

Roberto GAROFOLI - Giulia FERRARI

Manuale *dei* CONTRATTI PUBBLICI

alla luce del **Nuovo Codice**

D.lgs. 31 marzo 2023, n. 36

- Analisi di tutti gli aspetti della nuova disciplina
- Raffronto con il vecchio Codice
- Illustrazione dei problemi interpretativi
- Ricchissimo indice analitico

I edizione
2023


Neldiritto
Editore

28.1. *L'in house*: gli elementi costitutivi dell'istituto e il rinvio dell'Allegato alle direttive europee.

L'affidamento *in house* è un **modello organizzatorio** per mezzo del quale la P.A., al fine di eseguire lavori, reperire determinati beni e servizi ovvero per erogare alla collettività prestazioni di pubblico servizio, si avvale di un soggetto sottoposto al suo penetrante controllo, cioè di un ente strumentale, distinto sul piano formale, ma non su quello sostanziale, per cui l'ente può essere considerato parte integrante e prolungamento organizzativo della P.A. Si tratta di istituto elaborato con l'intento di coniugare il fondamentale principio di concorrenza con il **principio di c.d. autorganizzazione**, per effetto del quale l'amministrazione, **anziché esternalizzare** attività, può attendervi **in proprio**, per esempio preponendo a tale scopo un ufficio, una direzione, un dipartimento, un servizio tecnico, una struttura organicamente inserita all'interno dell'ente stesso. Il vero problema dell'*in house* nasce laddove questo principio di autorganizzazione è stato esteso ai casi in cui l'amministrazione intenda affidare la produzione dei beni o dei servizi non alle predette componenti interne alla P.A., ma a un **soggetto societario formalmente distinto dall'ente**, e, ciò nonostante, **controllato dall'ente in maniera così penetrante** da potersi dire che si tratta di un tutt'uno, una **parte integrante**, una **proiezione organizzativa** dell'ente. 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*.

L'istituto nasce quindi nella giurisprudenza comunitaria (a partire da C. giust. UE 18 novembre 1999, *C-107/98, Teckal*), come figura da contrapporre all'**esternalizzazione** attraverso il contratto di appalto o quello di concessione (per le nozioni e i relativi criteri distintivi si rinvia a p. I, 1.2.1).

Le due indicate forme di esternalizzazione sono infatti entrambe forme contrattuali che presuppongono la diversità non soltanto formale ma anche sostanziale fra i contraenti. Proprio in presenza di questa diversità formale e sostanziale non vi può essere un affidamento diretto.

Qualora, invece, al fine di reperire una determinata prestazione, l'Amministrazione si rivolga a un soggetto esterno che, pur formalmente distinto, sia sostanzialmente riconducibile a una "appendice organizzativa" della stessa P.A., le regole concorrenziali per la scelta del contraente non trovano applicazione, con conseguente ammissibilità dell'affidamento *in house*.

Come anticipato, è con la sentenza *Teckal* del 18 novembre 1999, causa C-107/98, che la Corte ha contribuito in modo significativo a delineare gli esatti contorni dell'istituto, escludendo l'obbligatorietà dell'avvio di una procedura a evidenza pubblica per la scelta del contraente allorquando:

- a. l'amministrazione aggiudicatrice eserciti sul soggetto aggiudicatario un "controllo analogo" a quello esercitato sui propri servizi (elemento strutturale del rapporto *in house*);
- b. il soggetto aggiudicatario svolga la maggior parte della propria attività in favore dell'ente pubblico di appartenenza (elemento funzionale del rapporto *in house*).

Ricorrendo le indicate condizioni, secondo la Corte, difetta una situazione di alterità tra i soggetti coinvolti, registrandosi un'ipotesi di delegazione solo interorganica.

Sulla scorta degli indici elaborati dalla Corte di Giustizia, l'istituto dell'*in house providing* è stato codificato nell'ordinamento europeo a opera dell'art. 12 della direttiva 2014/24/UE, per i settori ordinari, dell'art. 17 della direttiva 2014/23/UE, per le concessioni, e dell'art. 28 della direttiva 2014/25/UE per i settori speciali.

Quanto, in particolare, agli **elementi strutturali** dell'*in house* l'art. 12, par. 1, della direttiva 24/2014/UE, dispone che un appalto pubblico aggiudicato da un'amministrazione aggiudicatrice a una persona giuridica di diritto pubblico o di diritto privato non rientra nell'ambito di applicazione della direttiva quando siano soddisfatte tutte le seguenti condizioni:

- a) l'amministrazione aggiudicatrice esercita sulla persona giuridica di cui trattasi un **controllo analogo** a quello da essa esercitato sui propri servizi;
- b) **oltre l'80 % delle attività** della persona giuridica controllata sono effettuate nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'amministrazione aggiudicatrice controllante o da altre persone giuridiche controllate dall'amministrazione aggiudicatrice di cui trattasi;
- c) nella persona giuridica controllata **non vi è 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.

Proprio a tali direttive fa ora rinvio l'art. 3, lett. e), dell'Allegato al nuovo Codice che, nel fornire la nozione di *in house* dispone che per "affidamento *in house*" si intende "*l'affidamento di un contratto di appalto o di concessione effettuato direttamente a una persona giuridica di diritto pubblico o di diritto privato definita dall'articolo 2, co. 1, lettera o), del testo unico in materia di società a partecipazione pubblica, di cui al decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175 e alle condizioni rispettivamente indicate dall'articolo 12, paragrafi 1, 2 e 3, della direttiva 24/2014/UE e dall'articolo 17, paragrafi 1, 2 e 3 della direttiva 23/2014/UE, nonché, per i settori speciali, dall'art. 28, paragrafi 1, 2 e 3 della direttiva 24/2014/UE*".

L'allegato al nuovo Codice, nel definire gli elementi strutturali della nozione di *in house* rinvia, quindi, ai citati articoli delle direttive europee.

È utile al riguardo una sintetica ricognizione dell'articolato quadro normativo nazionale, vigente prima dell'avvento del nuovo Codice dei contratti pubblici.

29. Il raffronto con la disciplina previgente. Gli elementi strutturali dell'*in house* nella disciplina italiana prima del nuovo Codice dei contratti pubblici.

Prima del nuovo Codice, la disciplina italiana dell'*in house* è stata dettata da **più fonti normative**, tra cui in particolare il d.lgs. n. 50 del 2016 (vecchio Codice dei contratti pubblici), il d. lgs. n. 175 del 2016, in tema di società a partecipazione pubblica, il d.lgs. n. 201 del 2022: quest'ultimo, per vero, occupandosi dell'*in house* per l'affidamento di servizi pubblici locali, non disciplina gli elementi strutturali dell'*in house* per i quali rinvia al d.lgs. n. 175 del 2016, ma le sole regole procedurali da

osservare qualora si intenda optare per il modello dell'auto-organizzazione in luogo dell'esternalizzazione (si rinvia al successivo par. 29.4).

In materia di contratti pubblici, l'art. 5, d.lgs. n. 50 del 2016, stabiliva che all'affidamento *in house* si potesse ricorrere *ove 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 prescritte dalla legislazione nazionale, in conformità dei trattati, che non esercitino un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata.

Nella disciplina delle società a partecipazione o controllo pubblico, inoltre, l'art. 16, d. lgs. n. 175 del 2016 stabilisce che le società *in house* ricevono affidamenti diretti di contratti pubblici dalle amministrazioni che esercitano su di esse il **controllo analogo** o da ciascuna delle amministrazioni che esercitano su di esse il **controllo analogo congiunto** solo se **non vi sia partecipazione di capitali privati**, ad eccezione di quella prescritta da norme di legge e che avvenga in forme che non comportino controllo o potere di veto, né l'esercizio di un'influenza determinante sulla società controllata.

Molteplici le questioni applicative emerse in sede di interpretazione ed applicazione delle citate previsioni. Se ne passa in rassegna i principali, indicando per ciascuno, le implicazioni applicative del descritto approccio del nuovo Codice.

29.1. Il controllo analogo prima e dopo il nuovo Codice.

Come si è anticipato, l'art. 12, par. 1, della direttiva 24/2014/UE, cui ora rinvia l'art. 3, lett. e), dell'Allegato al nuovo Codice, dispone che il **controllo analogo** sussiste qualora l'amministrazione "*eserciti un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della persona giuridica controllata*"; con la precisazione che "*tale controllo può anche essere esercitato da una persona giuridica diversa, a sua volta controllata allo stesso modo dall'amministrazione aggiudicatrice*". Non si innova rispetto alla disciplina previgente, se non nella tecnica normativa.

La riportata formulazione europea è infatti identica a quella contenuta all'art. 5, co. 2, d.lgs. n. 50 del 2016, secondo cui per l'appunto il requisito del controllo analogo presuppone che l'Amministrazione aggiudicatrice "*eserciti un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della persona giuridica controllata*".

Recependo il modello delineato dalla Corte di Giustizia, il legislatore adotta, quindi, una declinazione "sostanzialista" della nozione di controllo analogo, richiedendo, ai

fini della concreta configurabilità del requisito, che l'Amministrazione aggiudicatrice sia in grado di esercitare sul soggetto affidatario un controllo di carattere sostanziale, tale da assicurarle il potere di etero-dirigere le più importanti vicende societarie dell'ente controllato.

Al fine di rafforzare la posizione del soggetto pubblico nella compagine societaria, onde assicurare piena effettività al requisito del controllo analogo, l'art. 16, co. 2, d.lgs. n. 175 del 2016, attribuisce agli statuti delle società *in house* la facoltà di derogare ad alcune disposizioni del Codice Civile. In particolare:

- a. gli statuti delle società per azioni possono contenere clausole in deroga delle disposizioni dell'art. 2380**bis** c.c. (amministrazione della società nel sistema monistico tradizionale) e dell'art. 2409-*novies* c.c. (amministrazione della società nel sistema dualistico);
- 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, co. 3, c.c.;
- c. in ogni caso, i requisiti del controllo analogo possono essere acquisiti anche mediante la conclusione di appositi patti parasociali, anche aventi durata superiore a cinque anni, in deroga all'art. 2341-*bis*, co. 1, c.c.

Si tratta di impostazione normativa in linea con la linea interpretativa tenuta dalla giurisprudenza europea secondo cui il ricorso all'affidamento *in house* presuppone che l'ente controllante sia in grado di esercitare un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti dell'entità affidataria, idonea ad assicurare che il controllo esercitato sia “*effettivo, strutturale e funzionale*”²⁵.

Già in passato, del resto, la giurisprudenza europea e nazionale hanno al riguardo sostenuto che:

- l'impresa non deve aver “*acquisito una vocazione commerciale che rende precario il controllo*” da parte dell'ente pubblico (tale vocazione risulterebbe, tra l'altro, dall'ampliamento dell'oggetto sociale, dall'apertura obbligatoria della società, a breve termine, a altri capitali; dall'espansione territoriale dell'attività della società a tutta l'Italia e all'estero)²⁶;
- le decisioni più importanti devono essere sottoposte al vaglio preventivo dell'ente affidante²⁷.

Più recentemente, C. giust. UE, sez. IV, 12 maggio 2022, C-719/20, ha anche chiarito che la direttiva 2014/24/UE deve essere interpretata nel senso che essa osta a una normativa o a una prassi nazionale in forza della quale l'esecuzione di un appalto

²⁵ C. giust. UE 29 novembre 2012, C-182/11, *Econord*. In senso analogo, Cons. St., sez. V, 29 dicembre 2009, n. 8970. Sulla necessità di dotare i soci di “*appositi strumenti che ne consentano l'interferenza in maniera penetrante nella gestione della società, il controllo analogo consistendo, infatti, in una influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della società controllata*”, essendo “*inadeguati a tal fine i poteri a disposizione dei soci secondo il diritto comune*”, cfr. Cons. St., sez. V, 15 dicembre 2020, n. 8028, nonché, ancora, id. 30 aprile 2018, n. 2599.

²⁶ Cfr., in particolare, oltre alla già citata sentenza *Parking Brixen GmbH*, anche C. giust. UE 10 novembre 2005, C-29/04, *Mödling o Commissione c. Austria*.

²⁷ Cfr. Cons. St., sez. V, 8 gennaio 2007, n. 5, secondo cui se il consiglio di amministrazione ha poteri ordinari non si può ritenere sussistere un “controllo analogo”. In senso analogo, id., sez. V, 23 gennaio 2008, n. 136.

pubblico, aggiudicato inizialmente, senza gara, ad un ente *in house*, sul quale l'amministrazione aggiudicatrice esercitava, congiuntamente, un controllo analogo a quello che esercita sui propri servizi, sia proseguita automaticamente dall'operatore economico che ha acquisito detto ente, al termine di una procedura di gara, qualora detta amministrazione aggiudicatrice non disponga di un simile controllo su tale operatore e non detenga alcuna partecipazione nel suo capitale²⁸.

29.1.1. Il controllo a cascata prima e dopo il nuovo Codice.

Anche con riguardo ad aspetti più specifici relativi al requisito del controllo analogo, il nuovo Codice non pare innovare rispetto alla disciplina previgente.

È quel che accade, in particolare, per l'ammissibilità del ricorso all'*in house* nei casi di controllo a cascata, frazionato e inverso.

Quanto al **controllo a cascata**, lo stesso sussiste qualora 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.

L'art. 5, co. 2, d.lgs. n. 50 del 2016, aveva al riguardo confermato la possibilità di ricorrere all'*in house* in presenza di un siffatto tipo di controllo.

Con il nuovo Codice, si perviene allo stesso risultato in forza del richiamato art. 12, par. 1, ultimo inciso, della direttiva 24/2014/UE (cui rinvia l'art. 3, lett. e), dell'Allegato) a tenore del quale il controllo analogo sussiste anche se "*esercitato da una persona giuridica diversa, a sua volta controllata allo stesso modo dall'amministrazione aggiudicatrice*".

L'ammissibilità del controllo analogo "a cascata" era stata del resto affermata nella giurisprudenza europea già nella sentenza *Carbotermo*²⁹. Nella specie, pur ritenendo in astratto configurabile un "controllo analogo" anche nel caso in cui il pacchetto azionario non sia detenuto *direttamente* dall'ente pubblico, ma *indirettamente* mediante una società per azioni capogruppo (c.d. *holding*) posseduta al 100% dall'ente medesimo, la Corte di Giustizia aveva nondimeno avvertito che tale forma di partecipazione "*può, a seconda delle circostanze del caso specifico, indebolire il controllo eventualmente esercitato dall'amministrazione aggiudicatrice su una società per azioni in forza della mera partecipazione al suo capitale*".

29.1.2. Il controllo frazionato o congiunto prima e dopo il nuovo Codice.

Quanto al controllo **frazionato o congiunto**, lo stesso sussiste quando il controllo sia esercitato dall'Amministrazione affidante congiuntamente con altre Amministrazioni pubbliche.

L'art. 5, co. 4 e 5, d.lgs. n. 50 del 2016, aveva al riguardo codificato il modello del cd. *in house* "frazionato" (o 'pluripartecipato' o 'a controllo analogo congiunto'), così definitivamente confermando la legittimità dell'affidamento diretto disposto dall'Amministrazione appaltante a favore di un soggetto controllato congiuntamente con altre Amministrazioni pubbliche³⁰.

La questione pregiudiziale era stata rimessa da Cons. St., sez. IV, ord., 18 novembre 2020, n. 7161, con riguardo al caso *Comune di Lerici*.

²⁹ C. giust. UE 11 maggio 2006, C-340/04. Per la giurisprudenza nazionale cfr. Cons. St., sez. III, 3 marzo 2020, n. 1564.

³⁰ Da ultimo, la questione della compatibilità del regime di controllo analogo congiunto fra più Amministrazioni è