



CAMMINO DIRITTO

Rivista di informazione giuridica
<https://rivista.camminodiritto.it>



AFFIDAMENTI IN HOUSE EX ART. 192, COMMA 2, DEL CODICE DEI CONTRATTI: NUOVA RIMESIONE ALLA CGUE

Con recenti ordinanze il Consiglio di Stato ha rimesso alla Corte di Giustizia UE diverse questioni interpretative relative alla disciplina sugli affidamenti in house previsti dal Codice dei contratti

di **Andrea Indelicato**

IUS/09 - ISTITUZIONI DI DIRITTO PUBBLICO

Articolo divulgativo - ISSN 2421-7123

Direttore responsabile

Raffaele Giaquinto

Publicato, Lunedì 18 Febbraio 2019

I Giudici di Palazzo Spada, con le ordinanze n. 138 del 7 gennaio 2019 e nn. 293 e 296 del 14 gennaio 2019, hanno rimesso alla Corte di Giustizia UE diverse questioni interpretative sull'istituto dell'in house providing con riferimento specifico all'art. 192, comma 2 del Codice dei Contratti (d.lgs. 50/2016 e ss.mm.ii.), sostanzialmente interrogandosi circa la compatibilità con il diritto comunitario – e “segnatamente con 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” – della normativa nazionale rispetto ad un criterio di affidamento diretto (a società in house, per l'appunto) subordinato rispetto agli affidamenti tramite gara di appalto.

Senza avere la pretesa di trattare analiticamente questo istituto nell'ambito del presente contributo, si tenga presente che la natura dell'in house¹ non origina essenzialmente come modello organizzativo di erogazione di servizi pubblici, bensì “[...] molto più banalmente” come “[...] 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”².

Dalla lettura delle citate ordinanze paiono scorgersi almeno tre profili che connotano le altrettante remissioni, e che in estrema sintesi sono:

il profilo per cui, coerentemente alla legislazione interna, le procedure ad evidenza pubblica devono (o dovrebbero) costituire la regola, mentre l'affidamento in house l'eccezione;

quello per cui debba sussistere un rapporto di delegazione interorganica tra la P.A. e la società affidataria in house affinché tale strumento possa essere attivato;

quello, infine, per cui il ricorso all'in house sarebbe consentito esclusivamente “in caso di dimostrato fallimento del mercato rilevante”, nonché fornendo “specifiche motivazioni circa i benefici per la collettività connessi a tale forma di affidamento”.

Quanto al primo aspetto, non pare fuori luogo affermare come il carattere di residualità dell'in house providing (in particolar modo per quanto concerne i servizi pubblici di interesse generale a livello locale) possa ben dirsi superato, se non addirittura rovesciato.³

In particolare, se si considera, sotto il profilo del diritto della concorrenza e delle libertà fondamentali, che questo modello organizzativo (in virtù del controllo analogo e della concentrazione dell'attività a favore dell'amministrazione aggiudicatrice)⁴ può essere assimilabile a una forma di gestione interna (atteggiandosi a mero rapporto amministrativo interorganico⁵ di autoproduzione)⁶, configurandosi dunque il fornitore come una impresa dal punto di vista del diritto comunitario.

Il secondo aspetto risulta poi, giocoforza, connesso al primo e rappresenta, a parere di chi scrive, un falso problema se è vero che il giudice comunitario⁷, già prima della celebre sentenza Teckal⁸, aveva avuto modo di pronunciarsi nel senso della non obbligatorietà da parte delle amministrazioni aggiudicatrici di ricorrere a procedure competitive per l'affidamento di un servizio, potendo la P.A. espletarlo direttamente tramite un soggetto in rapporto di delegazione interorganica⁹.

Quanto al terzo aspetto, non si può non fare riferimento, da un lato, alle Linee guida ANAC n. 7, recanti prescrizioni circa "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"¹⁰ e, dall'altro, al comma 2 dell'art. 192 del Codice dei Contratti sulla "valutazione sulla congruità economica dell'offerta dei soggetti in house"¹¹ – disposizione che il Tar Liguria (sez. II, ordinanza del 15.11.2018, n. 886) ha recentemente rimesso alla Corte Costituzionale¹².

Sarà molto interessante, a questo punto, attendere il pronunciamento della CGUE anche alla luce della lettera di messa in mora della Commissione UE riguardante la non conformità del Codice dei Contratti alle direttive europee, per quanto (almeno per ora) la scure non si è abbattuta specificamente sulla disciplina interna dell'in house¹³.

Note e riferimenti bibliografici

1 "La nozione comunitaria dell'in house providing è stata mutuata dall'ordinamento anglosassone, ove è tradizionalmente contrapposta all'ipotesi del contracting out, come modalità con la quale una pubblica amministrazione dispone per l'approvvigionamento di beni, servizi e forniture, ovvero l'erogazione di servizi. L'ordinamento anglosassone contempla, in effetti, procedure concorrenziali con le quali le amministrazioni pubbliche sono tenute a confrontare l'opzione dell'in house con la possibilità di esternalizzare (contracting out) l'esercizio dell'attività o la produzione delle risorse necessarie al suo

svolgimento, onde ottimizzarla in conformità ai principi di economicità, efficacia ed efficienza. Il produttore in house è soggetto, così, ad un confronto concorrenziale con produttori “esterni”, ma, in caso di affidamento a quello dell’attività oggetto della procedura concorsuale, il rapporto tra pubblica amministrazione e produttore in house non è di tipo contrattuale, sfuggendo, quindi, alla disciplina comunitaria sugli appalti pubblici. Ove, invece, la p.a. decida di affidare l’attività, che è stata oggetto di confronto concorrenziale con l’opzione in house, ad un produttore “esterno”, il rapporto giuridico ha natura contrattuale e sarà assoggettato alla disciplina comunitaria sugli appalti” [P. Rossi, Le “nuove” società in house nella riforma Madia, tra perdurante specialità e transizione al diritto comune, in *Amministrazione In Cammino*, 23 febbraio 2018 p. 2].

Si veda anche, con argomentazioni analoghe: P. Canaparo, L’*“In house”*: dal *“mercato grigio”* degli appalti senza gara all’elenco istituito dall’Anac, in *Appalti&Contratti online*, 10 maggio 2017.

Circa la differenza tra in house ed outsourcing, e sull’indifferenza al ricorso all’uno o all’altro, il Consiglio di Stato (sez. VI, 30.04.2018, n. 2583) si è trovato ad affermare che: “L’affidamento in house si fonda sul diritto europeo, che considera la concorrenza fra soggetti economici un valore essenziale da promuovere: la regola generale è che le Amministrazioni indicano le gare per la scelta del proprio contraente (nei settori disciplinati dal diritto europeo), ma dall’art. 51 del Trattato sul funzionamento dell’Unione - TFUE (richiamato al successivo art. 62 in materia di servizi) si desume una possibile deroga, quando si tratti delle “attività” che nello Stato membro “partecipino, sia pure occasionalmente, all’esercizio dei pubblici poteri”. In tal senso, le legislazioni nazionali possono stabilire se le P.A. (per procurarsi beni e servizi economici) debbano rivolgersi a soggetti privati (outsourcing o contracting out) oppure possano procurarseli con una propria struttura (in house providing). La scelta fra le due alternative è libera, nel senso che il diritto europeo non impone un obbligo generalizzato di outsourcing, ma dispone che l’Amministrazione – qualora voglia concludere contratti con soggetti privati – non alteri la concorrenza e dunque indica le pubbliche gare. Per altro verso, per il diritto europeo è indifferente se la provvista di beni o servizi risulta svolta per il tramite di un soggetto giuridicamente distinto dall’ente pubblico che se ne avvale, purché il risultato finale sia invariato”. Cfr., in senso simile: Tar Lombardia, sez. II, 09.05.2016, n. 639, per il quale le P.A. “non hanno alcun obbligo di procedere sempre e comunque all’outsourcing e invece possono, se ciò ritengono, produrre in proprio, ovvero in house, gli stessi beni e servizi che potrebbero comperare sul mercato”; pertanto, la scelta effettuata da un ente locale di rendere un servizio pubblico “con una certa modalità organizzativa piuttosto di un’altra, ovvero in questo caso di ricorrere all’in house e non externalizzare, è ampiamente discrezionale, e quindi, è sindacabile nella presente sede giurisdizionale nei soli casi di illogicità manifesta ovvero di altrettanto manifesto travisamento dei fatti” (notoriamente, classiche figure sintomatiche dell’eccesso di potere).

2 Così 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 *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, n. 1/2016, p. 2. Si rammenti che la base giuridica delle norme sugli appalti pubblici e sulle procedure ad evidenza pubblica non sono tanto quelle sulle note regole di concorrenza (artt. 101 e ss. TFUE), quanto le norme sulle libertà fondamentali: del resto, l'aggiudicazione degli appalti pubblici da (o per conto di) Autorità degli Stati membri deve rispettare i principi del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, e in particolare la libera circolazione delle merci, la libertà di stabilimento e la libera prestazione di servizi – nonché i principi che ne derivano, come la parità di trattamento, la non discriminazione, il mutuo riconoscimento, la proporzionalità e la trasparenza (cfr. Direttiva 2014/24/UE, considerando 1) e considerando 32): “L’aggiudicazione di un appalto pubblico senza una procedura competitiva offrirebbe all’operatore economico privato che detiene una partecipazione nel capitale della persona giuridica controllata un indebito vantaggio rispetto ai suoi concorrenti” (considerando 32); tuttavia, è consentito l’ingresso di privati in via d’eccezione (ex art. 12, comma 1, lett. c)) “purché ciò sia previsto dalla legislazione nazionale ed avvenga in conformità del Trattato e sempre che ai privati non siano riconosciuti poteri di controllo o di veto”.

3 Si considerino in tal senso due pronunce della Corte di Cassazione: l’ordinanza della sez. III Civile, 14.02.2018, n. 3566 (che rimettendo al Primo Presidente la valutazione circa la remissione alla pronuncia delle Sezione Unite sulla questione se la volontà contrattuale delle aziende speciali partecipate dallo Stato o dagli enti pubblici debba essere o meno trasfusa in forma scritta, corrobora la tesi per cui “le aziende speciali degli enti locali sono enti pubblici economici soggetti alle norme di diritto pubblico per quanto riguarda la loro organizzazione interna ed alle norme di diritto privato per quanto riguarda l’attività economica dai medesimi posta in essere”); la sentenza delle Sezioni Unite, 09.08.2018, n. 20684 (che, nel decidere in merito al fatto che per i contratti delle aziende municipalizzate – salva l’applicazione di speciali discipline per particolari categorie – non è imposta la forma scritta ad substantiam, statuisce come “[...] L’azienda speciale fa parte quindi di un articolato sistema di gestione dei servizi pubblici locali da parte degli enti territoriali [...] i servizi aventi rilevanza economica ed imprenditoriale, potevano e possono essere gestiti, con scelta sostanzialmente discrezionale, attraverso un duttile ed articolato sistema di alternative, che vanno dall’azienda speciale alla concessione, quindi da una minima ad una massima esternalizzazione, passando per la partecipazione a società capitali a vario assetto (tra cui spiccano quelle in house)”).

4 Cfr. Corte di Giustizia dell'Unione Europea: causa n. C-107/98 del 18.11.1999 (Teckal), punti 49-50; causa n. C-458/03 del 13.10.2005 (Parking Brixen), punti 50-52; causa n. C-410/04 del 06.04.2006 (ANAV), punti 15-23.

5 F. Guerrera, *Le società a partecipazione pubblica*, Giappichelli Editore, Torino, 2010: “ [...] nel caso dell’*in house providing* a ben vedere [...] l’ente, solo formalmente distinto dalla P.A., in verità ne costituisce una mera appendice” [p. 18]. Più in particolare, per affidamento *in house* si intende una modalità, alternativa all’applicazione della disciplina in tema di appalti e servizi pubblici, per effetto della quale una P.A. si avvale (al fine di reperire beni e servizi, ovvero per erogare alla collettività prestazioni di pubblico servizio) di soggetti sottoposti al suo penetrante controllo. È quindi necessario attuare un contemperamento tra esigenze di concorrenza ed obbligo di svolgimento di servizi di interesse generale: “Di questo complesso puzzle l’*in house providing* è, a sua volta, un piccolo, ma rilevante tassello nella prospettiva dello svolgimento, da parte delle Amministrazioni nazionali, dei servizi di interesse economico generale di cui esse si facciano carico e che intendano svolgere in regime di auto-produzione. Il bilanciamento necessario ex art. 106 par. 2 TFUE tra regole di concorrenza, da un lato, ed esigenze connesse all’espletamento di servizi di interesse generale, dall’altro, si ottiene, infatti, in concreto, tramite l’applicazione di tre diversi principi: il principio di neutralità rispetto al regime di proprietà, pubblica o privata, delle imprese. Il principio di libertà degli Stati membri quanto alla definizione di ciò che è servizio d’interesse generale, fermo restando il controllo di eventuali casi di errore manifesto. Il principio di proporzionalità, nel senso che le restrizioni alla concorrenza e le limitazioni delle libertà del mercato unico non devono eccedere quanto necessario per garantire l’effettivo assolvimento della missione di pubblico servizio [corsivo degli autori, ndr]” [D.U. Galetta, G. Carullo, op. cit., p. 12].

6 “A ben vedere, ciò significa semplicemente che i requisiti dell’*in house*, nato come eccezione alla regole della liberalizzazione degli acquisti, devono essere oggetto di interpretazione restrittiva [...] Del pari, tuttavia, gli stessi enti pubblici, in virtù del principio di auto-organizzazione amministrativa, noto al nostro ordinamento giuridico prima ancora del recepimento dell’acquis comunitario, hanno la facoltà – cui ricorrere in via principale e non meramente eccezionale –, di erogare i servizi pubblici direttamente, senza avvalersi del mercato, ovviamente purché ciò sia finanziariamente ed economicamente sostenibile, ricorrendo all’auto-produzione, dunque, attraverso la gestione in economia ovvero tramite affidamento diretto a società c.d. *in house*” [M. Passalacqua, *Il «disordine» dei servizi pubblici locali. Dalla promozione del mercato ai vincoli di finanza pubblica*, Giappichelli Editore, Torino, 2016, p. 15].

7 Causa n. C-360/96 (Arnhem) e causa n. C-108/98 (RI.SAN).

8 Pronunciata a seguito di una questione pregiudiziale proposta dal TAR Emilia Romagna sull’art. 6 della Direttiva 92/50/CEE, nella quale la Corte aveva precisato (pur scontando una certa carenza definitiva dei requisiti abilitanti) che nell’ipotesi di un contratto stipulato fra un ente locale ed una persona giuridicamente distinta da quest’ultimo trovavano applicazione le procedure di gara previste dalla Direttiva 93/63 per la scelta del contraente, indipendentemente dal fatto che tale persona giuridica fosse o meno, a sua

volta, amministrazione aggiudicatrice.

9 Si veda: Corte di Cassazione, sez. II, 14.03.2016, n. 4938 (“[...] la natura in house providing della società partecipata vanifica il dato formale della sua distinta personalità giuridica e giustifica in toto l’assimilazione della stessa società alle articolazioni organiche dell’ente pubblico, degli enti pubblici che al suo capitale partecipano in forma totalitaria; la società in house, in fondo, è una sorta di ‘impresa-organo’ ”). Dello stesso avviso di considerare le società in house providing un’articolazione in senso sostanziale della P.A. da cui promanano, ovvero un soggetto avente un ‘rapporto di immedesimazione’ con l’amministrazione affidante: Corte Costituzionale, 20.03.2013, n. 46; Consiglio di Stato, sez. VI, 26.05.2015, n. 2660; Consiglio di Stato, sez. VI, 11.12.2015, n. 5643; Tar Lazio, sez. II, 17.06.2016, n. 7032.

10 link Si veda a riguardo: E. Lomonaco, Affidamento in house: natura giuridica, funzione ed effetti dell’iscrizione nell’elenco ex art. 192 d.lgs 50/2016. Precisazioni in punto di conseguenze e tutela giurisdizionale a seguito del diniego d’iscrizione dell’ANAC, in ItaliAppalti.it, 11 aprile 2017.

11 “Ai fini dell’affidamento in house di un contratto avente ad oggetto servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza, le stazioni appaltanti effettuano preventivamente la valutazione sulla congruità economica dell’offerta dei soggetti in house, avuto riguardo all’oggetto e al valore della prestazione, dando conto nella motivazione del provvedimento di affidamento delle ragioni del mancato ricorso al mercato, nonché dei benefici per la collettività della forma di gestione prescelta, anche con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche”.

12 “[...] Il collegio dubita della legittimità costituzionale dell’art. 192 comma 2 del D. Lgs. 18.4.2016, n. 50, nella parte in cui prevede che le stazioni appaltanti diano conto nella motivazione del provvedimento di affidamento in house di un contratto “delle ragioni del mancato ricorso al mercato”, per contrasto con l’art. 76 della Costituzione, in relazione all’art. 1 lettere a) ed eee) della legge 28.1.2016, n. 11 (recante 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)”: oltre ad avere introdotto un onere motivazionale più gravoso rispetto a quello previsto dalla Direttiva 2014/24/UE (con ciò violando il cd. divieto di gold plating contenuto nell’art. 1, co. 1, lett. a) della l. 11/2016 di recepimento della medesima direttiva), i giudici liguri rilevano che il co. 2 violerebbe anche “[...] il criterio direttivo sub eee) [...] in quanto l’introduzione dell’obbligo di motivazione circa le ragioni del mancato ricorso al mercato 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 [...] 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”.

13 link
