

Il giudice amministrativo conferma la volontà del legislatore: l'affidamento di un servizio a società *in house providing* deve essere considerata l'eccezione e non la regola

di Andrea NAPOLITANO*

1.Premessa. **2.** La Direttiva 2014/24/UE **3.** I dubbi della giurisprudenza amministrativa in riferimento alla diretta applicabilità della "Direttiva Appalti" nell'ordinamento nazionale. **4.** Il Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica. **5.** La normativa in materia di *in house providing* nel nuovo codice dei contratti pubblici. **6.** La sentenza del Tar Aosta 20 febbraio 2017 n. 7. **7.** Brevi conclusioni

1. Premessa.

Il modello dell'*in house providing* rappresenta, come è noto, una esplicitazione del principio di autorganizzazione della pubblica amministrazione secondo cui la stessa è in grado di produrre beni e servizi senza dover fare ricorso al mercato attraverso procedure ad evidenza pubblica¹.

Per una corretta definizione del fenomeno, non può non tenersi conto del ruolo della giurisprudenza europea, che, in numerose decisioni, ha avvertito l'esigenza di stabilire una relazione rigorosa tra amministrazione pubblica e società *in house* mediante l'elaborazione del concetto di controllo analogo e di destinazione prevalente.

Il primo importante riferimento all' *in house providing* si rinviene, come è noto, nel c.d. *Libro Bianco* del 1998², con il quale la Commissione Europea ha

* Dottore di ricerca il diritto dei servizi nell'ordinamento italiano ed europeo" XXVIII ciclo, presso l'Università degli Studi di Napoli Parthenope.

¹ Come è noto, tale modello non può essere identificato con l'organismo di diritto pubblico in quanto contraddistinto da requisiti più rigorosi. Infatti, com'è stato più volte sottolineato dal Consiglio di Stato, mentre tutte le società *in house* sono organismi di diritto pubblico, non può sostenersi il contrario. Cfr. Cons. St., 11 dicembre 2015, n. 5643, in *Foro amm.*, 2015, 12, p. 3101. Secondo i giudici di Palazzo Spada, infatti, «Se dunque è vero - come è vero - che l'organismo *in house* rappresenta sotto ogni aspetto un'articolazione in senso sostanziale dell'amministrazione pubblica di riferimento, ne consegue l'applicabilità al caso in esame dei richiamati articoli 1, comma 2, e 63, comma 4, con tutto ciò che ne deriva in punto di estensione, all'organismo *in house*, delle previsioni in punto di giurisdizione riferibili all'amministrazione pubblica di riferimento».

² Commissione Europea, *Pagamento commisurato all'uso dell'infrastruttura: approccio graduale a un quadro comune di fissazione degli oneri per l'infrastruttura di trasporto nell'UE*, Libro Bianco, 1998. Nel documento della Commissione si è fatto riferimento alla distinzione tra il modello dell'

definito tale modello di affidamento come «quelli aggiudicati all'interno della pubblica amministrazione, ad esempio tra amministrazione centrale e locale, o ancora, tra una amministrazione e una società da questa interamente controllata».

La definitiva consacrazione dello stesso è avvenuta però in seguito ad alcune decisioni della Corte Di Giustizia, che ha elaborato per la prima volta il concetto di *in house providing* nella c.d. sentenza *Teckal*³ al fine di armonizzare i principi in materia di tutela della concorrenza con la facoltà di auto-organizzazione riconosciuta alle pubbliche amministrazioni.

Come è noto, i c.d. requisiti *Teckal* di controllo analogo e destinazione prevalente sono stati, negli anni, oggetto di attenzione e specificazione da parte della stessa Corte di Giustizia e della giurisprudenza nazionale che, in assenza di un chiaro riferimento normativo, sono state chiamate a legittimare o meno la deroga alla normativa in materia di contratti pubblici ed il conseguente affidamento diretto del servizio a società *in house providing*.

2. La Direttiva Appalti 2014/24/UE.

Il fenomeno dell'*in house providing* è stato oggetto di attenzione da parte del legislatore europeo, nella direttiva 2014/24/UE, pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea del 28 marzo 2014 insieme alla Direttiva 2014/25/UE⁴, ed alla Direttiva 2014/23/UE⁵, all'interno delle quali sono stati ripresi i principi fondamentali del diritto europeo quali la libera amministrazione delle autorità pubbliche, la facoltà attribuita ai soggetti di organizzare, secondo le proprie esigenze, l'erogazione, alla distribuzione dei servizi di interesse generale, e la tutela della concorrenza rinvenibile nell'apertura totale dei mercati e la costituzione di un mercato unico europeo comune⁶.

Per la parte che interessa, come noto, non vi è una definizione certa del fenomeno dell'*in house providing*, essendo prevista una regolazione incidentale

in house, strumento di organizzazione attraverso il quale la P.A. provvede ai propri bisogni, attraverso lo svolgimento dell'attività interna alla stessa, dal c.d. *out-sourcing* basata sulla considerazione che l'amministrazione pubblica si rivolge al privato per esternalizzare la produzione e reperire delle risorse idonee al compimento delle finalità istituzionali.

³ Corte di Giustizia, 18 novembre 1999, *Teckal s.r.l. c Comune di Aviano*, causa- 197/98, in *Raccolta*, 1999, 8121.

⁴ Si tratta della Direttiva avente ad oggetto le procedure di appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali.

⁵ Direttiva sull'aggiudicazione dei contratti di concessione.

⁶ Per un'analisi più accurata delle tre Direttive, si rinvia a A.A.V.V., *Il recepimento in Italia delle Nuove direttive appalti e concessioni. Elementi critici e opportunità*, C. FRANCHINI, F. SCIAUDONE, (a cura di), Editoriale Scientifica, Napoli, 2015.

in riferimento agli appalti ed alle concessioni tra soggetti nell'ambito del settore pubblico, tra amministrazioni aggiudicatrici, assegnati ad «una persona giuridica di diritto privato o di diritto pubblico»⁷.

Nella nuova normativa si stabilisce, infatti, che gli appalti aggiudicati da società controllate non dovrebbero essere sottoposte all'applicazione delle procedure di gara, nel caso in cui l'amministrazione aggiudicatrice eserciti sulla stessa un controllo analogo a quello previsto sui propri uffici e a condizione che la stessa entità controllata svolga più dell'80% delle proprie attività nei confronti della amministrazione che detiene il controllo o in favore di altre persone giuridiche controllate dalla stessa entità aggiudicatrice, a prescindere dal beneficiario dell'esecuzione dell'appalto⁸.

I riferimenti normativi sono all'articolo 12 della "Direttiva Appalti", all'articolo 28 della Direttiva 2014/25/UE ed all'articolo 17 della Direttiva 2014/23/UE in materia di concessioni, che hanno in gran parte recepito gli orientamenti giurisprudenziali della Corte di Giustizia in materia, inserendo al tempo stesso alcune novità e precisazioni⁹.

Il modello dell'*in house* è stato disciplinato, nello specifico dai paragrafi 1,2,3,5 dell'articolo 12, il cui paragrafo 4 è invece dedicato al c.d. partenariato pubblico-pubblico orizzontale.

Infatti, in virtù di quanto previsto dalla nuova disposizione, al fine di legittimare l'affidamento diretto di un servizio, l'amministrazione aggiudicatrice deve essere in grado di esercitare sulla società aggiudicataria un controllo analogo a quello che la stessa esercita sui propri uffici.

Nello specifico la stessa norma ha evidenziato come sussista il requisito di cui sopra «qualora essa (l'amministrazione) eserciti un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della persona giuridica controllata», precisando che «tale controllo può anche essere esercitato da una persona giuridica diversa, a sua volta controllata allo stesso modo dall'amministrazione aggiudicatrice¹⁰».

⁷ C. VOLPE, *L'affidamento in house: Situazione attuale e proposte per una disciplina specifica, in Il recepimento in Italia delle Nuove direttive appalti e concessioni. Elementi critici e opportunità*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2015, p. 125.

⁸ Il riferimento è al Considerando 32 e all'articolo 12 della "Direttiva Appalti".

⁹ Cfr. sul punto: C. VOLPE, *L'affidamento in house: situazione attuale e proposte per una disciplina specifica*, in *www.giustamm.it*, 10, 2014; F. S. FOÀ, D. GRECO, *L'in house providing nelle direttive appalti 2014: norme incondizionate e limiti dell'interpretazione conforme*, in *www.federalismi.it*, 15, 2015, p. 6.

¹⁰ E' il c.d. *in house a cascata*, secondo cui un'amministrazione esercita un controllo analogo su un'altra amministrazione che a sua volta imprime un controllo analogo su una società *in house*.

La Direttiva Appalti, inoltre, riprendendo quanto già definito dalla Corte di Giustizia, disciplina, legittimandolo, il c.d. *in house invertito* o *capovolto* e il c.d. *in house orizzontale*¹¹.

Tra le novità alla "struttura classica" del modello si ritiene necessario menzionare il c.d. *in house frazionato*, caratterizzato dall'ipotesi in cui le amministrazioni esercitano il controllo analogo nonostante siano in possesso di partecipazioni di minoranza¹².

In riferimento all'altro requisito, quello dell'attività prevalente, la stessa Direttiva Appalti stabilisce che la società controllata sia chiamata a svolgere oltre l'80% delle proprie attività di esecuzione dei compiti ad essa affidati dall'amministrazione aggiudicatrice controllante, o da altre persone controllate direttamente o indirettamente dall'amministrazione aggiudicatrice, o da altri soggetti giuridici sottoposti alla verifica dell'amministrazione controllante.

Ai fini della determinazione di tale percentuale si prevede che la stessa possa essere prevista nel fatturato totale medio, o in una misura alternativa idonea basata sempre sull'attività, quali sono i costi sostenuti dalla società o dall'amministrazione aggiudicatrice in questione, nei campi dei servizi, delle forniture e dei lavori per i tre anni precedenti l'aggiudicazione dell'appalto o della concessione¹³.

In questa ipotesi viene ammesso l'affidamento diretto dalla prima amministrazione nei confronti della società *in house* anche in assenza di una relazione diretta tra i due soggetti.

¹¹ Il primo istituto si riferisce alle ipotesi in cui, il soggetto controllato, nella veste di aggiudicatore, affida in maniera diretta il servizio ad un soggetto controllante. Si tratta, quindi, di una bi-direzionalità dell'*in house*, giustificata dal fatto che, poiché la società controllata risulta essere *longa manus* dell'amministrazione aggiudicatrice, potrebbe parlarsi di una delegazione interorganica diversa rispetto a quella tradizionale. Nel caso, invece di *in house orizzontale*, l'amministrazione affida in maniera diretta un appalto od una concessione ad un soggetto, che, come aggiudicatore, si trova in una situazione di *in house* nei confronti di un'altra amministrazione che controlla i primi due.

¹² Tale modello, disciplinato dal paragrafo 3 della "Direttiva Appalti", dall'articolo 28 paragrafo 3 della Direttiva sui settori speciali e dall'articolo 17 paragrafo 3 della Direttiva in materia di concessioni, è ritenuto legittimo nei casi in cui gli organi decisionali dell'organismo controllato siano composti da rappresentanti di tutti i soci pubblici partecipanti, ovvero, da soggetti che possono rappresentare la maggioranza o la totalità dei soci pubblici partecipanti. Così facendo, ogni soggetto pubblico partecipante risulta essere rappresentato negli organi decisionali del soggetto affidatario. Inoltre, i soci pubblici devono essere in grado di esercitare, congiuntamente, un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative dell'organismo controllato, ed, infine, la società controllata non deve perseguire interessi contrari a quelli di tutti i soci pubblici partecipanti.

¹³ Queste ipotesi sono disciplinate dall'ultimo paragrafo dell'articolo 12 della Direttiva Appalti, dall'articolo 28 della Direttiva in materia di servizi speciali e dall'articolo 17 della Direttiva in materia di concessioni.

La novità più importante è, senza dubbio, quella riconducibile al requisito della totale partecipazione pubblica.

Infatti, la nuova disposizione europea prevede che «nella persona giuridica controllata non vi sia alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto, prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata»¹⁴.

Si tratta di un'ipotesi che si pone in contrasto con l'orientamento giurisprudenziale nazionale e sovranazionale che ha sollevato importanti dubbi sulla volontà del legislatore europeo di creare un nuovo modello di società pubblica, attribuendo ai legislatori nazionali la possibilità di legittimare l'affidamento diretto a società che, anche se in maniera minima, sono partecipate dai privati, con il conseguente rischio di creare discordanze tra gli stessi appartenenti all'Unione¹⁵.

3. I dubbi della giurisprudenza amministrativa in riferimento alla diretta applicabilità della "Direttiva Appalti" nell'ordinamento nazionale.

Gli effetti delle nuove Direttive sull'ordinamento nazionale sono stati oggetto di attenzione da parte della giurisprudenza amministrativa che è stata chiamata ad esaminare la ricaduta delle nuove disposizioni sugli affidamenti precedenti al recepimento delle stesse da parte del legislatore italiano.

Il Consiglio di Stato ha affrontato per la prima volta la questione nel parere n. 298/2015¹⁶ con il quale è stato legittimo un affidamento diretto nei confronti di una società caratterizzata da una, seppur minima, partecipazione privata esprimendo, in questo caso, giudizio favorevole alla diretta applicabilità della nuova normativa europea.

¹⁴ Si tratta della disposizione presente al paragrafo 1, lett. c) della Direttiva Appalti. Parte della dottrina ha ricordato come l'apertura di società pubbliche alla partecipazione di privati fosse avvenuta già con il Regolamento CEE n.1370/2007, in materia di servizi pubblici di trasporto passeggeri su strada e ferrovia. Cfr. sul punto: C. VOLPE, *Le nuove Direttive sui contratti pubblici e l'in house providing: problemi vecchi e nuovi*, cit., p. 17.

¹⁵ Sul punto si evidenzia come il legislatore nazionale in sede di recepimento della Direttiva non abbia tenuto conto della possibile apertura del capitale sociale di un società *in house* a soggetti privati, ritenendo ancora oggi elemento distintivo la totale partecipazione pubblica per la stessa.

¹⁶ Cons. St., Parere, 30 gennaio 2015, n. 298, con nota di G. CARULLO, *Luci ed ombre sulla legittimità dell'affidamento in house al CINECA*, in *Giust. Amm.*, 2015, 2; V. BRIGANTE, *La crisi della soggettività nel diritto amministrativo: l'in house providing alla luce del parere del Consiglio di Stato n. 298/15*, cit., p. 14; con nota di G. VELTRI, in *Urbanistica e appalti*, 6, 2015, p. 667.

Nello specifico, nonostante i primi dubbi¹⁷ sulla conformità dell'affidamento *in house* nei confronti del CINECA, società il cui capitale è composto anche da privati, i giudici, secondo quanto previsto dall'articolo 12 della Direttiva, qualificando l'affidamento in esame come appalto di servizi, hanno affermato come, nonostante la nuova disciplina non potesse essere già ritenuta applicabile, «non può in ogni caso non tenersi conto di quanto disposto dal legislatore europeo, secondo una dettagliata disciplina in materia, introdotta per la prima volta con diritto scritto e destinata a regolare a brevissimo la concorrenza nei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture nell'UE».

Nonostante le perplessità suscitate da questa decisione, i giudici di Palazzo Spada hanno giustificato il proprio orientamento, sottolineando come i requisiti stabiliti dallo stesso articolo 12, fossero talmente precisi e dettagliati da non lasciar margine di discrezionalità al legislatore, stabilendo che «il modello accolto è quello codificato, della cooperazione pubblico-pubblico istituzionalizzata di tipo verticale secondo l'articolo 12 della Direttiva 24/2014»¹⁸.

Gli stessi giudici, in sede giurisdizionale hanno valutato in maniera diametralmente opposta tale ipotesi nella sentenza n. 2660/2015 con la quale si è analizzata la legittimità dell'affidamento diretto di un appalto di servizi da parte dell'Università degli Studi di Reggio Calabria, nei confronti dello stesso CINECA all'interno della cui compagine organizzativa partecipa l'Università¹⁹.

¹⁷ Lo stesso Consiglio di Stato, infatti, con parere interlocutorio del 13 febbraio 2013, n. 1168, ha evidenziato come, in attesa di ulteriori analisi in riferimento alla natura dei servizi affidati in via diretta, e in considerazione della considerevole giurisprudenza in materia, «una società partecipata da un ente pubblico, per poter essere investita direttamente della gestione di un compito, non debba presentare la presenza di privati al capitale sociale o anche la mera previsione statutaria di una futura ed eventuale privatizzazione, né la presenza di previsioni statutarie che permetterebbero alla società di acquisire una vocazione commerciale tale da rendere precario il controllo da parte dell'ente pubblico».

¹⁸ Nel caso di specie, quindi, è stata rilevata come la posizione del CINECA, nei confronti del Ministero e delle altre amministrazioni consorziate, rientrasse perfettamente nella fattispecie per la quale la disciplina europea prevede l'affidamento diretto, ritenendo sussistenti i requisiti del controllo analogo e della destinazione prevalente. In riferimento al primo criterio, è stata infatti rilevata la fondatezza dell'affidamento vista partecipazione del Ministero negli organi direttivi e del potere di apportare modifiche allo statuto del CINECA e del diritto di veto, esercitabile dallo stesso sulle deliberazioni più importanti del Consiglio consortile. Nel verificare la fondatezza del requisito della destinazione prevalente, nella decisione ci si è invece soffermati sulla possibilità di partecipazione dell'ente ministeriale in società di capitali, o di affidamento, da parte dello stesso a terzi, di alcune attività di competenza del consorzio, ritenendo lodevole l'intervento di attuare sinergie quanto mai opportune nelle attività del CINECA.

¹⁹ Cons. St. 26 maggio 2015, n. 2660, con nota di L. ANIBALLI, *Ancora sulla partecipazione privata all'in house*, in *Giorn. dir. Amm.*, 6, 2015, p. 787.

In questa occasione si è fermamente negato la sussistenza dei requisiti *Teckal*, escludendo, inoltre, la possibile applicazione della nuova normativa ai fini della risoluzione della fattispecie.

Infatti, nel negare la diretta applicabilità della Direttiva Appalti, si è ritenuto illegittimo l'affidamento diretto ad una società a, seppur minima, partecipazione privata, sottolineando, come dalla lettura del Considerando 32 della direttiva, la partecipazione di capitali privati in società pubbliche, non solo deve essere prevista da una legge nazionale, ma deve risultare addirittura imposta ai fini della legittimità dell'affidamento²⁰.

Per questo motivo, quindi, i giudici di Palazzo Spada non hanno ritenuto sussistente il legame *in house* con un consorzio partecipato anche da privati, considerando l'affidamento diretto un'eccezione alla normativa in materia degli contratti pubblici, con la conseguenza che qualsiasi restrizione della concorrenza dovesse essere controbilanciata da importanti tutele e dal rispetto delle condizioni fissate in materia, nonché giustificata in casi eccezionali²¹.

Tale orientamento è stato successivamente confermato anche nella sentenza n. 4253/2015²², con la quale si è ritenuta illegittima una delibera con la quale un Comune ha affidato in via diretta il servizio di gestione dei rifiuti urbani ad una società a capitale privato.

In questa occasione gli stessi giudici hanno avuto modo di ricordare come l'affidamento diretto di un servizio fosse giustificato solo nei casi di totale partecipazione pubblica e che la nuova normativa non potesse essere ritenuta esecutiva in quanto il termine assegnato dal legislatore europeo per il recepimento risultava ancora pendente.

4. Il Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica.

²⁰ Nel sindacare la partecipazione privata all'interno del consorzio, gli stessi giudici hanno inoltre negato ai medesimi soggetti privati la configurazione di enti pubblici, per la sola ragione di svolgere attività di interesse pubblico. Pur ammettendo come in passato questa qualifica fosse stata accordata ad alcune Università private, in riferimento ad indici rilevatori che hanno valorizzato l'equiparazione in termini di azioni con altri istituti pubblici, si è ricordato come tale ipotesi dovesse essere esclusa in considerazione della «nozione funzionale e cangiate di ente pubblico».

²¹ Per motivare, infine la mancata sussistenza del requisito dell'attività prevalente, gli stessi giudici hanno evidenziato come lo svolgimento dell'attività imprenditoriale verso l'esterno, attribuisce al CINECA una vocazione commerciale che impedisce di considerarlo quale soggetto *in house*, anche in considerazione di alcune disposizioni statutarie in cui è prevista la possibilità di «*acquisire partecipazioni in società di capitali o altri consorzi*».

²² Cons. St., 11 settembre 2015, n. 4253, in *Foro amm.*, 2015, 9, p. 2264.

Le statuizioni previste in materia di *in house providing* dalla Direttiva Appalti sono state recepite, in parte, nel c.d. *Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica*, con il quale il legislatore nazionale si è prefissato il raggiungimento di obiettivi di lungo e di breve periodo²³.

Tra i più importanti si ricorda la volontà di limitare l'utilizzo dello strumento societario da parte dei soggetti pubblici attraverso la definizione di previsione normative capaci di incidere sul processo decisionale, in modo particolare sugli obblighi motivazionali inerenti la costituzione di una nuova società o l'acquisizione di partecipazioni²⁴.

Nello specifico, in riferimento al fenomeno dell'*in house providing* si ricorda come il legislatore abbia previsto, per la prima volta, con l'articolo 16 del Testo Unico, una disposizione *ad hoc* idonea a disciplinare tale modello organizzativo. In questo modo, andando a coordinare la disciplina nazionale in materia con le novità introdotte dalle c.d. Direttiva Appalti e Concessioni, sono stati previsti

²³ D.lgs. 19 agosto 2016, n. 175. Sicuramente, tra gli scopi di lungo periodo rientrano il riordino della disciplina in materia di società a partecipazione pubblica, attraverso un maggior grado di effettività, il chiarimento di una serie di confini tra pubblico e privato e dei dubbi tra disciplina generale e speciale cercando di delineare i confini dei vari ambiti. Si tratta, inoltre, di una politica legislativa contraria all'utilizzo incondizionato dello strumento societario ed orientata verso l'impiego di questo modello, strettamente collegato a casi specifici di straordinaria necessità. Rientrano invece tra gli obiettivi di breve termine la razionalizzazione e la riduzione della spesa a scopi finanziari, nonché la previsione di meccanismi di vigilanza e sanzione tali da rendere la disciplina transitoria conseguentemente complessa. Oltre ad una forte riduzione delle realtà partecipate, il Testo Unico si prefigge, inoltre, lo scopo di imporre regole speciali ispirate a tre esigenze, che secondo parte della dottrina costituiscono la schematizzazione della specialità di tale strumento. Nello specifico, si tratta di ipotesi speciali introdotte per la moralizzazione della P.A. e per ridurre l'impatto sulla finanza pubblica, indirizzate verso la volontà di evitare la fuga dallo Stato per eludere i vincoli previsti per la P.A., e fronteggiare meccanismi distorsivi della concorrenza.

²⁴ Secondo quanto previsto dall'articolo 4 del decreto, infatti, le pubbliche amministrazioni possono direttamente o indirettamente costituire società ed acquisire o mantenere partecipazioni in società esclusivamente per la produzione di un servizio di interesse generale, ivi inclusa la realizzazione e la gestione delle reti e degli impianti funzionali ai servizi medesimi; la progettazione e realizzazione di un'opera pubblica sulla base di un accordo di programma fra amministrazioni pubbliche; la realizzazione e gestione di un'opera pubblica ovvero organizzazione e gestione di un servizio d'interesse generale attraverso un contratto di partenariato con un imprenditore selezionato attraverso una procedura ad evidenza pubblica; l'autoproduzione di beni o servizi strumentali all'ente o agli enti pubblici partecipanti, nel rispetto delle condizioni stabilite dalle direttive europee in materia di contratti pubblici e della relativa disciplina nazionale di recepimento; per svolgere servizi di committenza, ivi incluse le attività di committenza ausiliarie, apprestati a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici secondo quanto previsto dalle nuove norme sui contratti pubblici. Inoltre, si ricorda come, in riferimento agli obblighi motivazionali siano state previste ipotesi più complesse e rigorose rispetto a quelle del passato, attraverso la definizione, inoltre, del coinvolgimento della Corte dei Conti e dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato.

specificati i requisiti di controllo analogo²⁵, destinazione prevalente e totale partecipazione pubblica²⁶ idonei a configurare la società *in house* quale *longa manus* dell'amministrazione, legittimando, per questo motivo l'affidamento diretto del servizio alla stessa.

Sul punto si ricorda, inoltre la sentenza della Corte costituzionale n. 251/16, con la quale è stata dichiarata l'illegittimità di alcune disposizioni previste dalla c.d. Legge *Madia*²⁷.

Al tempo stesso, però, il giudice delle leggi al punto 9 della sentenza ha affermato che «le pronunce di illegittimità costituzionale contenute in questa decisione, sono circoscritte alle disposizioni di delegazione della legge n. 124/15, oggetto del ricorso, e non si estendono alle relative disposizioni attuative. Nel caso di impugnazione di tali disposizioni, si dovrà accertare l'effettiva lesione delle competenze regionali, anche alla luce delle soluzioni correttive che il Governo riterrà di apprestare al fine di assicurare il rispetto del principio di leale collaborazione».

In questo modo, quindi, si è circoscritto l'ambito della pronuncia di illegittimità alle sole disposizioni contenute nella legge delega, prevedendo espressamente come l'incostituzionalità dei decreti legislativi adottati sulla base della stessa fosse meramente eventuale e comunque sanabile dal Governo attraverso l'adozione di misure correttive capace di assicurare il rispetto del principio di leale collaborazione.

Al fine di risolvere le incertezze createsi sul punto, si ricorda come il Consiglio dei Ministri abbia approvato, seppur in via preliminare, due decreti legislativi aventi ad oggetto disposizioni integrative e correttive ai decreti di attuazione

²⁵ Come è noto nell'articolo 2 lett. c) del decreto è prevista la definizione di controllo analogo intesa quale «situazione in cui l'amministrazione esercita su una società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, esercitando un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della società controllata. Tale controllo può anche essere esercitato da una persona giuridica diversa, a sua volta controllata allo stesso modo dall'amministrazione partecipante».

²⁶ Nel primo comma della disposizione in esame, nonostante il legislatore abbia ripreso integralmente quanto previsto dall'articolo 12 della Direttiva Appalti in riferimento alla possibile partecipazione dei privati all'interno della società in ipotesi strettamente residuali, resta invariato l'obbligatoria partecipazione pubblica totalitaria ai fini della configurazione della società quale appartenente al modello dell' *in house providing*.

²⁷ Corte cost., 25 novembre 2016, n. 251, in *Diritto & Giustizia*, 2016. Secondo i giudici, infatti, come è noto, il Governo avrebbe dovuto dare attuazione ai principi ed ai criteri direttivi previsti dalla legge delega solo dopo aver svolto le trattative ritenute più idonee con le regioni e gli enti locali utilizzando lo strumento dell'intesa, che meglio incarna il principio di leale collaborazione nell'ambito della Conferenza unificata.

della c.d. Legge *Madia* ed allo stesso Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica²⁸.

5. La normativa in materia di *in house providing* nel nuovo codice dei contratti pubblici.

Il nuovo codice dei contratti pubblici, il D.lgs. n. 50/2016²⁹, nel dare attuazione a quanto previsto dalle Direttive del 2014, introduce importanti novità anche in tema di affidamenti pubblici.

Nello specifico il legislatore ha inteso cristallizzare in una disposizione *ad hoc*, l'articolo 5 del decreto, i c.d. requisiti *Teckal*, secondo i quali viene legittimato un affidamento diretto nei confronti di una società *in house* nei casi in cui l'amministrazione esercita un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e nei casi in cui oltre l'80 per cento delle attività di questa viene effettuata nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'amministrazione controllante o da altre persone giuridiche da questa controllate³⁰.

Nello stesso modo viene inoltre definita la soglia al di sotto della quale l'attività svolta dalla società controllata nell'interesse dell'ente affidante non può dirsi "prevalente" «oltre l'80 per cento»³¹.

Il codice dei contratti pubblici, inoltre, all'art. 192 definisce regole di trasparenza e pubblicità da applicarsi alle società *in house*, prevedendo, al tempo stesso, l'istituzione di uno speciale elenco, curato dall'A.N.A.C., al quale

²⁸ Consiglio dei Ministri, 17 febbraio 2017, n. 13.

²⁹ D.lgs. 5 aprile 2016 n. 50, *Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*.

³⁰ Nella stessa norma viene definito controllo analogo l'ipotesi in cui l'amministrazione «eserciti un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della persona giuridica controllata. Tale controllo può anche essere esercitato da una persona giuridica diversa, a sua volta controllata allo stesso modo dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore». In questo modo, viene legittimato il controllo analogo "indiretto" o "a catena", che permette ad un soggetto pubblico di affidare in via diretta un servizio ad una società controllata in forma analoga da un altro ente, che il soggetto affidante controlla in forma analoga.

³¹ Il fatturato da considerare ai fini del calcolo della soglia è quello comunque realizzato in base alle decisioni di affidamento dell'ente controllante e ciò a prescindere dal fatto che il destinatario dell'attività sia la stessa amministrazione affidataria ovvero terzi (es. gli utenti delle prestazioni), a prescindere dalla natura giuridica (di appalto o concessione) del rapporto giuridico instaurato ed a prescindere dalla provenienza territoriale della remunerazione delle prestazioni dell'impresa, essendo in ogni caso ininfluente il luogo sul quale l'attività viene svolta.

devono iscriversi, su domanda, le amministrazioni che operano mediante affidamenti diretti *in house*³².

Le stesse regole di trasparenza sono inoltre rafforzate attraverso l'obbligo di pubblicazione sul profilo del committente, in formato *open-data*, di tutti gli atti connessi all'affidamento, nel caso in cui gli stessi non siano secretati.

Va inoltre ricordato che, l'A.N.A.C. ha ritenuto di far rientrare le società *in house* nell'ambito delle società controllate dalla P.A. a cui si applicano le norme di prevenzione della corruzione ai sensi della legge n. 190/2012, attraverso la nomina di un responsabile per la prevenzione della corruzione, al quale devono essere riconosciuti poteri di vigilanza sull'attuazione effettiva delle misure e di proposta delle integrazioni e modificazioni ritenute più opportune.

Per quel che riguarda invece la motivazione dell'atto di affidamento *in house* con la nuova normativa si è stabilito che «ai fini dell'affidamento *in house* di un contratto avente ad oggetto servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza, le stazioni appaltanti effettuano preventivamente la valutazione sulla congruità economica dell'offerta dei soggetti *in house*, avuto riguardo all'oggetto e al valore della prestazione, dando conto nella motivazione del provvedimento di affidamento delle ragioni del mancato ricorso al mercato, nonché dei benefici per la collettività della forma di gestione prescelta, anche con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche».

Attraverso tale previsione il legislatore sembrerebbe aver cristallizzato quel canone di congruità della giustificazione già previsto dalla giurisprudenza secondo cui la scelta da parte di un'amministrazione pubblica di avvalersi dell'affidamento *in house*, pur se ampiamente discrezionale, deve essere adeguatamente motivata in riferimento alle ragioni di fatto e di convenienza idonee a giustificarla³³.

³² L'esistenza dei requisiti per l'iscrizione è riscontrata dall'A.N.A.C., secondo modalità e criteri predefiniti attribuendo alla stessa efficacia non costitutiva, ma meramente dichiarativa. Ciò ha portato l'Autorità a precisare che, nelle more dell'adozione dell'atto di regolazione e della successiva attività di verifica dei requisiti ed iscrizione, «l'affidamento diretto alle società *in house* può essere effettuato, sotto la propria responsabilità, dalle amministrazioni aggiudicatrici e dagli enti aggiudicatori, in presenza dei presupposti legittimanti definiti dall'art. 12 della direttiva 24/2014/UE e recepiti nei medesimi termini nell'art. 5 del d.lgs. n. 50 del 2016 e nel rispetto delle prescrizioni di cui ai commi 2 e 3 dell'art. 192, a prescindere dall'inoltro della domanda di iscrizione».

³³ Va tuttavia precisato che, secondo quanto previsto dalla giurisprudenza, la natura tecnico-discrezionale della valutazione effettuata dalla P.A. non possa essere sottoposta all'ordinario sindacato di legittimità del giudice amministrativo, salvo che questa non si presenti

6. La sentenza del Tar Aosta 20 febbraio 2017 n. 7.

L'utilizzo dello strumento dell'*in house providing* per l'affidamento e la successiva gestione di un servizio pubblico è stato oggetto di attenzione da parte del Tar Aosta che con sentenza 20 febbraio 2017 n. 7 ha rigettato le doglianze di una società a partecipazione pubblica in merito all'indizione di una gara pubblica per l'affidamento del servizio di assistenza sistemica, tecnica e manutentiva di una rete informatica.

Nello specifico, la società *in house* ha lamentato la lesione di un proprio legittimo affidamento al rinnovo dell'appalto, già ottenuto in precedenza ritenendo per questo l'illegittimità dell'aggiudicazione ad un'altra società ed eccependo, al tempo stesso, la manifesta illogicità e contraddittorietà e la violazione dell'articolo 95 del nuovo codice dei contratti pubblici e della *par condicio*.

I giudici aostani, nel rigettare le richieste della stessa, hanno preliminarmente evidenziato come quest'ultima non potesse essere qualificata quale società *in house providing* difettando, nel caso di specie, il requisito del controllo analogo in considerazione dell'esiguità della partecipazione al capitale sociale da parte dell'amministrazione ricorrente e della impossibilità di dimostrare l'esistenza di poteri di controllo o di direzione dell'attività societaria da parte di quest'ultima.

Entrando nel dettaglio della questione, inoltre, il T.A.R. ha posto a confronto l'offerta predisposta dalla società ricorrente con quella dell'aggiudicataria sottolineando come la prima fosse meno conveniente sia da un punto di vista economico che prestazionale rispetto alla seconda che, quindi, era stata legittimamente presa in considerazione e valutata positivamente.

Al tempo stesso il Collegio, ritenendo la doglianza sulla illegittimità dell'aggiudicazione, per la valorizzazione eccessiva dell'elemento prezzo a discapito dell'elemento qualitativo dell'offerta, priva di positivo apprezzamento ha ricordato come «le valutazioni della commissione giudicatrice in ordine all'idoneità dell'offerta dei partecipanti alla gara sono espressione di un potere di natura tecnico-discrezionale a carattere complesso non sindacabile nel merito, salvo che risulti inficiata da profili di erroneità, di illogicità, ovvero sviamento»³⁴.

manifestamente inficiata da illogicità, irragionevolezza, irrazionalità od arbitrarietà, ovvero non sia fondata su di un altrettanto macroscopico travisamento dei fatti.

³⁴ Cfr. Cons. St., 16 gennaio 2017 n. 99, in *Rassegna Giuffrè amm.*, 2017.

In conclusione, nel legittimare ulteriormente l'affidamento del servizio conseguente all'indizione di una gara pubblica, i giudici hanno ricordato l'eccezionalità dell'affidamento diretto a società *in house providing* rispetto alla regola generale che impone il ricorso al mercato, ritenuto lo strumento ordinario di individuazione dei contraenti da parte di amministrazioni pubbliche. Tale interpretazione è inoltre legittimata anche dagli stringenti obblighi motivazionali previsti dalle disposizioni che si è avuto di approfondire precedentemente, secondo le quali, la partecipazione di soggetti pubblici in società deve essere giustificata da ragioni e finalità sul piano delle convenienza economica e della sostenibilità finanziaria.

7. Brevi conclusioni.

La sentenza in esame impone una, seppur breve, analisi sull'evoluzione che ha avuto il fenomeno dell'*in house providing* in seguito all'emanazione della c.d. Direttiva Appalti e del Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica.

Come è noto, la materia della società a partecipazione pubblica ha ricevuto "il bene prezioso di una disciplina unitaria" dopo il susseguirsi intensivo, compulsivo e frammentario degli interventi normativi degli ultimi anni.

Si tratta di un intervento legislativo basato su un'importante riduzione dell'utilizzo dello strumento societario da parte dello Stato ad ipotesi strettamente necessarie e vincolate a stringenti obblighi motivazionali, non solo per questioni di carattere strettamente finanziario ma anche per rispettare i principi di concorrenza e libero mercato così come disciplinati e tutelati dagli interventi europei in materia.

La decisione del Tribunale di Aosta, rispettando quanto previsto dalle recenti disposizioni, si pone però in contrasto con quanto disciplinato dalla Direttiva Appalti del 2014 e con quanto stabilito da parte della giurisprudenza amministrativa³⁵.

Infatti, il legislatore europeo in questa occasione ha ritenuto il modello dell'*in house providing* non ipotesi eccezionale quanto, piuttosto, uno degli strumenti ordinari assegnati alle pubbliche amministrazioni per l'affidamento e la successiva gestione di un servizio pubblico.

³⁵ Al riguardo si ricorda la sentenza del T.A.R. Brescia 17 maggio 2016 n. 691, in www.giurisprudenzaamministrativa.it, secondo cui l'affidamento *in house providing* non può configurarsi quale ipotesi eccezionale e derogatoria di gestione di un servizio pubblico, bensì normale forma organizzativa, risultato di una scelta discrezionale e non sindacabile in quanto tale, a meno che non si palesi, quale illogica e irrazionale.

In contrapposizione con la *ratio* ispiratrice della disciplina europea, che finalmente disciplina con il fenomeno dell'*in house providing* quale normale modello organizzativo, quella che legislatore delegato, desumibile dall'analisi del Testo Unico e degli altri interventi normativi sul punto³⁶ conferma la natura residuale affidato allo stesso dalla giurisprudenza e dalle disposizioni degli ultimi anni indirizzati verso un contenimento dei costi ed una limitazione della scelta delle pubbliche amministrazioni in fase di affidamento di un servizio pubblico.

³⁶ Il riferimento è allo schema di Decreto in materia di servizi pubblici locali all'interno al cui articolo 7 comma 3 che obbligava ad una motivazione adeguata sulla scelta da parte delle amministrazioni di utilizzare lo strumento dell' *in house providing* e le ragioni del mancato ricorso al mercato. Come è noto, per effetto della sentenza della Corte Costituzionale n. 251/16, con la quale è stata dichiarata l'illegittimità di alcune disposizioni contenute nella c.d. Legge Madia, il Governo ha deciso di ritirare la bozza di Testo Unico sui servizi pubblici locali di interesse economico generale, il cui schema definitivo di decreto attuativo era stato approvato dal Consiglio dei Ministri il 24 novembre 2016.