dall'applicazione della disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici in virtù del principio secondo cui «*un'autorità pubblica può adempiere ai compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti senza essere obbligata a far ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi e (...) può farlo altresì in collaborazione con altre autorità pubbliche*» (§ 44). La controversia oggetto della sentenza della Corte traeva origine dal ricorso con cui la Commissione europea aveva chiesto alla Corte di giustizia di dichiarare che la Repubblica federale di Germania fosse venuta meno agli obblighi imposti dalla direttiva 92/50/CEE, in materia di procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, applicabile *ratione temporis*, poiché i Landkreise (circostrizioni amministrative) di Rotenburg (Wümme), Harburg, Soltau-Fallingb. e Stade avevano concluso direttamente un appalto relativo allo smaltimento dei rifiuti con i servizi per la nettezza urbana della città di Amburgo, senza che tale affidamento fosse stato oggetto di una gara d'appalto nell'ambito di una procedura formale a livello comunitario. La Corte di giustizia ha accolto le argomentazioni difensive della Repubblica federale di Germania, la quale aveva evidenziato che il contratto controverso perfezionava un accordo sull'esecuzione in comune di una funzione di servizio pubblico spettante ai Landkreise interessati e alla città di Amburgo e che l'operazione di cooperazione comunale in esame non incideva sul mercato e non ricadeva dunque nella normativa sugli appalti pubblici. Con riferimento alla tipologia di relazione istituita con il contratto controverso, la Corte ha osservato: «*nella presente fattispecie è pacifico che i quattro Landkreise interessati non esercitano alcun controllo che potrebbe essere qualificato come analogo a quello che essi esercitano sui propri servizi, che sia quello sulla controparte contrattuale, vale a dire i servizi per la nettezza urbana della città di Amburgo, o ancora quello sul gestore dell'impianto termico di Rugenberger Damm, che è una società il cui capitale è parzialmente costituito da fondi privati. Tuttavia, occorre rilevare che il contratto controverso istituisce una cooperazione tra enti locali finalizzata a garantire l'adempimento di una funzione di servizio pubblico comune a questi ultimi, ossia lo smaltimento di rifiuti*» (§§ 36-37).

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 trasparenza¹⁰⁸.

Entro tali limiti, uno Stato membro può imporre ad un'amministrazione aggiudicatrice condizioni, non previste dall'articolo 12, paragrafo 1, della direttiva 2014/24, per concludere un'operazione interna, purché le condizioni imposte siano preordinate a garantire la continuità, la buona qualità e l'accessibilità del servizio¹⁰⁹.

In questi termini dispone l'art. 2, par. 1, della direttiva 2014/23/UE, laddove afferma che la libertà delle autorità pubbliche di organizzare l'esecuzione dei propri lavori o la prestazione dei propri servizi incontra un limite nella condizione che la loro scelta debba essere orientata all'individuazione del *«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»*.

Qualora dunque l'autoproduzione, pur rispettando le condizioni dell'*in house*, codificate dall'art. 5 del d.lgs. n. 50/2016, non garantisca la migliore forma di gestione sotto i profili sopra richiamati, l'amministrazione dovrebbe optare per il ricorso a procedure di scelta del contraente rispettose dei principi di trasparenza e non discriminazione.

L'interpretazione del principio di libera amministrazione delle autorità pubbliche, resa dalla Corte di giustizia UE, ribalta, in definitiva, la prospettazione ermeneutica fornita dal Consiglio di Stato, sez. V, nell'ordinanza 7 gennaio 2019, n. 138, confermando la neutralità dell'ordinamento comunitario rispetto ad una legislazione interna che limiti la possibilità per le autorità pubbliche di ricorrere all'affidamento *in house* attraverso l'introduzione di condizioni ulteriori rispetto a quelle previste dalle direttive comunitarie. Tale interpretazione trova, peraltro, un solido ancoraggio nella normativa primaria dell'Unione europea e, segnatamente, nelle previsioni dell'art. 345 TFUE, che afferma il principio di neutralità dell'ordinamento comunitario rispetto al regime di proprietà, pubblica o privata, delle imprese, a cui fa espresso rinvio, al par. 3, lo stesso art. 2 della direttiva 2014/23/UE.

Nella norma in questione – che è espressione della volontà del legislatore comunitario di non interferire con il regime di proprietà esistente negli Stati membri, né con la facoltà degli stessi di procedere ad eventuali nazionalizzazioni – è stato infatti individuato il fondamento giuridico della neutralità del diritto

¹⁰⁸ Corte di giustizia UE, 3 ottobre 2019, causa C-285/18, *Kauno miesto savivaldybė e Kauno miesto savivaldybės administracija*, cit., § 48, in cui la Corte richiama, per analogia, le sentenze *«del 9 luglio 1987, CEI e Bellini, da 27/86 a 29/86, EU:C:1987:355, punto 15; del 7 dicembre 2000, Telaustria e Telefonadress, C-324/98, EU:C:2000:669, punto 60, nonché del 10 settembre 2009, Sea, C-573/07, EU:C:2009:532, punto 38»*.

¹⁰⁹ *Ivi*, § 49.

UE in merito alla scelta degli Stati nazionali fra ricorso al mercato ed autoproduzione dei servizi di interesse economico generale¹¹⁰.

9. L'intervento della Corte costituzionale e l'ulteriore conferma della legittimità dei limiti imposti dal legislatore italiano all'*in house providing*

A pochi mesi di distanza dall'ordinanza *Rieco* della Corte di giustizia, l'art. 192, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016 ha superato positivamente anche il vaglio di legittimità costituzionale. Con sentenza 27 maggio 2020, n. 100, la Corte costituzionale ha infatti ritenuto priva di fondamento la questione di costituzionalità sollevata dal TAR Liguria con ordinanza 15 novembre 2018, n. 886, nella quale – come si è visto¹¹¹ - la problematica della legittimità dei limiti imposti dal legislatore italiano all'*in house providing* è stata affrontata sotto l'angolo visuale del vizio di delega – *sub specie* della violazione dei criteri direttivi di cui all'art. 1, comma 1, lettere a) ed eee) della legge n. 11/2016 - e dunque del contrasto con l'art. 76 della Costituzione. Con riferimento alla prima violazione contestata dai giudici liguri, la Consulta ha affermato che l'onere di specifica motivazione delle ragioni del mancato ricorso al mercato, imposto dall'art. 192, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016, non contrasta con il c.d. divieto di *gold plating*¹¹², di cui all'art. 1, comma 1, lett. a), della legge delega n. 11/2016, poiché la *ratio* del divieto è quella di impedire l'introduzione, in via legislativa, di oneri amministrativi e tecnici ulteriori rispetto a quelli previsti dalla normativa comunitaria, che riducano la concorrenza in danno delle imprese e dei cittadini, mentre la norma del Codice dei contratti pubblici persegue una direttrice opposta, in quanto è volta ad allargare il ricorso al mercato.

In questo senso depongono – secondo la Consulta - anche le considerazioni espresse dal Consiglio di Stato nel parere della commissione speciale 1 aprile 2016, n. 855, relativo allo schema di decreto legislativo recante “Codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione, ai sensi dell'articolo 1, comma 3, della legge 28 gennaio 2016, n. 11”, in cui è evidenziato che «il “divieto di introduzione o di mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive” va rettamente interpretato in una prospettiva di riduzione degli “oneri non necessari”, e non anche in una prospettiva di abbassamento del livello di quelle garanzie che salvaguardano altri valori costituzionali, in relazione ai quali le esigenze di massima semplificazione e efficienza non possono che risultare recessive».

Tali considerazioni - secondo la Corte costituzionale - dimostrano ulteriormente che l'obbligo di motivazione circa le ragioni del mancato ricorso al mercato, che risponde agli interessi costituzionalmente

¹¹⁰ D.U. GALETTA, G. CARULLO, *Gestione dei servizi pubblici locali e modello dell'in house providing: novità, auspici e scenari futuri in una prospettiva di de-frammentazione del sistema*, cit., p. 4.

¹¹¹ V. *supra*, par. 7.

¹¹² V. *supra*, nota n. 94.

tutelati della trasparenza amministrativa e della tutela della concorrenza, non contrasta con il criterio direttivo previsto dall'art. 1, comma 1, lett. a), della legge delega n. 11 del 2016.

A tali conclusioni induce peraltro – secondo il Giudice delle leggi – l'orientamento espresso dalla Corte di giustizia dell'Unione europea nella sentenza *Irgita* del 3 ottobre 2019 e nell'ordinanza *Rieco* del 6 febbraio 2020, in cui il giudice comunitario ha affermato la compatibilità con l'ordinamento dell'UE dei limiti all'affidamento *in house* imposti dall'art. 192, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016, rinvenendone il fondamento nel principio di libera organizzazione delle autorità pubbliche (di cui al considerando 5 della direttiva 2014/24/UE e all'art. 2, par. 1, della direttiva 2014/23/UE) da cui discende - secondo la Corte di giustizia - la «libertà degli Stati membri di scegliere il modo di prestazione di servizi mediante il quale le amministrazioni aggiudicatrici provvederanno alle proprie esigenze» e, conseguentemente, la legittimazione «a subordinare la conclusione di un'operazione interna all'impossibilità di indire una gara d'appalto e, in ogni caso, alla dimostrazione, da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, dei vantaggi per la collettività specificamente connessi al ricorso all'operazione interna»¹¹³.

La Corte costituzionale ha successivamente preso in esame le deduzioni del TAR Liguria relative alla presunta violazione del criterio direttivo di cui all'art. 1, comma 1, lett. eee), della legge delega n. 11/2016 che - secondo il giudice remittente – prescriverebbe, per gli appalti pubblici e i contratti di concessione tra enti nell'ambito del settore pubblico, la pubblicità e la trasparenza degli affidamenti nonché la valutazione della congruità economica delle offerte, anche nelle forme di aggiudicazione diretta, ma non l'ulteriore onere, introdotto dall'art. 192, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016, di specifica motivazione delle ragioni del mancato ricorso al mercato.

Il Giudice delle leggi ha osservato in proposito che il suddetto criterio direttivo, trovando il suo epicentro non tanto nel generico obbligo di pubblicità e trasparenza – già presente nel nostro ordinamento in quanto principio fondamentale dell'azione amministrativa, codificato nell'art. 97 della Costituzione e nell'art. 1 della legge n. 241/90 - ma nel fatto di essere riferito agli affidamenti diretti, legittimerebbe la scelta del legislatore delegato di imporre, per tali casi, un onere di motivazione circa il mancato ricorso al mercato.

Inoltre – aggiunge la Consulta – bisogna considerare il costante orientamento della giurisprudenza costituzionale, che riconosce al legislatore delegato «margini di discrezionalità e la necessità di tener conto del quadro normativo di riferimento (sentenze n. 10 del 2018, n. 59 del 2016, n. 146 e n. 98 del 2015, e n. 119 del 2013), specie quando la delega «riguardi interi settori di disciplina o comunque organici complessi normativi» (sentenza n. 10 del 2018; nello stesso senso, sentenze n. 229 del 2014 e n. 162 del 2012)», che è appunto il caso della codificazione

¹¹³ Cfr. Corte di giustizia UE, sez. XI, 6 febbraio 2020, cause riunite C-89/19 - C-91/19, *Rieco SpA contro Comune di Lanciano e a.*, cit., § 41.

operata con il Codice dei contratti pubblici che – osserva la Consulta - «nell'adeguare la normativa nazionale alle direttive europee, si prefigge anche lo scopo di razionalizzare una disciplina di settore stratificatasi nel tempo».

Ed in effetti – conclude il Giudice delle leggi - lo stringente onere motivazionale imposto dal legislatore delegato per il ricorso all'*in house providing* è espressione di un indirizzo restrittivo in materia di affidamento diretto che caratterizza la legislazione nazionale da oltre dieci anni¹¹⁴ e che rappresenta la risposta all'abuso dell'istituto da parte delle amministrazioni nazionali e locali¹¹⁵.

In sintesi – secondo la Corte costituzionale – la scelta del legislatore delegato di limitare il ricorso all'*in house* è riconducibile all'esercizio dei normali margini di discrezionalità ad esso spettanti nell'attuazione del criterio di delega, ne rispetta la *ratio*, essendo il criterio di delega incentrato sull'istituto dell'affidamento diretto, ed è coerente con il quadro normativo di riferimento, improntato, da oltre un decennio, su un approccio restrittivo in materia di ricorso all'affidamento diretto.

10. Considerazioni conclusive

L'interpretazione della disciplina, comunitaria e nazionale, dell'*in house providing*, che emerge dagli ultimi pronunciamenti della Corte di giustizia UE e della Corte costituzionale, conferma la validità, anche con riferimento alle previsioni introdotte dall'art. 192, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016, delle motivazioni già poste dal giudice costituzionale a fondamento della sentenza 17 novembre 2010, n. 325¹¹⁶, in cui la Consulta aveva affermato la legittimità delle condizioni più rigorose rispetto al diritto comunitario per il ricorso all'affidamento *in house*, all'epoca previste dall'art. 23-bis del d.l. n. 112/2008, deducendo l'esistenza di un “margine di apprezzamento” del legislatore nazionale nell'applicazione dei principi di

¹¹⁴ Con riferimento al tradizionale orientamento restrittivo del legislatore italiano in materia di affidamenti diretti, la Corte costituzionale richiama, in ordine cronologico, le previsioni: a) dell'art. 23-bis del d.l. n. 112/2008, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 133/2008, poi abrogato a seguito di referendum; b) dell'art. 34, comma 20, del d.l. n. 179/2012, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 221/2012 (sulla cui interpretazione da parte della Consulta v. *supra*, nota n. 64); c) dell'art. 7, comma 3, dello schema di decreto legislativo di riforma dei servizi pubblici locali di interesse economico generale (adottato ai sensi degli artt. 16 e 19 della l. n. 124/2015, che non ha concluso il proprio *iter* per effetto della sentenza della Corte costituzionale 25 novembre 2016, n. 251, che ha sancito l'illegittimità della legge delega nella misura in cui quest'ultima, pur incidendo anche in ambiti riconducibili alla competenza regionale concorrente o residuale, non ha previsto meccanismi di leale collaborazione) che stabiliva, tra l'altro, che, «[n]el caso di affidamento in house o di gestione mediante azienda speciale, il provvedimento dà, altresì, specificamente conto delle ragioni del mancato ricorso al mercato»; d) dell'art. 5, comma 1, del d.lgs. n. 175/2016, che – osserva la Corte costituzionale - manifesta la stessa cautela delle precedenti norme verso la costituzione e l'acquisto di partecipazioni di società pubbliche (comprese quelle *in house*), prevedendo, nella sua versione attuale, che «l'atto deliberativo di costituzione di una società a partecipazione pubblica [...] deve essere analiticamente motivato [...], evidenziando, altresì, le ragioni e le finalità che giustificano tale scelta, anche sul piano della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria, nonché di gestione diretta o esternalizzata del servizio affidato».

¹¹⁵ La Corte costituzionale osserva che tale finalità emerge dalla relazione AIR dell'ANAC, relativa alle «Linee Guida per l'iscrizione nell'Elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società in house previsto dall'art. 192 del d.lgs. 50/2016».

¹¹⁶ V. *supra*, par. 6.

tutela, minimi ed indefettibili, stabiliti dall'ordinamento comunitario con riguardo ad un valore ritenuto meritevole di specifica protezione, quale la tutela della concorrenza “nel” mercato e “per” il mercato.

Secondo il Giudice delle leggi, l'introduzione, da parte del legislatore nazionale, di una disciplina pro concorrenziale più rigorosa rispetto a quanto richiesto dal diritto comunitario, pur non essendo da questo imposta, neppure si pone in contrasto con la normativa comunitaria, che in materia assume una posizione di neutralità, la cui *ratio* è rinvenibile – parafrasando la Corte costituzionale - nell'identità di “verso” della normativa interna e di quella comunitaria, che fa sì che quest'ultima, in quanto diretta a favorire l'assetto concorrenziale del mercato, costituisca solo un “minimo inderogabile” per i legislatori nazionali.

Le considerazioni del giudice costituzionale sono coerenti con il riconoscimento, da parte dell'ordinamento comunitario, della libertà di scelta degli Stati membri tra autoproduzione ed esternalizzazione dei servizi, che ha trovato una significativa espressione già con il “*Libro verde relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni*”, COM (2004) 327, presentato dalla Commissione europea il 30 aprile 2004. In esso si affermava, infatti, che il dibattito sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni «*si colloca a valle della scelta economica ed organizzativa effettuata da un ente locale o nazionale, e non può essere interpretato come un dibattito mirante a esprimere un apprezzamento generale riguardo alla scelta se esternalizzare o meno la gestione dei servizi pubblici; tale scelta compete infatti esclusivamente alle autorità pubbliche. Infatti, il diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni non si esprime riguardo all'opzione degli Stati membri se garantire un servizio pubblico attraverso i propri stessi servizi o se affidarli invece ad un terzo*».

Le considerazioni della Commissione europea sono coerenti, d'altra parte, con l'interpretazione della Corte di giustizia che, a partire dalla sentenza *Teckal*, si è preoccupata esclusivamente di definire i caratteri distintivi dell'*in house*, con l'intento di individuare un'area di esclusione dall'applicazione dei principi di libera concorrenza e non discriminazione tra operatori economici, non precludendo una restrizione dell'ambito applicativo dell'istituto da parte di norme interne dirette a favorire l'affidamento tramite gara. L'orientamento espresso dal legislatore e dal giudice comunitario ha trovato il suo naturale punto di approdo normativo, in un ideale filo rosso che attraversa la vicenda dell'*in house* nell'ordinamento comunitario, nel considerando 5 della direttiva 2014/24/UE che, nell'escludere l'esistenza di un obbligo di esternalizzazione dei servizi imposto agli Stati membri, legittima una legislazione statale di segno diverso, che ammetta l'affidamento *in house* solo a determinate condizioni, privilegiando il ricorso al mercato.

E' dunque in coerenza con l'ordinamento comunitario che il legislatore italiano del 2016 – in continuità con il precedente indirizzo normativo – ha deciso di privilegiare gli affidamenti tramite gara di appalto dei servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza, confinando l'affidamento *in house* in una



posizione di assoluta marginalità, sancita dalla previsione di un doppio onere motivazionale, relativo alle ragioni del mancato ricorso al mercato e ai benefici per la collettività della forma di gestione prescelta. Va osservato, d'altra parte, che tale condizione di marginalità è limitata all'ambito di applicazione della norma statale, al di fuori del quale trova piena espansione il principio di libera organizzazione delle autorità pubbliche, con conseguente elevazione dell'*in house* ad opzione organizzativa equiordinata all'affidamento a terzi mediante procedure competitive ad evidenza pubblica.