

Roberto GAROFOLI Giulia FERRARI

Le **NUOVE FRONTIERE** della **NOZIONE** di **PUBBLICA** **AMMINISTRAZIONE**

Società pubbliche, organismo di diritto pubblico,
impresa pubblica, *in house*, servizi pubblici locali
e autorità indipendenti

Con *online*

- 📖 **Approfondimenti** avanzati
- ✍️ **Temi** svolti
- 🔪 **Giurisprudenza** per esteso

Edizione **2024**


Neldiritto
Editore

aggiudicatrici o di conferirli a operatori economici esterni”.

In virtù del principio dell'autonomia organizzativa, ciascuna Amministrazione ha, dunque, la piena libertà di scelta fra il regime dell'autoproduzione e quello dell'esternalizzazione, dovendo solo in questa seconda ipotesi rispettare le regole concorrenziali per la scelta della controparte contrattuale. Qualora, invece, decida di optare per il regime dell'autoproduzione, al ricorrere delle condizioni prescritte dalla normativa in materia di *in house providing*, essa non è soggetta alle regole dell'evidenza pubblica, essendo escluso il ricorso al mercato.

A tale stregua, l'istituto dell'*in house providing* non costituisce un'ipotesi derogatoria di carattere eccezionale; piuttosto, è la verifica in ordine alla sussistenza dei requisiti dell'*in house* che deve essere condotta in modo rigoroso, onde accertare l'effettiva assimilabilità del soggetto affidatario a una mera articolazione organizzativa dell'Amministrazione affidante¹⁷.

8.5.3. Gli oneri valutativi e motivazionali ribaditi dal nuovo Codice per l'Affidamento *in house* di lavori, servizi e forniture. Cons. St., sez. V, 26 gennaio 2024, n. 843.

6. 

Pur ribadendo il principio dell'autonomia organizzativa, il nuovo Codice - al pari del precedente - impone tuttavia oneri valutativi e motivazionali rafforzati alle stazioni appaltanti che intendano affidare *in house* lavori, servizi e prestazioni che siano disponibili sul mercato e che possano quindi essere in astratto acquisiti attivando i meccanismi concorrenziali.

In tal caso le stazioni appaltanti devono infatti:

- effettuare preventivamente la valutazione sulla congruità economica dell'offerta dei soggetti *in house*, avuto riguardo all'oggetto e al valore della prestazione;
- dare conto nella motivazione del provvedimento di affidamento dei benefici per la collettività della forma di gestione prescelta, delle connesse esternalità e della congruità economica della prestazione, anche con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità della prestazione, celerità del procedimento e razionale impiego delle risorse pubbliche.

La formulazione normativa utilizzata dall'art. 7, co. 2, del nuovo Codice è solo *in parte simile* a quella recata dal precedente art. 192, co. 2, d.lgs. n. 50 del 2016.

Nel complesso il nuovo Codice alleggerisce la consistenza dell'onere motivazionale.

Viene meno, infatti, il dovere della stazione appaltante di dare atto, nella motivazione dell'affidamento *in house*, delle ragioni che hanno comportato l'esclusione del ricorso al mercato, sicché non è più prescritto che sia dimostrato il c.d. *'fallimento del mercato'*¹⁸.

È invece necessario, anche con la disciplina del nuovo Codice, che nel provvedimento siano indicati gli specifici *vantaggi per la collettività* connessi all'opzione per l'affidamento *in house*, nonché *la congruità economica della prestazione*.

¹⁷ VOLPE, *L'affidamento «in house»: situazione attuale e proposte per una disciplina specifica*, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁸ Come chiarito dalla Corte dei Conti nella sentenza n. 2 del 2015, “I principi di sana gestione finanziaria, impongono che l'affidamento diretto di un servizio *in house* non possa prescindere da criteri di efficienza, efficacia ed economicità della scelta di autoproduzione. L'ente, pertanto, deve preventivamente verificare la convenienza, in termini economici e qualitativi, dei beni/servizi offerti *in house* rispetto a quelli reperibili sul mercato. Questa ‘simulazione di mercato’, quasi mai eseguita dagli enti affidanti, è essenziale per garantire, nell'ambito dei servizi pubblici locali e ancor più di quelli strumentali, l'effettiva convenienza dell'*in house*, evitando occulti finanziamenti alle partecipate utili solo per garantirne la sopravvivenza a danno delle casse pubbliche”.

Al riguardo, la giurisprudenza amministrativa (*Cons. St., sez. V, 26 gennaio 2024, n. 843*), intervenendo in vicenda *ratione temporis* assoggettata al citato art. 192 del Codice previgente, ha sostenuto che *la motivazione sottesa all'opzione internalizzante può assumere carattere "unitario", siccome idonea a dare conto, ad un tempo, delle ragioni del mancato ricorso al mercato e dei benefici per la collettività attesi dal modello in house*. Ed infatti *"benefici per la collettività" attesi dall'organizzazione in house dello stesso e le "ragioni del mancato ricorso al mercato" (costituiscono) le due facce di una medesima realtà, di cui colgono, rispettivamente, gli elementi "positivi" (inclinanti la valutazione dell'Amministrazione verso l'opzione gestionale di tipo inter-organico) e quelli "negativi" (sub specie di indisponibilità di quei "benefici" attraverso il ricorso al mercato)*". Sul versante del sindacato del giudice amministrativo, è stato quindi sostenuto che lo stesso *"non potrà che svolgersi secondo le coordinate tipiche del potere discrezionale, rifuggendo quindi da una analisi di tipo atomistico e parcellizzato della decisione amministrativa portata alla sua cognizione, ma orientandolo verso una valutazione di complessiva logicità e ragionevolezza del provvedimento impugnato"*. In questa stessa direzione: *"la congruità dell'attività istruttoria posta in essere dall'Amministrazione deve essere valutata caso per caso, non potendo escludersi la possibilità (recte, legittimità) di un modus procedendi che non si traduca nell'effettuazione di specifiche indagini di mercato e/o di tipo comparativo, laddove sussistano plausibili, dimostrabili e motivate ragioni, insite nell'affidamento del servizio all'organismo in house, per ritenere che l'affidamento mediante gara non garantisca (non, quantomeno, nella stessa misura di quello diretto) il raggiungimento degli obiettivi prefissati"*.

Con particolare riguardo al parametro della *congruità economica*, *Cons. St., sez. V, 26 gennaio 2024, n. 843*, sia pure intervenendo con riferimento all'art. 192 del previgente codice dei contratti, ha di recente fornito chiarimenti utili in sede di interpretazione ed applicazione dell'art. 7, co. 2, del nuovo Codice del 2023, che conferma il riferimento a quello stesso parametro. Ad avviso del Consiglio di Stato, la congruità economica non impone un *risparmio in termini puramente finanziari* del modello *in house* rispetto al modello concorrenziale (che soltanto per i costi del personale risulterebbe sempre più conveniente, almeno in termini strettamente finanziari), ma va oltre, accordando pregio ad altri fattori più qualitativi quali i *benefici per la collettività* (misurabili non solo in termini monetari ma anche di positivo impatto sociale, sulla base dei metodi propri della analisi costi-benefici), nonché la *efficienza ed economicità del servizio* (laddove il termine "economicità" deve essere inteso in termini .. non meramente finanziario ma in termini aziendalistici, ossia come gestione che sinteticamente coniuga l'efficienza e l'efficacia del modello direzionale). In particolare, la congruità economica deve essere valutata sia in termini puramente interni all'organismo *in house* (congruità economica endogena), sia in termini esterni ossia nei rapporti tra quest'ultimo e l'ente controllante (congruità economica esogena).

Per la disamina di *Cons. St., sez. V, 26 gennaio 2024, n. 843* si rinvia all'approfondimento *online*.

8.5.3.1. Il superamento dell'iscrizione nell'elenco ANAC.

In funzione di regolamentazione e di controllo sull'effettiva sussistenza dei requisiti legittimanti l'affidamento *in house*, il citato art. 192 prevedeva l'istituzione presso l'Autorità Nazionale Anticorruzione di un apposito elenco delle stazioni appaltanti che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società *in house*. L'iscrizione in tale elenco, da effettuare secondo le modalità e i criteri definiti

dall'ANAC¹⁹, consentiva all'Amministrazione di procedere mediante affidamenti diretti dei contratti. Come chiarito dalla relazione illustrativa allo schema di nuovo Codice predisposto dal Consiglio di Stato, si è ritenuto di non riproporre il particolare procedimento di iscrizione nel registro ANAC, previsto dall'art. 192, d.lgs. n. 50 del 2016, per evitare una complicazione procedimentale reputata sproporzionata. Si legge nella Relazione, infatti, che *“sebbene l'iscrizione nel registro ANAC abbia formalmente una funzione dichiarativa, non vi è dubbio che, come chiarito dal Consiglio di Stato con il parere n. 282 del 2017, il procedimento nel suo complesso abbia comunque una natura “ibrida”, presentando diversi ed evidenti profili di autoritatività. Ciò in quanto, il diniego di iscrizione eventualmente adottato dall'ANAC ha effetti costitutivi (nel citato parere viene espressamente qualificato come provvedimento amministrativo impugnabile innanzi al giudice amministrativo), il che, alla fine, equipara il meccanismo in esame ad una procedura di segnalazione, nel quale la domanda di iscrizione svolge funzioni analoga alla presentazione di una s.c.i.a. L'idea sottesa all'art. 192, d.lgs. n. 50 del 2016 è, quindi, quella che l'in house abbia comunque bisogno di un titolo abilitativo, la cui formazione è “controllata” dall'ANAC, e questo appare sproporzionato rispetto alle funzioni di vigilanza e alle esigenze di trasparenza degli affidamenti (queste ultime già assicurate dagli obblighi di pubblicazione)”*.

Nel testo definitivo del nuovo Codice tuttavia - in parziale accoglimento di richieste formulate dalle commissioni parlamentari in merito all'opportunità di ripristinare la disposizione di cui al citato art. 192 laddove prevedeva l'inserimento in un elenco tenuto presso l'ANAC delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società *in house* - è stato previsto all'art. 23, che, nell'individuare le informazioni che le stazioni appaltanti e gli enti concedenti sono tenuti a trasmettere alla Banca dati nazionale dei contratti pubblici attraverso le piattaforme telematiche di cui all'art. 25, l'ANAC definisce anche gli obblighi informativi riguardanti *“gli affidamenti diretti a società in house di cui all'art. 7, co. 2”*.

8.5.4. La deroga per le prestazioni strumentali.

Come anticipato, una deroga alla regola che impone una istruttoria e una motivazione rafforzate per l'affidamento *in house* di lavori, servizi e forniture, è prevista dall'art. 7, comma 2, terzo inciso, qualora si tratti dell'affidamento di *prestazioni strumentali*.

In tal caso, infatti, il provvedimento di affidamento *in house* può limitarsi a dare conto dei vantaggi in termini di economicità, celerità o perseguimento di interessi strategici. Con la precisazione che, come dispone l'ultimo inciso dell'art. 7, comma 2, *“i vantaggi di economicità possono emergere anche mediante la comparazione con gli standard di riferimento della società Consip S.p.a. e delle altre centrali di committenza, con i parametri ufficiali elaborati da altri enti regionali nazionali o esteri oppure, in mancanza, con gli standard di mercato”*.

Fondamentale risulterà la delimitazione che, in sede interpretativa, si farà della nozione di prestazioni strumentali.

Manca nel nuovo Codice - e anche nella Relazione - una definizione di prestazioni strumentali o, comunque, l'indicazione di criteri che orientino nel decifrare una nozione da cui dipende l'estensione di una deroga alla regola dettata dall'art. 7, comma 2, primo inciso, laddove impone oneri istruttori e motivazionali rafforzati in caso di opzione per l'affidamento *in house*.

¹⁹ In attuazione di tale disposizione, con delibera 15 febbraio 2017, n. 235, l'ANAC ha approvato le Linee Guida n. 7, di attuazione del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, recanti *“Linee Guida per 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, d.lgs. n. 50 del 2016”*.

Non è chiarito, in particolare, il significato di “strumentalità”, né si indica rispetto a cosa le prestazioni da affidare devono essere strumentali.

Il problema interpretativo è ancor più evidente se si considera che gli appalti sono assai di frequente strumentali al soddisfacimento di esigenze dell'ente, essendo affidati per acquisire prestazioni per l'appunto utili all'ente nel perseguimento delle sue finalità istituzionali. In senso lato, tutti gli appalti hanno ad oggetto prestazioni strumentali. Si pensi ad appalti aventi ad oggetto la pulizia o la vigilanza dell'edificio che ospita l'ente, o la realizzazione e gestione del servizio informativo, o la fornitura di beni utili o necessari.

Il rischio è che tutto sia considerato strumentale e che, in tal modo, sia di fatto svuotata e neutralizzata la regola che impone oneri valutativi e motivazionali rafforzati per il ricorso all'*in house*.

Si impone, allora, un'interpretazione che, attesa la natura derogatoria della previsione che alleggerisce gli oneri dell'Amministrazione che intenda affidare prestazioni strumentali, la interpreti in modo rigoroso e restrittivo.

Utile, in questa prospettiva, può risultare l'utilizzo, come parametro interpretativo, della previsione che l'art. 4, d.lgs. n. 175 del 2016, detta a proposito delle condizioni che devono sussistere perché si possa far luogo alla costituzione di società a partecipazione o controllo pubblico, anche quando dirette all'auto produzione (comma 1, lett. d). La citata disposizione dispone, in particolare, che “*le Amministrazioni pubbliche non possono, direttamente o indirettamente, costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali*”.

Se certo quella previsione non è applicabile all'affidamento *in house* della prestazione, perché relativa alla diversa e precedente fase della costituzione dell'organismo societario, il criterio dalla stessa dettato può essere utile quale parametro destinato a colmare, in via interpretativa, il vuoto definitorio che connota l'art. 7, comma 2, del nuovo Codice dei contratti pubblici, laddove attenua gli oneri dell'Amministrazione che intenda affidare *in house* prestazioni strumentali. In tale prospettiva, la deroga all'onere di motivazione rafforzata presupporrebbe che si tratti di prestazioni “*strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali*”.

8.5.5. La compatibilità unionale dei doveri di valutazione e motivazione rafforzati.

Per l'art. 7, comma, 2, si ripropongono le questioni che, con riferimento al precedente ed *in parte qua* identico art. 192, d.lgs. n. 50 del 2016, sono in passato emerse con riguardo alla compatibilità unionale della preferenza ivi espressa per l'esternalizzazione.

Muovendo dall'assunto secondo cui, nell'ordinamento dell'Unione l'*in house providing* rappresenta non un'eccezione residuale, ma una normale opzione di base, al pari dell'affidamento a terzi tramite gara, *Cons. St., Sez. V, 7 gennaio 2019, n. 138*, ha infatti rimesso alla Corte di Giustizia di valutare se il diritto dell'Unione europea - e segnatamente il principio di libera amministrazione delle Autorità pubbliche e quello di sostanziale equivalenza fra le diverse modalità di affidamento e di gestione dei servizi di interesse delle Amministrazioni pubbliche - osti a una normativa nazionale, come quella dell'art. 192, comma 2, d.lgs. n. 50 del 2016, la quale collocava gli affidamenti *in house* su un piano subordinato rispetto agli affidamenti tramite gara di appalto: a) consentendo tali affidamenti soltanto in caso di dimostrato fallimento del mercato rilevante, nonché b) imponendo comunque all'Amministrazione che intenda operare un affidamento in regime di delegazione interorganica di fornire una specifica motivazione circa i benefici

2.



per la collettività connessi a tale forma di affidamento²⁰.

Nel 2020, la Corte di giustizia²¹, nel prendere posizione sul punto, ha sostenuto la piena compatibilità unionale della disciplina italiana nella parte in cui subordina l'affidamento *in house* all'impossibilità di procedere all'aggiudicazione di un appalto e, in ogni caso, alla dimostrazione, da parte dell'Amministrazione aggiudicatrice, dei vantaggi per la collettività specificamente connessi all'affidamento in regime di delegazione interorganica. Ha chiarito, infatti, che l'art. 12, paragrafo 1, della direttiva 2014/24 si limita a precisare le condizioni che un'Amministrazione aggiudicatrice deve rispettare quando desidera concludere un affidamento *in house*, e ha soltanto l'effetto di autorizzare gli Stati membri a escludere una tale operazione dal campo di applicazione della direttiva 2014/24. Tale disposizione non può quindi privare gli Stati membri della libertà di favorire una modalità di prestazione di servizi, di esecuzione di lavori o di approvvigionamento di forniture a scapito di altre. In effetti, questa libertà implica una scelta che viene effettuata in una fase precedente all'aggiudicazione di un appalto e che non può quindi rientrare nell'ambito di applicazione della direttiva 2014/24. La libertà degli Stati membri di scegliere il modo di prestazione di servizi mediante il quale le Amministrazioni aggiudicatrici provvederanno alle proprie esigenze deriva anche dal considerando 5 della direttiva 2014/24, che stabilisce che *“nessuna disposizione della presente direttiva obbliga gli Stati membri ad affidare a terzi o a esternalizzare la prestazione di servizi che desiderano prestare essi stessi o organizzare con strumenti diversi dagli appalti pubblici ai sensi della presente direttiva”*.

Pertanto, così come la direttiva 2014/24 non obbliga gli Stati membri a ricorrere a una procedura di appalto pubblico, essa non può obbligare gli Stati membri a ricorrere a un affidamento *in house* quando sono soddisfatte le condizioni di cui all'art. 12, paragrafo 1. Peraltro, la libertà in tal modo lasciata agli Stati membri è messa in luce più nettamente dall'art. 2, paragrafo 1, della direttiva 2014/23.

La Corte ha evidenziato che, tuttavia, la libertà degli Stati membri di scegliere il metodo di gestione che ritengono più appropriato per l'esecuzione dei lavori o la prestazione dei servizi non può essere illimitata, dovendo esercitarsi nel rispetto dei principi fondamentali del Trattato, segnatamente della libertà di circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi, nonché dei principi che ne derivano, come la parità di trattamento, il divieto di discriminazione, il mutuo riconoscimento, la proporzionalità e la trasparenza.

Di conseguenza, la Corte ha rilevato che l'art. 12, paragrafo 1 della direttiva 2014/24 deve essere interpretato nel senso che non osta ad una norma nazionale con la quale uno Stato membro subordina la conclusione di un'operazione *in house*, in particolare, alla condizione che l'aggiudicazione di un appalto pubblico non garantisca la qualità dei servizi forniti, la loro accessibilità o continuità, sempre che la scelta espressa a favore di una particolare modalità di prestazione di servizi, ed effettuata in una fase precedente a quella dell'aggiudicazione dell'appalto pubblico, rispetti i principi di parità di trattamento, non discriminazione, riconoscimento reciproco, proporzionalità e trasparenza. In tali condizioni, la libertà degli Stati membri di scegliere il modo di prestazione di servizi mediante il quale le Amministrazioni aggiudicatrici provvederanno alle proprie esigenze li autorizza a subordinare la conclusione di un'operazione interna

²⁰ Si veda anche Cons. St., Sez. III, 12 marzo 2021, n. 2102. Nella sentenza si fa riferimento all'*in house* come una modalità “secondaria e residuale” di affidamento, possibile “soltanto” in caso di “dimostrato fallimento del mercato”, ribadendo lo sfavore dell'ordinamento per questa tipologia di affidamento.

²¹ Corte giust., 6 febbraio 2020, n. C-89/19, cit.

all'impossibilità di indire una gara d'appalto e, in ogni caso, alla dimostrazione, da parte dell'Amministrazione aggiudicatrice, dei vantaggi per la collettività specificamente connessi al ricorso all'operazione interna.

8.6. I rapporti tra il controllo analogo cui è sottoposto il soggetto *in house* e l'influenza pubblica dominante cui è assoggettato l'organismo di diritto pubblico.

Giova in chiusura interrogarsi sui rapporti intercorrenti tra l'organismo di diritto pubblico e il soggetto *in house*; in specie, occorre verificare se ci sia sovrapposizione ovvero diversità tra il requisito, costitutivo della nozione di organismo di diritto pubblico, della sottoposizione all'influenza pubblica dominante e quello, necessario per l'affidabilità *in house* della prestazione, rappresentato dalla sottoposizione dell'affidatario a un controllo dell'affidante "analogo" a quello dallo stesso esercitato sui propri servizi. Si tratta allora di verificare se sussista un rapporto di sovrapposizione.

Occorre considerare, preliminarmente, che i due istituti rispondono a esigenze non coincidenti: la figura dell'organismo di diritto pubblico nasce nel diritto comunitario degli appalti per individuare i soggetti che, operanti nei singoli Stati membri, non sono liberi nell'affidamento di commesse pubbliche, dovendo osservare la disciplina pubblicistica di fonte europea; l'istituto dell'*in house*, viceversa, è stato elaborato dalla giurisprudenza comunitaria per identificare i casi in cui l'ente pubblico, operante nei singoli Stati nazionali, è esonerato dal rispetto dei principi concorrenziali nell'affidamento della prestazione.

Ferme le esposte diversità sottese alle genesi dei due diversi istituti, giova soffermarsi sul rapporto intercorrente tra gli stessi. Non vi è dubbio che se dovesse concludersi nel senso della perfetta sovrapposizione dei requisiti del controllo analogo cui è sottoposto il soggetto *in house* e dell'influenza pubblica dominante cui è assoggettato l'organismo di diritto pubblico, dovrebbe desumersi che l'organismo di diritto pubblico è sempre per ciò solo nelle condizioni legittimanti il conseguimento senza gara di commesse pubbliche da parte dell'ente pubblico che lo governa.

Si tratta di conclusione cui non è consentito aderire.

È sufficiente al riguardo osservare che il controllo "analogo", diversamente dall'influenza pubblica dominante desumibile anche da un finanziamento maggioritario all'"attività", presuppone sempre, invece, un controllo di tipo strutturale, il solo idoneo ad attestare quell'ingerenza pubblica sull'organizzazione imprenditoriale tale da far assumere all'affidatario natura di prolungamento organizzativo dell'Amministrazione controllante²².

Appare chiara, allora, la maggiore pregnanza del requisito del controllo analogo rispetto a quello della sottoposizione a influenza pubblica dominante: se il primo comprende il secondo, non può dirsi sempre vero l'assunto inverso.

Il tema relativo ai rapporti tra affidamento *in house* e organismo di diritto pubblico merita peraltro di essere esaminato anche sotto un differente angolo visuale.

E invero, anche l'affidatario *in house*, proprio in quanto proiezione organizzativa e parte integrante dell'Amministrazione controllante e affidante, deve considerarsi a sua volta Amministrazione aggiudicatrice, come tale soggetta all'osservanza della disciplina pubblicistica, allorché intenda reperire sul mercato risorse strumentali all'esercizio dell'attività affidatagli senza gara.

²² Così, CASALINI, *op. cit.* V. anche Corte giust. UE 27 febbraio 2003, C-373/00, *Adolf Truley GmbH c. Bestattung Wien GmbH*.