

**Roberto GAROFOLI**

**COMPENDIO di**

# **DIRITTO AMMINISTRATIVO**

**Edizione a cura di  
Luca Emanuele Ricci**

**XI edizione  
2022**

  
**Neldiritto  
Editore**

forma di prezzo versatogli dall'amministrazione, ma è abilitato a percepire dagli utenti del servizio il prezzo della prestazione.

L'amministrazione, in virtù del **principio di autorganizzazione**, anziché esternalizzare la realizzazione di ciò di cui ha bisogno, può farlo in proprio, preponendo a tale scopo un ufficio, un servizio tecnico, una struttura organicamente inserita all'interno dell'ente stesso o ancora un soggetto societario formalmente distinto dall'ente e, ciò nonostante, **controllato** dallo stesso in maniera così penetrante da potersi dire che si tratta di una sua parte integrante.

In quest'ultima ipotesi, non ricorrendo l'amministrazione al mercato e non ponendosi quindi esigenze di tutela della concorrenza, è legittimo **l'affidamento diretto senza gara** attraverso l'istituto dell'*in house*.

### **B) Requisiti della società in house.**

L'art. 5 del **d.lgs. n. 50 del 2016** stabilisce che una concessione o un appalto pubblico, nei settori ordinari o speciali, aggiudicati da un'Amministrazione aggiudicatrice o da un ente aggiudicatore a una persona giuridica di diritto pubblico o di diritto privato, *non rientra nell'ambito di applicazione della normativa in materia di appalti ove siano soddisfatte tutte le seguenti condizioni*:

- a. l'Amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore eserciti sulla persona giuridica affidataria un **controllo analogo** a quello esercitato sui propri servizi (**elemento strutturale** del rapporto *in house*);
- b. oltre **l'80% delle attività** della persona giuridica controllata sia effettuata nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'Amministrazione aggiudicatrice controllante o da altre persone giuridiche controllate dall'Amministrazione aggiudicatrice o da un ente aggiudicatore di cui trattasi (**elemento funzionale** del rapporto *in house*);
- c. nella persona giuridica controllata **non vi sia alcuna partecipazione diretta di capitali privati**, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati previste dalla legislazione nazionale, in conformità dei trattati, che non esercitino un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata.

Ad esiti in parte corrispondenti era già pervenuta la giurisprudenza europea. Nel dettaglio, con la sentenza *Teckal* del 18 novembre 1999, causa C-107/98, la Corte di Giustizia UE ha delineato gli esatti contorni dell'istituto, escludendo l'obbligatorietà dell'avvio di una procedura ad evidenza pubblica per la scelta del contraente allorquando:

1. l'amministrazione aggiudicatrice eserciti sul soggetto aggiudicatario un **"controllo analogo"** a quello esercitato sui propri servizi (**elemento strutturale**);
2. il soggetto aggiudicatario svolga la **maggior parte della propria attività in favore dell'ente pubblico** di appartenenza (**elemento funzionale**).
3. la **partecipazione pubblica** sia **quasi totalitaria** (v. *CGCE, 11 gennaio 2005, in C-26/03, Stadt Halle*, requisito rivisto dall'ultima **direttiva 2014/24/UE e dal nuovo Codice dei contratti pubblici**).

Con riguardo al requisito del **controllo analogo**, il nuovo Codice dei contratti pubblici precisa che tale requisito può considerarsi a tutti gli effetti sussistente esclusivamente ove l'Amministrazione aggiudicatrice *"eserciti un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della persona giuridica controllata"* (art. 5, d.lgs. n. 50/2016). Il requisito del "controllo analogo" viene inteso quale **controllo di tipo strutturale**: è necessario, pertanto, un **potere di ingerenza** nell'organizzazione della produzione del bene o del servizio e non solamente un controllo sull'attività.

Nei casi, poi, di **frazionamento del capitale azionario** tra più enti pubblici, la giurisprudenza prevalente ammette la configurabilità dell'*in house*.

In senso innovativo, l'art. 5, comma 2, del **d.lgs. n. 50 del 2016** risolve i residui dubbi in tema di ammissibilità del cd. **controllo analogo "a cascata"**, espressamente confermando l'esperibilità di tale modulo operativo anche nel caso in cui il controllo strutturale sia esercitato dall'Amministrazione aggiudicatrice in via indiretta, ossia per il tramite di un terzo soggetto, a propria volta controllato dall'Amministrazione aggiudicatrice. Con l'art. 5, co. 4 e 5, **d.lgs. n. 50 del 2016**, il legislatore nazionale ha altresì codificato il modello del cd. **in house "frazionato"**, così definitivamente confermando la legittimità dell'affidamento diretto disposto dall'Amministrazione appaltante a favore di un soggetto controllato congiuntamente con altre Amministrazioni pubbliche.

In tema di **controllo analogo congiunto**, *Cons. St., sez. V, 30 aprile 2018, n. 2599* ha ribadito il principio, pacifico anche per la giurisprudenza europea, per cui in caso di società partecipate da più autorità amministrative non è indispensabile che ciascuna detenga da sola un potere individuale, ma è sufficiente un controllo congiunto che si estrinseca nella partecipazione al capitale, nella possibilità di nomina dei membri degli organi direttivi e, conseguentemente, nella possibilità di influenzare gli obiettivi strategici della società: dunque che non vi sia una maggioranza che impone le proprie scelte, contrarie all'interesse pubblico, alla minoranza). Inoltre, la Corte di Giustizia

UE, sez. V, 8 maggio 2014 (causa C-15/13), non ha *a priori* escluso l'ammissibilità dell'**in house orizzontale**, vale a dire di una situazione in cui la stessa amministrazione aggiudicatrice eserciti un "controllo analogo" su due operatori economici distinti di cui uno affida un appalto all'altro, ma ha ritenuto che le circostanze concrete della fattispecie in questione non fossero riconducibili a tale categoria. La figura dell'*in house* orizzontale è oggi espressamente contemplata dal citato art. 5, co. 3, norma che ha dato ingresso nel nostro ordinamento anche alla figura dell'**in house inverso**. L'**in house inverso** si caratterizza per il fatto che l'affidamento diretto non interviene nella direzione ordinaria, ossia dall'Amministrazione controllante in favore dell'organismo controllato, bensì in direzione esattamente speculare, ossia da parte dell'organismo controllato in favore della propria autorità controllante. Ciò a testimonianza dell'estrema duttilità dell'istituto.

Accanto al requisito strutturale del controllo analogo, ai fini della configurabilità dell'*in house*, è necessario che il soggetto aggiudicatario svolga la **maggior parte della propria attività in favore dell'ente pubblico** di appartenenza (**elemento funzionale**). Questo requisito, prima elaborato a livello giurisprudenziale, è oggi espressamente previsto dall'art. 5, co. 2, del nuovo Codice dei contratti pubblici a tenore del quale è necessario che il soggetto affidatario svolga almeno l'80% delle proprie attività in esecuzione di compiti ad esso affidati dall'Amministrazione aggiudicatrice controllante o da altri soggetti a propria volta controllati dal medesimo soggetto pubblico. La percentuale è calcolata tenendo conto del fatturato totale medio o, in alternativa, di un'altra idonea misura basata sull'attività, quale i costi sostenuti dal soggetto affidatario nei settori dei servizi, delle forniture e dei lavori nel triennio antecedente all'aggiudicazione dell'appalto o della concessione.

Per quanto riguarda il requisito della **partecipazione dei privati**, la lett. c) dell'art. 5 del nuovo Codice dei contratti richiede infine che nella persona giuridica controllata non vi sia alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati previste dalla legislazione nazionale, in conformità dei trattati, che non esercitino un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata. Prima degli interventi normativi in materia, la giurisprudenza europea era costante nel ritenere che l'eventuale partecipazione di un privato al capitale della società *in house* (o la sola previsione nello statuto di clausole di cedibilità delle azioni a privati) impedisse di considerare integrato il requisito del controllo analogo e, di conseguenza, l'*in house* stessa. La disciplina attualmente in vigore ammette invece una partecipazione dei privati alla società *in house*, purché ciò non

comporti un controllo sull'attività della società. Come rileva *Cons. St., sez. III, 25 febbraio 2020 n. 1385*, tuttavia, la disposizione in commento **non ha ancora trovato attuazione**, mancando una legge che disciplini i casi e le modalità di partecipazione dei privati ad una società *in house*. Ad oggi deve quindi ritenersi preclusa ai privati la partecipazione a tali società.

### ■ C) La natura del modello: regola o eccezione?

La giurisprudenza e la dottrina si sono lungamente confrontate in ordine alla **portata applicativa** dell'*in house providing*, se in particolare esso costituisca un modello di carattere eccezionale e derogatorio, o invece rappresenti un modulo generale e alternativo rispetto al ricorso al mercato.

La questione è stata risolta dall'art. 192, comma 2 del d.lgs. 50 del 2016, che impone alle stazioni appaltanti che intendano ricorrere all'*in house* di **dare 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”*.

Secondo il nuovo Codice, dunque, l'*in house providing* riveste **carattere eccezionale** rispetto all'ordinaria modalità di scelta del contraente ed è possibile solo qualora sussista per l'amministrazione una reale convenienza rispetto alle condizioni economiche offerte dal mercato (tra le tante, *Cons. St., sez. V, 27 gennaio 2020, n. 681; Cons. St., sez. III, 17 dicembre 2015, n. 5732*). La suddetta disciplina è stata ritenuta **compatibile con il diritto europeo** da *CGUE, 6 febbraio 2020, C-89/19*, essendo rimessa al diritto nazionale degli Stati membri la scelta di favorire una modalità di prestazione di servizi, di esecuzione di lavori o di approvvigionamento di forniture a scapito di altre. Per quanto attiene, invece, alla **compatibilità della disciplina nazionale dell'affidamento in house con la Costituzione**, *Corte cost., 27 maggio 2020, n. 100* ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 192, comma 2, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, riconoscendo la natura *proconcorrenziale* della disposizione.

## SCHEDE DI SINTESI

- Gli **enti pubblici economici** sono persone giuridiche a carattere ibrido che, se da un lato, hanno carattere pubblico, in quanto costituite dallo Stato o da altro ente pubblico, dall'altro, operano in veste imprenditoriale con gli strumenti del diritto privato.
- Gli **organismi di diritto pubblico**:
  - a) sono istituiti per soddisfare specificatamente **esigenze di interesse generale**, aventi carattere **non industriale o commerciale**;
  - b) sono **dotati di personalità giuridica**;
  - c) sono **finanziati per la maggior parte dallo Stato**, dalle autorità regionali o locali o da altri organismi di diritto pubblico; o la loro gestione è posta sotto la vigilanza di tali autorità o organismi; o il loro organo di amministrazione, di direzione o di vigilanza è costituito da membri più della metà dei quali è designata dallo Stato, da autorità regionali o locali o da altri organismi di diritto pubblico.
- L'**impresa pubblica** è definita come qualsiasi impresa su cui le amministrazioni aggiudicatrici possono esercitare, direttamente o indirettamente, un'influenza dominante perché ne sono proprietarie, vi hanno una partecipazione finanziaria, o in virtù di norme che disciplinano le imprese in questione.
- I requisiti di ammissibilità dell'**In house providing** sono:
  1. l'amministrazione aggiudicatrice eserciti sul soggetto aggiudicatario un "**controllo analogo**" a quello esercitato sui propri servizi (elemento strutturale);
  2. il soggetto aggiudicatario svolga **la maggior parte della propria attività in favore dell'ente pubblico** di appartenenza (elemento funzionale).
  3. la **partecipazione pubblica** sia **quasi totalitaria**.

### SCHEMA RIASSUNTIVO

