

## Seminario ITALIADECEDE - AEQUA

9 marzo 2015

### Contributo alla discussione: *l'in house providing* nella Direttiva 2014/23/UE

di Piermassimo Chirulli

1.- Com'è noto il concetto di *in house providing*<sup>1</sup>, usata per la prima volta in sede comunitaria nel Libro Bianco sugli appalti del 1998, si è sino ad ora fondato soprattutto sull'elaborazione giurisprudenziale, a partire dalla nota sentenza della Corte di Giustizia CE del 1999, che ha escluso il ricorso alla gara nel caso in cui, pur essendo il contratto stipulato, da una parte, da un ente locale e, dall'altra, da una persona giuridicamente distinta da quest'ultimo, *“nel contempo, l'ente locale eserciti sulla persona di cui trattasi 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”*<sup>2</sup>.

In sostanza, *l'in house providing*, secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia, può essere utilizzato in presenza, contestualmente, dei seguenti elementi:

- 1) controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi;
- 2) capitale totalmente pubblico del soggetto controllato;
- 3) prevalenza dell'attività svolta in favore del soggetto controllante.

Ciò si pone anche in linea con quanto disposto dall'art. 106, § 2, del TFUE, a tenor del quale *“Le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme dei trattati, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata”*.

L'impostazione appena descritta è stata sostanzialmente accolta dai giudici nazionali.

La Corte costituzionale ha più volte fatto esplicito riferimento alla giurisprudenza europea sul punto, affermando, ad esempio che la normativa comunitaria *“consente, anche se non impone (sentenza n. 325 del 2010), la gestione diretta del servizio pubblico da parte dell'ente locale, allorquando l'applicazione delle regole di concorrenza ostacoli, in diritto o in fatto, la*

---

<sup>1</sup> L'espressione *“in house providing”* identifica il fenomeno di *“autoproduzione”* di beni, servizi o lavori da parte della p.A. L'autoproduzione consiste nell'acquisire un bene o un servizio all'interno della propria compagine organizzativa senza ricorrere a *“terzi”* tramite gara e, dunque, in deroga ai noti principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza.

<sup>2</sup> Corte di Giustizia CE, 18 novembre 1999, C-107/98, *Teckal*, § 50. Posizione mantenuta sostanzialmente costante dalla giurisprudenza europea, peraltro optando spesso per un orientamento restrittivo in relazione ai requisiti richiesti: cfr., *ex multis*, sent. 11 gennaio 2005, C-26/03, *Stadt Halle*; 13 ottobre 2005, in causa C-458/03, *Parking Brixen*; 11 maggio 2006, C-340/04, *Carbotermo*; da ultimo, Corte giustizia Unione Europea, 8 maggio 2014, C-15/13, *Technische Universität Hamburg-Harburg*.

«speciale missione» dell'ente pubblico (art. 106 TFUE), alle sole condizioni del capitale totalmente pubblico della società affidataria, del cosiddetto controllo «analogo» (il controllo esercitato dall'aggiudicante sull'affidatario deve essere di «contenuto analogo» a quello esercitato dall'aggiudicante sui propri uffici) ed infine dello svolgimento della parte più importante dell'attività dell'affidatario in favore dell'aggiudicante»<sup>3</sup>.

Anche il Consiglio di Stato ha affermato che “L'affidamento diretto di un servizio pubblico viene consentito tutte le volte in cui un ente pubblico decida di affidare la gestione del servizio, al di fuori del sistema della gara, avvalendosi di una società esterna (ossia, soggettivamente separata) che presenti caratteristiche tali da poterla qualificare come una «derivazione», o una *longa manus*, dell'ente stesso. Da qui, l'espressione in house che richiama, appunto, una gestione in qualche modo riconducibile allo stesso ente affidante o a sue articolazioni. Si è in presenza di un modello di organizzazione meramente interno, qualificabile in termini di delegazione interorganica”<sup>4</sup>. Orientamento costante e ribadito ancora recentemente<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> Corte cost., sent. n. 199 del 2012; cfr., in precedenza, *ex multis*, sentt. n. 439 del 2008; n. 325 del 2010, nella quale si è affermato, tra l'altro, con riferimento alle norme censurate in quella sede che esse “devono, invece, essere considerate proporzionate e adeguate, perché: a) esse si innestano coerentemente in un sistema normativo interno in cui già vige il divieto della gestione diretta mediante azienda speciale o in economia, nel quale, pertanto, i casi di affidamento in house debbono essere eccezionali e tassativamente previsti; b) l'ordinamento comunitario, in tema di affidamento della gestione dei servizi pubblici, costituisce solo un minimo inderogabile per i legislatori degli Stati membri e, pertanto, non osta a che la legislazione interna disciplini più rigorosamente, nel senso di favorire l'assetto concorrenziale di un mercato, le modalità di tale affidamento; c) quando non ricorrano le condizioni per l'affidamento diretto, l'ente pubblico ha comunque la facoltà di partecipare alle gare ad evidenza pubblica per l'affidamento della gestione del servizio”.

<sup>4</sup> Cons. Stato, Ad. Plenaria, 3 marzo 2008, n. 1. Richiamando la sua precedente giurisprudenza, ha affermato, poi, che “Tuttavia, la partecipazione pubblica totalitaria è necessaria ma non sufficiente (C. giust. CE, 11 maggio 2006, C-340/04; Cons. Stato, sez. VI, 1° giugno 2007, n. 2932 e 3 aprile 2007, n. 1514), servendo maggiori strumenti di controllo da parte dell'ente rispetto a quelli previsti dal diritto civile. In particolare: 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).”

<sup>5</sup> Il Consiglio di Stato (Sez. V, 10 settembre 2014, n. 4599) ha ribadito gli elementi caratteristici dell'affidamento in house, così come individuati dalla giurisprudenza europea e costituzionale. Tale pronuncia, peraltro, si segnala anche perché il Collegio ha ritenuto che “L'affidamento diretto, in house - lungi dal configurarsi pertanto come un'ipotesi eccezionale e residuale di gestione dei servizi pubblici locale - costituisce invece una delle (tre) normali forme organizzative delle stesse, con la conseguenza che la decisione di un ente in ordine alla concreta gestione dei servizi pubblici locali, ivi compresa quella di avvalersi dell'affidamento diretto, in house (sempre che ne ricorrano tutti i requisiti così come sopra ricordati e delineatisi per effetto della normativa comunitaria e della relativa giurisprudenza), costituisce frutto di una scelta ampiamente

2.- La disciplina italiana ha subito nel tempo continui e radicali mutamenti, che in questa sede si possono richiamare solo per titoli: negli ultimi anni, comunque, è evidente un certo disfavore nei confronti dell'affidamento *in house* da parte del legislatore nazionale.

A mero titolo esemplificativo si veda l'art. 13 del d. l. n. 223 del 2006, che prevede l'impossibilità per le società a capitale interamente pubblico di svolgere prestazioni a favore di altri soggetti, anche in caso di gara.

Per quel che riguarda i servizi pubblici locali, l'art. 113, comma 5, lett. c), del d. lgs. n. 267 del 2000 (TUEL) prevedeva anche la forma di gestione *in house*, sullo stesso piano di altre forme.

Il citato comma 5 è stato abrogato dall'art. 23-bis del d. l. n. 112 del 2008 (in base al quale è stato emanato il d.P.R. n. 168 del 2010), che invece prevedeva una chiara preferenza per l'affidamento della gestione tramite meccanismi ad evidenza pubblica secondo regole di tutela della concorrenza, riconoscendo un ruolo assolutamente residuale all'affidamento *in house* (cfr. comma 3). Il citato art. 23-bis è stato travolto dal *referendum* popolare del giugno 2011. La Corte costituzionale, però, ha statuito che tale abrogazione referendaria non ha comportato la reviviscenza delle disposizioni precedentemente abrogate (l'art. 113, comma 5, TUEL), bensì *“l'applicazione immediata nell'ordinamento italiano della normativa comunitaria ([...] meno restrittiva rispetto a quella oggetto di referendum) relativa alle regole concorrenziali minime in tema di gara ad evidenza pubblica per l'affidamento della gestione di servizi pubblici di rilevanza economica”*<sup>6</sup>.

Successivamente il legislatore è intervenuto su tale materia, tra l'altro, con le seguenti disposizioni:

- l'art. 4 d. l. n. 138 del 2011 introduceva un'evidente disciplina di sfavore nei confronti della gestione *in house*, approntando una procedura particolarmente farraginoso. Peraltro, l'art. 4 del d. l. n. 138 del 2011 è stato dichiarato incostituzionale per violazione della *“volontà referendaria”*<sup>7</sup>;

---

*discrezionale, che deve essere adeguatamente motivata circa le ragioni di fatto e di convenienza che la giustificano”*.

<sup>6</sup> Sent. n. 24 del 2011, ripresa testualmente, di recente, nella sent. n. 199 del 2014.

<sup>7</sup> Corte cost., sent. n. 199 del 2012, nella quale si afferma che *“la normativa all'esame costituisce ripristino della normativa abrogata, considerato che essa introduce 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), in palese contrasto, quindi, con l'intento perseguito mediante il referendum abrogativo”*.

- l'art. 4 d. l. 6 luglio 2012, n. 95 (dichiarato pure esso, in parte, incostituzionale<sup>8</sup>), tra le varie misure di sfavore, disponeva - nella versione originale - una soglia di € 200.000,00 per poter procedere con affidamenti *in house*, e, tra l'altro, l'intervento dell'AGCM.

**3.-** L'art. 17 della Direttiva 2014/23/UE (in realtà, sul punto, la coeva Direttiva 2014/24/UE, sugli appalti pubblici, contiene disposizioni sostanzialmente identiche, all'art. 12) giunge, dunque, in questo contesto normativo nazionale.

Le disposizioni più significative sono le seguenti:

i) l'art. 17, par. 1, lett. b), prevede che *“oltre l'80% delle attività della persona giuridica controllata sono effettuate nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore controllante o da altre persone giuridiche controllate dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore di cui trattasi”*;

ii) l'art. 17, par. 1, lett. c), pur disponendo in via generale che nella persona giuridica controllata non vi debba essere *“alcuna partecipazione di capitali privati diretti”*, aggiunge una significativa deroga: *“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”*.

Al di là dei singoli aspetti, pure molto rilevanti, si può dire che, a fronte di una costante giurisprudenza della Corte di Giustizia che ha ritenuto l'affidamento *in house* sostanzialmente come un'eccezione ai principi generali dell'ordinamento europeo, basato essenzialmente sul principio della libera concorrenza, il vero mutamento operato dalla Direttiva sembra proprio essere quello di aver statuito in una norma di rango secondario dell'Unione, non solo una deroga alla disciplina del *procurement*, bensì un modo alternativo a carattere generale di concepire il giuoco delle diverse forze, pubbliche e private, nell'attuazione del Mercato unico.

**4.-** Il disegno di legge delega non sembra soffermarsi in modo particolare sugli aspetti sopra evidenziati. Scorrendo l'articolato, infatti, non vi si trovano riferimenti specifici alla questione dell'*in house providing*.

È certamente rilevante, comunque, la lett. a), dell'art. 1, ove si dispone il *“divieto di introduzione o di mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive”*, in quanto il legislatore delegato difficilmente potrà - verosimilmente - restringere l'ambito di applicazione dell'*in house providing* rispetto alla disciplina contenuta nella direttiva. Non pare riferirsi all'argomento in questione, invece, la lett. h), del medesimo art. 1, ove si prevede la *“razionalizzazione ed estensione delle forme di partenariato pubblico*

---

<sup>8</sup> Corte cost., sent. n. 229 del 2013.

*privato, incentivandone l'utilizzo anche attraverso il ricorso a strumenti di carattere finanziario innovativi e specifici*": tale disposizione, infatti, sembra riguardare più che altro il *project financing*.

È particolarmente utile, peraltro, segnalare che il Consiglio di Stato, in un recente parere reso al Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca scientifica<sup>9</sup>, ha ritenuto, sul punto, che la Direttiva 2014/24/UE del 26 febbraio 2014 contiene “*disposizioni di completezza tale da farle ritenere «self-executing», avendo indubbiamente «contenuto incondizionato e preciso»*”.

È di tutta evidenza, dunque, l'importanza di una discussione tra gli operatori del settore, i decisori politici e gli studiosi su tale importante questione, per meglio delineare la disciplina nazionale di dettaglio.

Innanzitutto, pare inopportuno approvare una disciplina che imponga ulteriori e più stringenti limiti all'*in house*, rispetto a quelli indicati nella Direttiva, anche in virtù del citato art. 1, lett. a), del disegno di legge delega. Il legislatore nazionale, dunque, potrà solo precisare meglio quanto indicato a livello europeo.

In secondo luogo, è utile che sia maggiormente valorizzata la garanzia dell'interesse generale, che connota di doverosità e di funzionalizzazione il servizio pubblico, ponendo in secondo piano (o, comunque, non facendo prevalere) l'aspetto legato alla tutela della concorrenza: si potrebbe tornare ad un sistema in cui le modalità di gestione siano poste sullo stesso piano, lasciando alla p.A. la scelta concreta dello strumento più adeguato al raggiungimento dei fini di interesse generale. Il legislatore, però, potrebbe meglio precisare quali debbano essere i criteri di economicità e di “buona gestione” delle società *in house*, per evitare i fenomeni di spreco di danaro pubblico che pure vi sono stati in passato (e che, probabilmente, hanno orientato il legislatore verso un generale disfavore nei confronti dell'*in house*).

---

<sup>9</sup> Cons. Stato, Sez. II, Parere 30 gennaio 2015, n. 298: il quesito aveva ad oggetto “*la possibilità di affidamento “in house” di prestazioni di servizio nel campo dell'informatica per il sistema universitario, della ricerca e scolastico, da parte del Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca in via diretta al CINECA Consorzio Interuniversitari*”.