amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo (Classe A)

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Rivista di Ateneo dell'Università degli Studi di Roma "Foro Italico"

Direzione scientifica
Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei, Julián Espartero Casado

Direttore Responsabile
Gaetano Caputi

Redazione
Giuseppe Egidio Iacovino, Carlo Rizzo

FASCICOLO N. 3/2023

Estratto

Iscritta nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009

ISSN 2036-7821

Comitato scientifico

Annamaria Angiuli, Antonio Barone, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Francesco Cardarelli, Enrico Carloni, Maria Cristina Cavallaro, Guido Clemente di San Luca, Andry Matilla Correa, Chiara Cudio, Gianfranco D'Alessio, Mariaconcetta D'Arienzo, Ambrogio De Siano, Ruggiero Dipace, Luigi Ferrara, Pierpaolo Forte, Gianluca Gardini, Biagio Giliberti, Emanuele Isidori, Bruno Mercurio, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Alberto Palomar Olmeda, Attilio Parisi, Luca Raffaello Perfetti, Fabio Pigozzi, Alessandra Pioggia, Helene Puliat, Francesco Rota, Josè Manuel Ruano de la Fuente, Leonardo J. Sańchez-Mesa Martĩnez, Ramón Terol Gómez, Antonio Felice Uricchio.

Comitato editoriale

Jesús Avezuela Cárcel, Giuseppe Bettoni, Sveva Bocchini Salvatore Bonfiglio, Vinicio Brigante, Sonia Caldarelli, Giovanni Cocozza, Andrea Marco Colarusso, Sergio Contessa, Manuel Delgado Iribarren, Giuseppe Doria, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Jakub Handrlica, Margherita Interlandi, Laura Letizia, Federica Lombardi, Gaetano Natullo, Carmen Pérez González, Giovanni Pesce, Marcin Princ, Sara Pugliese, Antonio Saporito, Giuliano Taglianetti, Simona Terracciano, Salvatore Villani, Stefania Terracciano.

Coordinamento del Comitato editoriale

Valerio Sarcone.

ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Il fondamento normativo o consensuale dell'*in house providing*. Note a margine del nuovo Codice e del PNRR

di Marco Tiberii

(Professore ordinario di diritto amministrativo al Dipartimento
di economia dell'Università degli Studi della Campania L. Vanvitelli.)

Sommario

1. Il difficile rapporto tra il principio di auto-organizzazione e concorrenza. – 2. Il controllo analogo e i presupposti dell'in house providing nella giurisprudenza. – 3. L'in house (verticale e pluripartecipato) nel diritto comunitario. – 4. Il quadro normativo previgente nell'ordinamento interno. – 5. Le modifiche introdotte dal nuovo codice. - 6. Le società in house convenzionali.

Abstract

The «principle of self-organisation» in the assignment, management and provision of public contracts, recognized by art. 7 of the new code, approved with the legislative de-cree 31.3.2023 n. 36, appears as the natural reflection of the so-called institutional auto-nomy of the States of the European Union, which retain all the areas not expressly trans-ferred to the Community, but finds its counterweight in the respect due to the principle of competition and economic freedom of movement.

In this context, the present work deals with identifying the innovations introduced by the new code, including the dequotation of the motivation, as well as the repeal of the provision (ex art. 192) relating to the introduction of the register in which they register all the contracting authorities that operate through direct in-house assignments. Finally, the conventional in-house companies introduced by art. 10 of the legislative decree no. 77/2021, converted by l. no. 8/2021, during the implementation of the P.N.R.R., provided for the right to use agreements with in-house companies for the assignment procedures and the more rapid implementation of the planned public investments.

* *Il presente lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della double blinde peer review.*

ISSN 2036-7821

1. Il difficile rapporto tra il principio di auto-organizzazione e concorrenza.

Il «*principio dell'auto-organizzazione*» nell'affidamento, gestione ed erogazione degli appalti pubblici, riconosciuto dall'art. 7 del nuovo codice, approvato con il d.lgs. 31.3.2023 n. 36, appare come il naturale riflesso della cd. autonomia istituzionale[1] degli Stati dell'Unione Europea, che conservano tutti gli ambiti non espressamente trasferiti alla Comunità, ma trova nel rispetto dovuto al principio della concorrenza e delle libertà economiche di movimento, dettate dal T.F.U.E.[2] per la formazione del mercato unico, il suo contrappeso.

In altri termini, come è stato sottolineato il punto critico della questione è verificare dove arriva il mercato con le sue leggi e le libertà finalizzate al rispetto della concorrenza da un lato e dove, invece, il primo lascia spazio al potere d'organizzazione della pubblica amministrazione, che è stato definito come «*ciò che non è mercato*»[3].

Certamente tra gli scopi dell'Unione Europea vi è quello di realizzare all'interno di uno spazio aperto senza frontiere, mediante la libera circolazione delle persone, delle merci e dei capitali, «*un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza*» (ex art. 119 T.F.U.E.)[4].

---

[1] Sul principio di autonomia istituzionale si rinvia a M.S. GIANNINI, *Profili di un diritto amministrativo delle Comunità europee*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2003, 979 e ss, G. DELLA CA-NANEA, *Beyond the State: the europeanization and globalization of procedural administrative law*, in *European Public Law*, 2003, 563; A. MASSERA, *I principi generali*, a cura di M.CHITI E G. GRECO, *Trattato di diritto amministrativo europeo, parte generale*, 2007, Milano, I, p287 e ss.; PÈREZ TREMPS, L. VIOLINI, *La Costituzione Europea e l'organizzazione territoriale degli Stati membri*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 6/2004, 1431; F. MERLONI, A. PIOGGIA, *European Democratic Institutions and Administrations. Cohesion and Innovation in Times of Economic Crisis*, Berlino, 2018. Naturalmente tale regola è passibile di eccezioni, quando l'autonomia organizzativa di uno stato impedisce la corretta applicazione della normativa comunitaria. In tal caso, infatti, occorre agire sulla base dei principi di proporzionalità e di sussidiarietà di cui agli artt. 5, par. 3 e 4 TUE e del protocollo addizionale n. 2.

[2] Si cfr. in merito gli artt. 49 e 56 del T.F.U.E. sulle libertà di stabilimento e libera prestazione dei servizi. In generale, in tema di concorrenza e appalti pubblici si cfr. M. LIBERTINI, *Il diritto della concorrenza dell'Unione Europea*, Milano, 2024; M. CAFAGNO, A. FARÌ, *I principi e il complesso ruolo dell'amministrazione nella disciplina dei contratti per il perseguimento degli interessi pubblici (artt. 29, 30, 34, 50, 51)*, in a cura di M. Clarich, *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, Torino, 2012, p201 e ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *Il "principio di concorrenza": proprietà e fondamento, Dir. Amm.*, 2013; R. CAVALLO PERIN, G.M. RACCA, *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici, Dir. Amm.*, 2010, 325-354; M. CLARICH, *Contratti pubblici e concorrenza, Astrid*, 2015; [2] M. D'ALBERTI, *Interesse pubblico e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, in *Dir. amm*, n. 2/2008, p297 e ss.; S. ARROWSMITH, *Purpose of the EU Procurement Directives: Ends, Means and the Implications for National Regulatory Space for Commercial and Horizontal Procurement Policies*, Cambridge, 2012.

[3] Si cfr. in merito R. CAVALLO PERIN, *Il modulo derogatorio: in autoproduzione o in house providing*, a cura di H. Bonura, M. Cassano, *L'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica*, Torino, 2011, 119; nonché R. CARANTA, *The In house Providing: The Law as It Stands in The EU*, a cura di M. Comba, S. Treumer, *The In -House Providing in Europan Law*, Copenhagen 2010, 13.

[4] Sul nuovo modello di disciplina dei mercati che si è venuto affermando in questi anni si cfr. S. CASSESE, *La nuova costituzione economica, La nuova costituzione economica, a* cura di S. Cassese, Roma-Bari, 2021, 389 ss.; F. BASSANINI - G. NAPOLITANO - L. TORCHIA, *Lo Stato promotore. Come cambia l'intervento pubblico nell'economia*, Bologna, 2021; G. NAPOLITANO, Impresa *(regolazione amministrativa della)*, ad vocem, *Enc. dir.*, 626 ss.; E. BRUTI LIBERATI, *Industria, ad vocem, ibidem*, 654 ss.; nonché M. RAMAJOLI, *Concorrenza (tutela della), ad vocem, ibidem*, 292 ss.

ISSN 2036-7821

In tale prospettiva, come noto, rileva la competenza esclusiva affidata allo Sato italiano dall'art. 117, co. 2, lett., e), della tutela della concorrenza, che deve essere declinata sia in senso negativo, cioè come compito volto a contrastare tutte quelle condotte che ostacolano illecitamente la concorrenza, si veda ad es. la disciplina *antitrust*, sia in senso positivo come rivolta a promuovere il mercato, rendendolo accessibile a tutti gli operatori economici.

Lo Stato, tuttavia, non si limita a svolgere la funzione regolatoria, ma entra anche all'interno del mercato, espletando funzioni che hanno natura imprenditoriale e diretta rilevanza economica.

In tal senso, infatti, quest'ultimo non svolge soltanto l'attività imperativa in senso stretto e/o quella contrattuale, ma sempre più spesso si occupa anche di altre attività, erogando i servizi pubblici in favore della collettività, che possono rivestire quando possiedono rilevanza economica le forme dell'attività "*d'impresa*" oppure quando, invece, non hanno tale carattere sono prestati a carico del bilancio dello Stato.

Come è stato, dunque, evidenziato le norme dei Trattati comunitari con riferimento ai servizi d'interesse economico generale (SIEG) introducono una deroga alle regole della concorrenza e del mercato, atteso il ruolo fondamentale che essi rivestono per la promozione della coesione sociale e territoriale[5].

Tale deroga è, tuttavia, ammissibile soltanto quando il rispetto delle regole della concorrenza impedisca alle imprese incaricate della gestione di un servizio economico d'interesse generale il raggiungimento della missione loro affidata ex art. 106 T.F.U.E.[6].

In questi casi, dunque, lo Stato è legittimato a intervenire perché si verifica quello che

[5] Si cfr. C. DEODATO, *Gli ambiti dell'intervento pubblico nell'organizzazione e nella gestione dei servizi alla collettività: il conflitto irrisolto tra mercato e tutela sociale dei bisogni della collettività*, *giustizia-amminnistrativa.it*, 2020. Sul tema si cfr. anche G. NAPOLITANO, *Servizi pubblici, diritto alla concorrenza e funzioni dell'autorità garante*, in www.federalismi.it, 2010, dove l'autore rileva che: «Le norme comunitarie impongono agli stati membri di abolire i diritti speciali ed esclusivi e di dichiarare libera l'attività precedentemente riservata. In questo modo, l'armonizzazione comunitaria investe direttamente la disciplina dell'ingresso sul mercato. Al regime concessorio, che presuppone il trasferimento di una prerogativa dello Stato, si sostituisce il sistema autorizzatorio, più adatto al controllo di una libera attività economica privata. Inoltre, il rilascio delle autorizzazioni non può essere subordinato a valutazioni discrezionali. Per questa ragione il regime della licenza individuale, che presuppone il rilascio caso per caso di un atto amministrativo di assenso, è progressivamente sostituito dall'adozione di un atto di autorizzazione generale, che abilita gli operatori ad entrare sul mercato sulla base di una mera dichiarazione di conformità alle condizioni previste». In generale, sul tema della coesione si cfr. R. SAPIENZA, *La politica comunitaria di coesione economica e sociale*, Roma, 2000; S. CIMINI, M. D'ORSOGNA, *Le politiche comunitarie di coesione economica e sociale. Nuovi strumenti di sviluppo territoriale in un approccio multidimensionale*, Napoli, 2011, nonché L. PORTALURI, *La coesione politico-territoriale: rapporti con l'Europa e coordinamento Stato-autonomie*, in *federalismi*.it, n. 22/2016; Si cfr. altresì R. VILLATA, *Pubblici servizi. Discussioni e problemi*, Milano, 2008; nonché E. BALBONI, *Il principio di coesione economica e sociale nell'ordinamento comunitario e nella recente esperienza dell'Unione*, a cura di U. De Siervo, *La difficile Costituzione europea*, Bologna 2001, 19 ss.

[6] Si cfr. in merito M. TRIMARCHI, *I servizi di interesse economico generale nel prisma della concorrenza*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, n.1/2020, 53; nonché M. MATTALIA, *Operatori economici nella disciplina sugli appalti e concessioni tra concorrenza e solidarietà*, in *Dir. amm.*, 2016, 486.

ISSN 2036-7821

si definisce un fallimento del mercato[7], tale che il servizio può essere considerato necessario per l'interesse della comunità e affidato a imprese pubbliche o private con obbligo di espletamento a determinate condizioni.
Emerge, dunque, anche sotto questo profilo l'applicazione del principio di sussidiarietà, lo Stato interviene soltanto quando il mercato non è idoneo a svolgere quel determinato servizio d'interesse pubblico autonomamente.
Il rispetto del «*principio di neutralità*» di cui all'art. 345 del T.F.U.E., d'altronde, non consente d'imporre agli Stati membri di ricorrere al modello dell'esternalizzazione ovvero d'affidarsi a operatori economici che operano nel mercato (cd. *outsourcing*), ma riconosce la libertà delle pp. aa. di procedere a erogare le prestazioni anche direttamente, mediante proprie strutture[8].
Tuttavia, il potere d'organizzare in modo autonomo l'esecuzione dei lavori o la prestazione di beni e servizi, rappresenta comunque una deroga generale al principio di concorrenza di cui agli artt. 49, 56 e 106 del T.F.U.E.
Pertanto, il potere di auto-produzione è ammesso nelle ipotesi in cui non si configuri una fattispecie inquadrabile nell'ambito della categoria degli appalti pubblici, sottoposti alla disciplina comunitaria e alle consequenziali procedure di evidenza pubblica.

2. Il controllo analogo e l'in house providing nella giurisprudenza.
La giurisprudenza ha evidenziato che perché si possa configurare un contratto[9] non è sufficiente che esso sia stato sottoscritto tra due soggetti giurid icamente e

[7] Per un'analisi dei "fallimenti" del mercato si rinvia a L. MINERVINI–A. VIELLA, *I fallimenti di mercato*, a cura di A. URICCHIO, V. PERAGINE, M. AULENTA, *Manuale di scienza delle finanze, diritto finanziario e contabilità pubblica*, Roma, 2018, 77; nonchè F. SCLAFANI, *Nuovi modelli di tutela del consumatore nell'evoluzione del mercato dell'energia: elementi di rischio e esigenze di protezione*, a cura di E. BRUTI LIBERATI, M. DE FOCATIIS, A. TRAVI, *Ancora sulla transizione nel settore dell'energia. Gli aiuti di Stato la tutela del consumatore*, Padova, 2019, 101. L'Autore considera acquisito il primato del diritto della concorrenza sulla regolazione economica dei mercati, per cui «la regolazione è utile solo là dove non arriva la concorrenza, quindi opera come rimedio o antidoto ai fallimenti del mercato perché l'interesse generale non assicurato dal mercato è la giustificazione ma anche il limite dell'intervento regolatorio il quale presuppone la presenza di operatori dominanti, esternalità, asimmetrie informative o esigenze di universalità del servizio (per questo si dice che la regolazione economica si colloca tra i fallimenti del mercato e i fallimenti dello Stato e che la migliore regolazione è quella che crea le premesse per fare a meno di se stessa)» richiamato da J. SPORTOLETTI, *Considerazioni sull'istituto dell'in house providing alla luce dell'art. 10 d.l. 77/2021, Federalismi.it*., n. 31/2022, 113.

[8] Si cfr. Cort. Cost., n. 439 del 2008.

[9] In generale, in tema di contratti si cfr. F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, in *Enc. Dir*., Agg. VI, Milano, 2002, 90; R. DIPACE, I *contratti alternativi all'appalto per la realizzazione di opere pubbliche*, a cura di G. Alpa, *Appalto pubblico ed appalto privato*, Napoli, 2010; A. MASUCCI, *Trasformazione dell'amministrazione e moduli convenzionali. Il contratto di diritto pubblico*, Napoli, 1988; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Contributo allo studio del principio contrattuale nell'attività amministrativa*, Torino, 1997; C. E. GALLO, *Autorità e consenso nei contratti pubblici alla luce delle direttive 2014*, 2014, Torino; G. D. COMPORTI, *La sfida delle nuove direttive europee in materia di appalti e concessioni, Federalismi.it*, 2015, n. 6; M. COZZIO, *Prime considerazioni sulle proposte di direttive europee in tema di Public Procurement*, in M. Cafagno- A. Botto- G. Fidone- G. Bottino, 2013, Milano, 119.

ISSN 2036-7821

formalmente distinti, ma è necessario che esso intervenga tra parti che risultino anche sostanzialmente diverse ossia non rappresentino un unico centro decisionale[10].
Sin con le decisioni rese nella causa C-360/98 Arnhem[11] e la successiva Causa C-108-98 Ri. San[12], la Corte di Giustizia ha indicato quali sono gli elementi essenziali che consentono di escludere l'esistenza di un rapporto di alterità soggettiva.
In particolare, si è individuato nella presenza di un potere di direzione, coordinamento e supervisione dell'ente controllante nei confronti del soggetto controllato il presupposto fondamentale per procedere all'affidamento diretto, senza avvalersi dei contratti stipulati seguendo le procedure di evidenza pubblica, richieste dalla normativa prevista in materia di appalti.
Su tali basi l'istituto *dell'in house providing*[13] è stato poi formalizzato per la prima volta nella sentenza del 18 novembre 1999 ovvero nel caso "*cd. Teckal*"[14], causa C-107/98[15].
In quest'ultima pronunzia si è, dunque, chiarito che si può evitare il ricorso alle procedure di evidenza pubblica per la stipula di contratti quando si può affermare che un ente pubblico eserciti su un altro soggetto 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 che la controllano*».
In tale ipotesi si verificherebbe, infatti, un'ipotesi di «*delegazione interorganica*», l'ente *in house* rappresenterebbe una sorta di *longa manus* dell'amministrazione, tale da non poter essere considerato un soggetto terzo rispetto all'ente aggiudicatore, ma al contrario come un ufficio dello stesso[16].
In questo caso, pur trattandosi di soggetti giuridicamente distinti, l'affidatario è sottoposto a un «*controllo analogo*» ossia della stessa tipologia di quello che l'ente pubblico espleta in virtù del principio gerarchico sui propri uffici.
In merito, si è precisato che questo non consiste soltanto nell'esercizio dei poteri spettanti al titolare della partecipazione maggioritaria o totalitaria, che di regola esercita sull'assemblea della società un'influenza dominante, ma richiede che: «*l'ente*

[10] Si cfr. Cass., sez. un, 9 luglio 2014, n. 15594.
[11] Si cfr. Corte di giustizia del 10.11.1998.
[12] Si cfr. Corte di giustizia del 9.9.1999.
[13] Si cfr., in tema di controllo sulle società *in house* G. CAIA, *Le società in house: persone giuridiche private sottoposte a peculiare vigilanza e tutela amministrativa*, in *Giur. Comm.*, 3/2020, 457.
[14] Con la sentenza 18 novembre 1999 C-107/1998 Teckal si afferma che: «relativamente all'esistenza di un contratto, il giudice nazionale deve verificare se vi sia stato un incontro di volontà tra due persone distinte», atteso che invece: «può avvenire diversamente solo nel caso in cui, nel contempo, l'ente locale eserciti sulla persona di cui trattasi un controllo analogo a quello da esso esercitato sui propri servizi».
[15] In questa pronunzia si è chiarito che il ricorso al mercato può essere escluso quando vi sia una partecipazione pubblica totalitaria, l'ente sia sottoposto al cd. controllo analogo (requisito strutturale) e svolga la maggior parte della propria attività in favore dell'ente pubblico di appartenenza (requisito funzionale-operativo).
[16] Il modello in oggetto è considerato ammissibile, come alternativa alle regole della concorrenza, che invece richiedono di esternalizzare le attività, in presenza di tre presupposti: a) che il soggetto affidatario sia completamente di proprietà pubblica; b) che eroghi nei confronti dell'ente pubblico proprietario la parte più importante della propria attività; c) che sia sottoposto ad un controllo analogo.

ISSN 2036-7821

pubblico partecipante abbia statutariamente il potere di dettare le linee strategiche e le scelte operative della società in house, i cui organi amministrativi vengono pertanto a trovarsi in posizione di vera e propria subordinazione gerarchica».

Si è, dunque, chiarito[17] che per giustificare il ricorso *all'in house* non è sufficiente che gli enti esercitino i poteri conferiti dalla legge alla maggioranza degli azionisti.

Inoltre, la società controllata non deve sviluppare una vocazione commerciale, che potrebbe renderla autonoma rispetto al controllo esercitato dalle autorità pubbliche.

La mancanza della vocazione imprenditoriale sembra palese, quando la portata geografica delle attività è circoscritta all'ambito territoriale delle amministrazioni aggiudicatrici e le attività previste nell'oggetto dello scopo societario dello statuto è limitato a quanto richiesto in favore dei medesimi enti[18].

3. L'in house (verticale e pluripartecipato) nel diritto comunitario.

L'istituto in esame ha trovato il riconoscimento con la Direttiva n. 24 2014[19], dove al considerando n. 32 si conferma che gli appalti pubblici a persone giuridiche controllate non sono soggette all'applicazione della sua disciplina ove «*l'amministrazione aggiudicatrice eserciti sulla persona giuridica di cui trattasi un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi*».

Inoltre, si richiede il carattere della prevalenza delle prestazioni erogate, in favore dell'amministrazione aggiudicatrice e delle altre controllate da tale ente, per una soglia superiore all'80% delle proprie attività.

La partecipazione diretta di un operatore economico privato al capitale della persona giuridica controllata[20] è esclusa, poiché in questo caso il mancato espletamento della gara si tradurrebbe in un indebito vantaggio rispetto ai suoi concorrenti.

Tale limitazione, tuttavia, non si applica nei casi in cui la partecipazione di operatori privati al capitale della persona giuridica controllata sia prescritta da una disposizione legislativa nazionale in conformità dei trattati, sempre che non comporti un controllo o potere di veto e che non conferisca un'influenza determinante sulle

[17] Causa C-340/04, Carbotermo spa e Consorzio Alisei contro Comune di Busto Arsizio e AGESPO Spa, Racc. 2006, I-04137; sul punto si cfr. anche Causa C-573/07, Sea par. 63 dove la Corte ha esaminato nel dettaglio i poteri di cui godevano le amministrazioni aggiudicatrici.

[18] In tal senso, si è rilevato che il controllo analogo era presente nel caso esaminato nelle cause Coditel e Sea, dove si afferma che la società *in house* può stabilire rapporti commerciali con le imprese private soltanto quando ciò risulta marginale rispetto all'attività principale di gestione dei servizi pubblici (punti 79-80), ad es. se l'attività è il servizio di raccolta di rifiuti, ciò può risultare compatibile con la vendita al mercato di talune categorie specifiche di rifiuti e non invece nella causa Parking Brixen.

[19] In generale sulla direttiva in oggetto si cfr. C. FRANCHINI, F. SCIAUDONE, *Il recepimento in Italia delle nuove direttive appalti e concessioni*, Napoli, 2015; H. CAROLI CASAVOLA, *Le nuove direttive sugli appalti pubblici e le concessione. Le regole e gli obiettivi strategici per le politiche UE 2020*, in *Gior. dir. amm.*, 12/2014, 1135.

[20] Si cfr. in tal senso l'art. 12, co.1. lett. A), della direttiva n. 24 del 2014.

ISSN 2036-7821

decisioni della persona giuridica controllata[21].
In questo modo, si è dunque eliminato o quanto meno ridimensionato il requisito della cd. partecipazione pubblica totalitaria, che era stato richiesto dalle prime pronunzie in argomento come presupposto necessario, ma non sufficiente[22].
Inoltre, la medesima disposizione prevede la figura dell'*in house* «*pluri-partecipato*»[23], quando l'amministrazione aggiudicatrice esercita congiuntamente con altre amministrazioni aggiudicatrici un controllo sulla persona giuridica di cui trattasi analogo a quello da esse esercitato sui propri servizi e sussistono anche gli altri presupposti[24].
Modello questo pluripartecipato considerato, pertanto, ammissibile quando: a) gli organi decisionali della persona giuridica controllata sono composti da rappresentanti di tutte le amministrazioni aggiudicatrici partecipanti; b) queste ultime sono in grado di esercitare congiuntamente un'influenza determinante sugli

[21] Cfr. sul punto il considerando n. 32 della direttiva n. 24 del 2014, secondo cui: «si dovrebbe inoltre chiarire che l'unico elemento determinante è la partecipazione privata diretta al capitale della persona giuridica controllata. Perciò, in caso di partecipazione di capitali privati nell'amministrazione aggiudicatrice controllante o nelle amministrazioni aggiudicatrici controllanti, ciò non preclude l'aggiudicazione di appalti pubblici alla persona giuridica controllata, senza applicare le procedure previste dalla presente direttiva in quanto tali partecipazioni non incidono negativamente sulla concorrenza tra operatori economici privati. Occorre altresì chiarire che le amministrazioni aggiudicatrici quali gli organismi di diritto pubblico, per i quali è possibile la partecipazione di capitali privati, dovrebbero essere in condizione di avvalersi dell'esenzione per la cooperazione orizzontale. Pertanto, se tutte le altre condizioni per la cooperazione orizzontale sono soddisfatte, l'esenzione ad essa relativa dovrebbe estendersi a tali amministrazioni aggiudicatrici qualora il contratto sia concluso esclusivamente tra amministrazioni». Per un commento generale delle direttive in commento si cfr. altresì C. CONTESSA – D. CROCCO, *Appalti e concessioni. Le nuove direttive europee*, Roma, 2015; A. PAJNO, *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione, Riv. it. dir. pubbl. com*., n. 5/2015, 1127; G. D'ANGELO, *Riflessioni a margine della direttiva 2014/23/UE,* in *Riv. Reg*., 2014, 228; G. GRECO, *La direttiva in materia di concessioni*, in *Riv. it. dir. pubbl. com*., 2015, 1095.

[22] Con le pronunzie sul caso Teckal e Stadt Halle la Corte di giustizia aveva come noto escluso di poter ricondurre le società miste nella sfera di applicazione dell'*in house providing* precisando al riguardo che qualora anche una piccola quota del capitale fosse stato in mano privata, sarebbe stato assente uno dei requisiti fondamentali per proceder con l'affidamento diretto. La stessa Ad. Plenaria del Cons. di stato, con sentenza del 3 marzo 2008, n. 1, aveva confermato che ai fini della applicabilità dell'affidamento diretto ad una società *in house* era necessario il requisito del carattere totalitario della partecipazione pubblica.

[23] E. CAMPAGNANO, *L'evoluzione dell'in house providing, dall'eccezione all'efficiente attuazione del PNRR*, *Contratto e impresa*, n. 4/2022, 115, dove l'autore considera tale tipo di *in house* c.d. frazionato o pluripartecipato presente «laddove vi sia un controllo congiunto da parte di più enti affidanti (art.5, co.4)». In tema di *in house* si cfr. altresì G. RUBERTO, *La disciplina degli affidamenti in house nel d.lgs 50/2016, tra potestà legislativa statale e limiti imposti dall'ordinamento dell'Unione Europea*, in *www.federalismi.it.*; G. SCARAFIOCCA, *L'in house providing di nuovo all'attenzione delle Corti. L'occasione per uno sguardo d'insieme*, in *www.federalismi.it*, 4/2021, 276.

[24] Naturalmente devono sussistere anche gli altri presupposti sopra richiamati, la norma richiede, infatti, anche in questo caso che: «b) l'80 % delle attività di tale persona giuridica sono effettuate nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dalle amministrazioni aggiudicatrici controllanti o da altre persone giuridiche controllate dalle amministrazioni aggiudicatrici 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».

ISSN 2036-7821

obiettivi strategici e sulle decisioni significative dell'ente controllato; c) la persona giuridica non persegue interessi contrari a quelli delle amministrazioni aggiudicatrici controllanti.

4. Il quadro normativo previgente nell'ordinamento interno.

Nell'ordinamento interno l'istituto dell'*in house providing* è stato sempre considerato come un'eccezione alle regole della concorrenza e dell'evidenza pubblica, diversamente dal diritto comunitario dove la scelta tra l'esternalizzazione del servizio o l'autoproduzione sembra rappresentare, in presenza dei presupposti suindicati, un'opzione alternativa quasi indifferente.

La Corte costituzionale, del resto, con la pronunzia n. 166 del 2019 ha evidenziato l'importanza della tutela della concorrenza, affermando che: «le disposizioni del codice dei contratti pubblici regolanti le procedure di gara sono riconducibili alla materia della tutela della concorrenza e vanno ascritte all'area delle norme fondamentali delle riforme economico-sociali».

In tal senso, la precedente versione dei Codice dei Contratti pubblici all'art. 5 conteneva una descrizione analitica dei presupposti prescritti per ricorrere, eccezionalmente, al modello dell'*in house*, recependo tutti i requisiti richiesti a livello comunitario, del controllo analogo e della partecipazione pubblica quasi totalitaria sotto il profilo strutturale e l'espletamento dell'attività prevalente in favore dell'ente controllante sotto il profilo funzionale[25].

Inoltre, nel successivo art. 192 si prevedeva l'istituzione di un elenco nel quale inserire tutti gli enti che operavano mediante queste società con affidamenti diretti.

In particolare, quest'ultima norma prescriveva che le amministrazioni aggiudicatrici fornissero una «*motivazione rinforzata*» in merito alla scelta di non ricorrere al mercato e, dunque, alla convenienza dell'offerta economica proposta dalla società *in house* per l'affidamento diretto del servizio, nonché ai benefici ottenibili in questo modo per la collettività[26].

---

[25] Si cfr. in merito E. CAMPAGNANO, *L'evoluzione dell'in house providing, dall'eccezione all'efficiente attuazione del PNRR*, *Contratto e impresa*, n. 4/2022, 1151, dove l'autore rileva che l'art. 5 ha codificato tutti i requisiti richiesti per l'applicazione dell'istituto in esame in questo modo: «a) l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore esercita sulla persona giuridica affidataria un controllo analogo, a quello esercitato sui propri servizi; b) oltre l'80% delle attività della persona giuridica controllata è effettuata nello svolgimento nei compiti ad essa affidati dall'amministrazione aggiudicatrice controllante o da altre persone giuridiche controllate; c) nella persona giuridica controllata non vi è alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati previste dalla legislazione nazionale, le quali non comportino controllo o potere di veto, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinate sulla persona giuridica controllata».

[26] Il nuovo codice del resto recepisce il principio del «nesso tra "risultato" e "concorrenza", la seconda in funzione del primo, è già rafforzato dalla dizione del co. 1, dove si specifica che non si persegue "un risultato purché sia", ma un risultato "virtuoso", che accresca la qualità, diminuisca i costi, aumenti la produttività, etc. Una diversa impostazione (secondo cui la P.A. non cura più l'interesse pubblico, perché il suo obiettivo diventa la

ISSN 2036-7821

L'iscrizione negli elenchi suddetti rappresentava una condizione necessaria ma non sufficiente, dovendo gli enti anche manifestare le ragioni d'interesse pubblico ovvero i benefici per la collettività in termini di maggior soddisfacimento degli obiettivi di universalità, socialità, efficienza, economicità, qualità del servizio e utilizzo migliore delle risorse pubbliche[27].

La legittimità dell'onere motivazionale aggravato, rispetto alla normativa comunitaria, era sottoposta[28] alla valutazione della Corte di giustizia al fine di verificare se la procedura di cui all'art. 192 risultava compatibile con la disciplina comunitaria dettata dall'art. 12, par. 3, della direttiva 2014/24/UE.

L'impostazione interna veniva ritenuta[29] legittima sulla base del considerando n. 5, laddove si prevede 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»[30].

Similmente, tale conclusione trovava conferma nell'art. 2, par. 1, laddove si ribadisce: «*il principio per cui le autorità nazionali, regionali e locali possono liberamente organizzare l'esecuzione dei propri lavori o la prestazione dei propri servizi in conformità del diritto nazionale e dell'Unione. Tali autorità sono libere di decidere il modo migliore per gestire*

gara) sarebbe, oltre che irragionevole, ancor più difficile da sostenere in un contesto economico-sociale che, nel quadro di un drammatico conflitto bellico, oggi richiede una nuova leva economica, da realizzare anche (e soprattutto) nel settore delle commesse pubbliche». La codificazione del risultato conferma che legalità e concorrenza da sole non bastano, perché l'obiettivo rimane la realizzazione delle opere pubbliche e la soddisfazione dell'interesse della collettività, così Cons. st., relazione allo Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante "Delega al Governo in materia di contratti pubblici", Roma 7 dicembre 2022.

[27] Questo genere di valutazione era richiesta sin dall'art. 34, co. 20, l. n. 221 del 2012 in relazione ai servizi pubblici locali a rilevanza economica, la disciplina successiva ha esteso tale onere nei confronti di tutti i servizi pubblici disponibili sul mercato in regime di concorrenza. Naturalmente ciò imponeva che l'offerta garantisse almeno l'espletamento del servizio allo stesso costo del mercato, del resto tale valutazione oltre ad essere sindacabile dal giudice amministrativo sotto il profilo della legittimità (cfr. Cons. st., sez. VI, ord. 1 aprile 2005, n. 1610), può anche assumere rilievo nei giudizi di responsabilità amministrativa (Corte dei Conti, sez. giur. Toscana, 23 settembre 2005, n. 292; Cass. SS.UU., 29 settembre 2003, 14488).

[28] In tal senso, Consiglio di st., Sez. V, ordinanze 7 gennaio 2019, n. 138; 14 gennaio 2019, n. 293 e 15 gennaio 2019, n. 296, che ha sollevato anche il dubbio che l'art. 4 TUSPP (d.lgs. n. 175/2016) nella parte in cui consente alla p.a. di avere una partecipazione in una società *in house* soltanto se esercita il controllo analogo sia in contrasto con il medesimo art. 12.

[29] Così Cort. Giust. con sentenza 6 febbraio 2020, pronunciata nelle cause riunite C-89/2019 e C-91/2019, ha ritenuto che: «l'art. 12 della direttiva 2014/24 non osta a una normativa nazionale che subordina la conclusione di un'operazione interna, denominata anche "contratto *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 al ricorso all'operazione interna».

[30] Sul tema si cfr. C. GUARINI, *Euro-Balkan Law and Economics Review*, n.1/2019, 78.

ISSN 2036-7821

l'esecuzione dei lavori e la prestazione dei servizi»[31].

La medesima norma, inoltre, era sottoposta[32] anche al vaglio del giudice delle leggi per una presunta violazione dell'art. 76 Cost. per eccesso di delega[33], atteso che quest'ultima[34] all'art. 1, lett. a) ed eee), prevedeva il divieto di livelli di regolazione superiori a quelli necessari e prescritti dalle norme comunitarie (cd. divieto di *gold plating*)[35].

La questione[36] veniva dichiarata infondata, poiché il suddetto onere motivazionale, concernente le ragioni del mancato ricorso al mercato, era considerato coerente con lo spirito della norma, la quale attraverso un'interpretazione restrittiva della disciplina tendeva, in una logica pro-concorrenziale, a evitare usi abusivi e distorti degli affidamenti diretti.

In tal senso, infatti, si precisava che lo scopo del divieto di *gold plating* è di «impedire l'introduzione, in via legislativa, di oneri amministrativi e tecnici, ulteriori rispetto a quelli previsti dalla normativa comunitaria, che riducano la concorrenza in danno delle imprese e dei cittadini».

Pertanto, nonostante la previsione di oneri motivazionali particolarmente onerosi l'istituto dell'*in house* ha continuato ad avere un'applicazione molto diffusa durante il periodo di vigenza del precedente codice, neppure le disposizioni successivamente introdotte dal d.lgs. n. 157/2016, che hanno imposto per la costituzione delle società a partecipazione pubblica o la conservazione delle quote il rispetto del cd. vincolo finalistico ovvero l'aderenza dell'ente partecipante allo scopo istituzionale, hanno invertito tale rotta[37].

5. *Le modifiche introdotte dal nuovo codice.*

Il nuovo codice, introdotto con il d.lgs. 31.3.2023, n. 36, conferma, dunque, sulla base

---

[31] La norma suindicata prosegue chiarendo che: «Dette autorità possono decidere di espletare i loro compiti d'interesse pubblico avvalendosi delle proprie risorse o in cooperazione con altre amministrazioni aggiudicatrici o di conferirli a operatori economici esterni».

[32] Si cfr. Tar Liguria, Sez. II, ord., 15 novembre 2018, n. 886.

[33] L. 28 gennaio 2016, n. 11.

[34] Legge delega n. 11 del 2016

[35] Si cfr. C.GUARINI, *Una nuova stagione per l'in house providing? L'art. 192, co.2, del d.lgs. n. 50 del 2016 tra dubbi di legittimità costituzionale e sospetti di incompatibilità eurounitaria*, in *Federalismi.it*, 2019, n. 8.

[36] Si cfr. Corte cost., 27 maggio 2020, n. 100, che richiama la pronunzia della Corte di Giustizia ord. 6 febbraio 2020, in cause C-89/19, C-91/19, Rieco S.p.a.

[37] Sul punto si cfr. I. CAVALLINI, *La nuova stagione delle società in house dopo il PNRR, la riforma del codice appalti e la legge concorrenza 2022*, *Azienditalia*, n. 11/2022, cui: «come emerge dai dati desunti dalla relazione 2021 della Corte dei Conti, sezione delle autonomie (Deliberazione n.15/21). Sono stati rilevati, in generale, circa 11.300 affidamenti, per la maggior parte di servizi pubblici e soprattutto da parte dei Comuni; solo il 5% degli affidamenti a società controllate è avvenuto con gara; su 18.251 commesse, corrispondente a un impegno annuale di poco più di 11 miliardi di euro, gli affidamenti diretti costituiscono il 64%, per oltre il 79% degli impegni di spesa».

ISSN 2036-7821

del principio dell'auto-organizzazione[38], la possibilità che le pubbliche amministrazioni gestiscano autonomamente l'esecuzione di lavori o la prestazione di beni e servizi attraverso tre forme diverse: a) l'auto-produzione; b) l'esternalizzazione; c) la cooperazione.

L'art. 7, co. 2, infatti, dispone che le stazioni appaltanti possono affidare direttamente a società *in house* lavori, servizi o forniture, nel rispetto dei principi di cui agli articoli 1, 2 e 3.

Emergono, dunque, alcune differenze rispetto alla precedente disciplina.

In primo luogo, si può rilevare che il legislatore ha optato per una formulazione della norma molto essenziale, nella quale manca sia il riferimento all'applicazione della fattispecie in tutti i settori degli appalti ordinari e speciali[39], nonché tutte precedenti indicazioni relative alla corretta individuazione dei presupposti necessari per l'affidamento diretto alle società *in house* (co. 1 e 2 ex art. 5), nonchè per il riconoscimento del cd. controllo analogo.

Similmente, non vi è più alcun cenno alle diverse ipotesi delle altre numerose forme dell'*in house* congiunto, indiretto[40] e/o a cascata[41] e dell'*in house* cd. capovolto[42].

---

[38] Come è stato evidenziato da L. PERFETTI, *Sul nuovo codice dei contratti pubblici, In principio*, in *Urb. e app.*, n.1/2023, il nuovo codice «ha l'enorme merito di fornire una precisazione legislativa dei principi, non solo una loro enunciazione generica e così astratta da rappresentare null'altro che clausole generali. Finalmente, disponiamo di enunciati normativi non solo suscettibili di diretta applicazione, ma in grado – come proprio dei principi – di comporre le singole fattispecie puntuali, di entrare a far parte delle regole del caso e, quindi, di ordinare il sistema. Anzi, di ordinare le regole puntuali a sistema, di dare quindi vita ad un sistema». L'autore, inoltre, valorizza l'importanza di avere il nuovo codice dato una gerarchia ai principi, mettendo al primo posto il principio del risultato.

[39] Si cfr. in merito E. CAMPAGNANO, *op. cit.*, 1151, dove l'autore rileva che l'art. 5 del codice previgente espressamente richiamava l'applicazione dell'istituto sia alla materia delle concessioni, sia agli appalti nei settori ordinari e speciali.

[40] Si cfr. G. CARULLO, *Riflessioni su alcune aperture del legislatore europeo in tema di in house, anche in prospettiva dei corrispondenti limiti nazionali per le società strumentali, Riv. It. Dir. Pubbl. com.*, n.5/2014, 3, dove l'autore ritiene che alla luce della disciplina previgente erano possibili diverse tipologie d'intrecci all'interno della stessa compagine pubblica riconducibile al medesimo ente, paragonando l'istituto alla figura dei rapporti intragruppo. Al riguardo, si evidenzia la possibilità di esercitare il controllo analogo in maniera indiretta, ovvero per il tramite di un'entità controllata, posizione questa confermata dalla Corte di giustizia, 11 maggio 2006, C-340/04 Carbotermo e Consorzio Alisei 39, che aveva ritenuto di non potersi escludere anche il cd. controllo indiretto ovvero esercitato da un soggetto a sua volta partecipato dalla p.a. formandosi in un certo senso "*una sorta di matriosca di controllate*".

[41] Ipotesi questa equivalente alla prima che viene considerata direttamente disciplinata dall'art. 5 co. 2 del codice previgente, così E. CAMPAGNANO, *op. cit.*, 1155, che in merito evidenzia che: «nell'*in house* a cascata l'ente affidante esercita un controllo analogo su un soggetto che, a propria volta, è in rapporto di controllo analogo con l'ente affidatario, con la conseguenza che, pur non sussistendo una relazione diretta tra ente affidante e affidatario, è in ogni caso sull'organismo *in house* ed anche se tra l'amministrazione aggiudicatrice e l'organismo *in house* non sussiste una relazione diretta è comunque ammesso l'affidamento senza gara».

[42] Sul punto si cfr. G. CARULLO, *op. cit.*, 4, dove l'autore rileva che: «le norme hanno reso possibile quello che potrebbe definirsi un rapporto *in house* "inverso": il legislatore con scelta sicuramente condivisibile, ha espressamente riconosciuto la possibilità di configurare affidamenti diretti da parte della partecipata, all'amministrazione controllante. Il che non può stupire più di tanto. Laddove si resti nell'ambito di rapporti

ISSN 2036-7821

Inoltre, è stata eliminata la previsione (ex art. 192) relativa all'introduzione dell'albo in cui dovevano necessariamente iscriversi tutte le amministrazioni aggiudicatrici che operano mediante affidamenti diretti nei confronti delle proprie società *in house*.
Il nuovo quadro normativo nel complesso pone, dunque, al centro il «*principio dell'auto-organizzazione*», che viene definito dalla norma come la potestà delle pubbliche amministrazioni di regolare in modo autonomo l'esecuzione dei lavori o la prestazione di beni e servizi, mediante tre forme diverse ovvero l'auto-produzione, l'esternalizzazione e la cooperazione, nel rispetto della disciplina del codice e del diritto dell'Unione Europea.
Ne deriva, un'impostazione che sembra più simile a quella del diritto comunitario, nella misura in cui la scelta tra autoproduzione e esternalizzazione appare adesso quasi paritaria[43], superandosi alcuni dei dubbi di legittimità che erano stati formulati.
Tuttavia, come è stato evidenziato[44], si tratta di una parità solo tendenziale, considerato che mentre il ricorso al mercato non richiede alcuna motivazione, la scelta dell'affidamento diretto a una società *in house* comporta ancora l'onere di una motivazione puntuale.
In particolare, la norma distingue un'ipotesi generale in cui nella motivazione si deve dar «conto dei vantaggi per la collettività, delle connesse esternalità e della congruità economica della prestazione, anche in relazione al perseguimento di obiettivi di universalità, socialità, efficienza, economicità, qualità della prestazione, celerità del procedimento e razionale impiego di risorse pubbliche» e una seconda circoscritta soltanto alle prestazioni strumentali, laddove si rende sufficiente individuare i «*vantaggi in termini di economicità, di celerità, o di perseguimento d'interessi strategici*»[45].
In entrambe le ipotesi, dunque, resta esclusa la necessità di prevedere una motivazione espressamente rivolta all'individuazione «delle ragioni del mancato ricorso al mercato», prescritto nella versione abrogata dell'art. 192[46], ovvero al

interni all'amministrazione, una volta che si sia sottratto dall'onere della gara il rapporto di tipo discendente, non vi è ragione per non fare al-trettanto in relazione al rapporto ascendente».

[43] In tal senso ad es. A. GIORDANO, *Codice dei Contratti pubblici*, a cura di C. Contessa Del Vecchio, Napoli, 159, che sul punto afferma che: « il nuovo codice pone, invece, ricorso al mercato e auto-produzione su una curva di indifferenza, coerentemente con i principi del risultato e della fiducia nell'azione amministrativa (non a caso richiamati dallo stesso co. 2 della norma in commento)».

[44] Si cfr. A. MASSARI, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, Santarcangelo di Romagna, 2023, 69.

[45] L'art. 7 precisa anche che: «in caso di prestazioni strumentali, il provvedimento si intende sufficientemente motivato qualora dia conto dei vantaggi in termini di economicità, di celerità o di perseguimento di interessi strategici. 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».

[46] La versione abrogata dell'art. 192, infatti, prevedeva che: «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,

ISSN 2036-7821

presupposto, considerato in precedenza fondamentale, del cd. fallimento del mercato[47].

Tale disciplina sembra discostarsi da quell'indirizzo[48] che, sulla base della normativa che richiedeva alle pp. aa. di acquisire sul mercato i beni e i servizi per la propria attività, mediante procedure concorrenziali, aveva addirittura escluso la possibilità di procedere ad affidamenti diretti nel settore delle prestazioni strumentali[49].

La dequotazione dell'onere motivazionale, invece, sembra in linea con un precedente orientamento, che aveva in alcuni casi ritenuto che l'*in house* rappresenti una modalità «*ordinaria*» di gestione dei servizi, ad es. di trasporto pubblico, «perfettamente alternativa al ricorso al mercato», escludendo perfino l'applicabilità della regola prevista dall'art. 192 co. 2.[50]

Similmente, si era giustificato il ricorso all'affidamento diretto anche sulla base di una motivazione meno stringente rispetto a quella letteralmente richiesta dalla norma, perché il ricorso al mercato o alla società mista avrebbe comportato un onere economico corrispondente all'utile d'impresa[51].

All'attenuazione dell'onere motivazionale, come si è già evidenziato, si è accompagnata l'eliminazione all'albo di cui al precedente art. 192, che è stato abrogato.

Si tratta di una novità di grande rilievo, atteso che come è stato chiarito[52], l'iscrizione in tale elenco ha rappresentato un regime misto dichiarativo e costitutivo, come dimostrato dalla possibilità d'impugnare l'eventuale diniego d'iscrizione adottato

---

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».

[47] Sul tema in precedenza si cfr. C. GUARINI, *L'in house per la produzione di beni e servizi strumentali alla prova del tempo,* a cura di E. Toma, *Economia, istituzioni, etica e territorio. Casi di studio ed esperienze a confronto*. Milano, 2018, 190 e ss.; A. GIUSTI, *Lo statuto dell'in house al traguardo della codificazione*, in *Nuo. Aut.*, 2017, n. 57 e ss.

[48] Si cfr. Cons. st., sez. III, 7.5.2015, n. 2291, secondo cui la normativa (l'art. 4, co. 7, del d.l. n. 95/2012, conv. in l. 7 agosto 2012, n. 135) risponde all'esigenza di non distorcere il mercato e la concorrenza sul territorio nazionale (tutela della concorrenza) e il servizio in esame non rientra tra quelli per i quali è consentita la gestione in house, atteso che la pulizia e la sanificazione delle strutture di un'ASL riguarda un servizio strumentale e non un servizio d'interesse economico generale rivolto agli utenti.

[49] L'art. 4, co. 8, del d.l. n. 95/2012, conv. in l. 7 agosto 2012, n. 135, tuttavia prevedeva il ricorso a società in house interamente di proprietà pubblica. Sul punto si cfr. Cons. st., sez. III, 24.10.2017, n. 4902, secondo cui: «il venir meno del comma 8 non priva affatto di copertura normativa l'ordinaria possibilità alternativa del ricorso all'in house, ampiamente contemplato da successive disposizioni euro unitarie ed interne e suffragato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia in tema di generale operatività di questo istituito nell'ordinamento euro unitario». In particolare, occorre comunque rilevare che la Corte Costituzionale con pronunzia n. 229 del 2013 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del suddetto comma nella parte in cui si applica alle Regione ad autonomia ordinaria.

[50] Così I. CAVALLINI, *op. cit.*, che sul punto cita TAR Liguria, Genoa, Sez. II, 3.10.2020, n. 683, che richiama in proposto l'art. 5 par. 2 del regolamento CE n. 1370/2007 del 23.10.2007 e art. 18, co. 1, lett. a) del codice dei contratti pubblici.

[51] Si cfr. in questo senso Consiglio di St., sez. V, 23 febbraio 2021, n. 1596, richiamato da L. CAVALLINI, *op. cit.*

[52] Si cfr. Cons. st. parere 282 del 2017.

ISSN 2036-7821

dall'Anac.
Il precedente procedimento era, infatti, modellato sulla base di una richiesta d'iscrizione nell'albo, che sfociava in una sorta di segnalazione analoga alla scia[53].
In altri termini, si fondava sulla convinzione che l'*in house* richiedesse, comunque, il possesso di un titolo d'abilitazione sottoposto alla vigilanza dell'Anac.
Occorre, inoltre, rilevare che mentre quest'ultima norma si riferiva soltanto all'ambito dei servizi, la nuova formulazione del primo comma dell'art. 7, invece, dirimendo il dubbio, chiarisce che gli enti possono ricorrere all'autoproduzione in alternativa a qualsiasi forma d'appalto non soltanto di servizi, ma anche d'opere o per la fornitura di beni.
L'amministrazione, dunque, può sempre decidere di non esternalizzare l'attività, ma di preporre a tale scopo un proprio ufficio, un servizio tecnico, una struttura dell'ente oppure un soggetto giuridico formalmente distinto dalla propria organizzazione, ma nella sostanza riconducibile al regime del controllo analogo rispetto al quale, in presenza degli altri presupposti richiesti, si può procedere all'affidamento diretto, secondo le regole del sistema *in house*[54].
In assenza, pertanto, nella disposizione attuale di un'indicazione dei presupposti necessari per legittimare il ricorso allo strumento dell'affidamento diretto, come è stato evidenziato[55], la fattispecie in esame sarà regolata dalla disciplina comunitaria contenuta negli artt. 12 della Direttiva n. 24/2014 per i settori ordinari, 17 della Direttiva n. 23/2014 per le concessioni[56] e 28 per la Direttiva n. 25/2014 per i settori speciali.
Inoltre, occorre evidenziare che restano ferme anche quelle norme dell'ordinamento interno contenute ad es. nel TUSPP[57], tra le quali ad es. si deve considerare l'art. 16, co. 2 e 3, dove si afferma che ai fini della migliore formulazione dell'assetto organizzativo, rivolto a garantire il rispetto del controllo analogo, gli statuti delle società per azioni possono contenere clausole in deroga alle disposizioni dell'art. 2380 *bis* e 2409 *novies* del c.c.[58]

---

[53] Si cfr. A. MASSARI, *op. cit.*, 69.
[54] Sul punto si cfr. C. CONTESSA, *Gli affidamenti in house*, a cura di C. Contessa, *Il contenzioso e la giurisprudenza in materia di appalti pubblici*, Piacenza, 2019, 765.
[55] Si cfr. A. GIORDANO, *Codice dei Contratti pubblici*, a cura di C. Contessa Del Vecchio, Napoli, 159.
[56] Sul punto si cfr. altresì M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative: aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 1981; F. GULLO, *Provvedimento e contratto nelle concessioni amministrative*, Padova, 1965; G. BALOCCO, *La concessione tra provvedimento e contratto. Riflessioni sui rapporti amministrativi sinallagmatici*, Roma, 2014; A. MOLITERNI, *Il regime giuridico delle concessioni di pubblico servizio tra specialità e diritto comune*, in *Dir. Amm.*, 4/2012; G. GRECO, *La direttiva in materia di concessioni*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2015, 1095.
[57] S. PIGNATARO, *La disciplina delle partecipazioni pubbliche di cui al T.U. n. 175 del 2016: aspetti di novità, dubbi di costituzionalità e problemi interpretativi sul concetto di stretta necessità e sulle ipotesi di deroga al diritto comune*, in *Nomos, www.nomos-leattualitàneldiritto.it*, 2018, n. 2.
[58] Sul punto la Cort. Cost. ha ricordato che: «la Corte di giustizia dell'Unione Europea ha affermato che sul soggetto concessionario deve essere esercitato un controllo che consente all'autorità pubblica concedente di

ISSN 2036-7821

Similmente, la medesima norma prevede che per gli statuti delle società a responsabilità limitata si possono introdurre in favore degli enti pubblici soci particolari diritti, ai sensi dell'art. 2648, co. 3, c.c.
Ed infine, a chiusura si prevede che i requisiti del controllo analogo possono essere garantiti anche attraverso dei patti parasociali con durata superiore ai cinque anni in deroga all'art. 2341 *bis* c.c.

6. *Le società in house convenzionali.*
Non si può concludere l'indagine sulle società *in house* senza esaminare anche il nuovo modello introdotto dal Piano Nazionale di rilancio e resilienza (P.N.R.R.)[59] e le successive disposizioni.
L'art. 9 del d.l. n. 77/2021 (cd. decreto semplificazioni bis), convertito dalla l. n. 8/2021, in sede d'attuazione del P.N.R.R.. al fine d'introdurre misure di rafforzamento delle strutture e d'accelerazione delle procedure ha consentito agli enti di avvalersi delle società a prevalente partecipazione pubblica.
Similmente, il successivo art. 10 ha previsto la facoltà di servirsi di convenzioni con le società *in house* per le procedure d'affidamento e la più rapida attuazione degli investimenti pubblici previsti.
Con tali disposizioni è stata, dunque, introdotta una disciplina che si discosta dalle regole, successivamente, approvate dal nuovo codice dei contratti pubblici, che comunque richiedono un onere motivazionale[60].
Inoltre, le disposizioni in esame sembrano riconoscere, espressamente, alle regioni, province autonome e enti locali la facoltà di avvalersi delle società *in house* statali anche al fine di promuovere progetti di sviluppo territoriale e, dunque, in un ambito d'applicazione non circoscritto soltanto al P.N.R.R., ma anche ad altri fondi europei e nazionali.
Emerge, pertanto, una tendenza volta ad estendere notevolmente l'uso di questo modello organizzativo, che sembra proposto anche in assenza del presupposto del controllo analogo ovvero non più soltanto all'interno di un legame di tipo interorganico, ma in presenza di due soggetti che non possono essere considerati giuridicamente, strutturalmente e sostanzialmente un unico centro decisionale.
In questo caso, infatti, il presupposto giustificativo di tale formula organizzativa

influenzarne le decisioni. Deve trattasi di una possibilità di influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti. Ciò non significa che siano annullati tuti i poteri gestionali dell'affidatario *in house*, ma che la possibilità di influenza determinante è incompatibile con il rispetto dell'autonomia gestionale, senza distinguere – in coerenza con la giurisprudenza comunitaria – tra decisione importanti e ordinaria amministrazione» (Corte cost., 28 marzo 2013, n. 650).

[59] Sul tema delle procedure P.N.R.R. si cfr. R. DE NICTOLIS, *Gli appalti pubblici del PNRR tra semplificazioni e complicazioni, Urb App.*, 729-749; D. CAPOTORTO, *Giustizia sociale e pari opportunità nei contratti pubblici per la ripresa post-pandemica,* in *Nuove Aut.*, n. 3/2021, 799-822.

[60] Si cfr. in merito E. CAMPAGNANO, *op. cit.*, 1151.

ISSN 2036-7821

sembra basarsi sulla volontà espressa nell'atto di tipo convenzionale, all'interno del quale sono dettate tutte le indicazioni necessarie, secondo le direttive del MEF.[61]
Si tratta di uno schema già applicato anche nell'ambito delle concessioni autostradali, dove sin dal precedente codice degli appalti, si è prevista la possibilità che il Ministero delle infrastrutture affidi le concessioni autostradali, che interessano una o più regioni, a società *in house* di altre amministrazioni.
Tali ipotesi sono state inquadrate dal Consiglio di stato[62] nell'ambito degli accordi di cui all'art. 15 della l. n. 241 del 1990[63], con il Ministero nelle vesti di concedente e le regioni di concessionario, con l'espressa avvertenza che l'affidamento *in house* alla società debba, comunque, avvenire nel rispetto di un rapporto di delegazione organica ovvero della normativa comunitaria.
Del resto, lo strumento degli accordi non consentirebbe di escludere automaticamente l'attività ivi contenuta dalla disciplina prescritta per gli appalti di diritto pubblico.
Ciò, infatti, sarebbe possibile soltanto quando gli accordi non riguardino attività economiche, ma abbiano ad oggetto l'esercizio di poteri pubblici in senso stretto, atteso che le norme dei trattati (art. 51 TUEF), che regolamentano le libertà economiche, non si applicano nei confronti dei poteri pubblici degli Stati membri[64].
Tuttavia, come è stato evidenziato[65] quest'ultimo modello rischia di sfociare in una sorta di elusione della regola del controllo analogo, consentendo alle amministrazioni di derogare alle procedure di evidenza pubblica, attraverso un affidamento diretto

[61] Direttiva Mef del 7 gennaio 2022, recante: «*definizione dei contenuti minimi delle convenzioni tra le società in house statali e le regioni, le province autonome di Trento e Bolzano e gli enti locali, per il tramite delle amministrazioni centrali dello Stato*».

[62] Si cfr. il parere del Cons. di stato del 20 giugno 2018 sulle "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 del d.lgs. n. 50 del 2016", approvate dall'Anac con determinazione n. 235 del 15.2.2017.

[63] In generale, in tema di accordi si rinvia a R. FERRARA, *Gli accordi tra i privati e la pubblica amministrazione*, Milano, 1985; F. TRIMARCHI BANFI, *L'accordo come forma dell'azione amministrativa*, in Pol. Dir., 2/1993; F. FRACCHIA, *L'accordo sostitutivo: studio sul consenso disciplinato dal diritto amministrativo in funzione sostitutiva rispetto agli strumenti unilaterali di esercizio del potere*, Padova, 1998; B. CAVALLO, *Accordi e procedimento amministrativo in Procedimento amministrativo e diritto di accesso (L. 7 agosto 1990, n. 241)*, AA.VV., Napoli, 1991, p81 e ss.; E. STICCHI DAMIANI, *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, Milano, 1992.

[64] In merito si cfr. G. TACCOGNA, *I partenariati pubblico-pubblico orizzontali, in rapporto alla disciplina dell'aggiudicazione degli appalti*, in *Federalismi.it*, 30.9.2015, n. 18/2015, secondo cui: «la distinzione è stata affrontata, oltre che in dottrina, dalla Corte di Giustizia in alcune sentenze, che hanno accolto un'interpretazione restrittiva di queste attività, escludendone quelle semplicemente connesse all'esercizio di poteri ma non coincidenti con essi e riconducibili ad attività oggettivamente economiche (relativa all'automazione nel gioco del lotto): in un altro caso si è invece mostrata meno rigorosa qualificando la sorveglianza antiquinamento, svolta con mezzi navali in un posto petrolifero da parte di una società, come esercizio di prerogativa tipica dei pubblici poteri inerente la tutela dell'ambiente, non riconducibile ad attività economica. Un accordo ai sensi dell'art. 15 della l. n. 241/90 non costituisce dunque pubblico appalto, se ed in quanto avente ad oggetto poteri pubblici nel senso precisato».

[65] E. CAMPAGNANO, *op. cit.*, 1169.

ISSN 2036-7821

orizzontale a una società *in house* non partecipata dall'ente interessato, ma da altre amministrazioni.
Laddove la disciplina del diritto comunitario, invece, ammette principalmente le ipotesi d'*in house* verticale e, soprattutto, richiede come presupposto indispensabile per la legittimità degli *in house* orizzontali il rispetto degli elementi essenziali, con particolare riferimento al requisito del controllo analogo.
Al riguardo, la giurisprudenza[66] ha chiarito che tale elemento non può considerarsi presente quando tra il committente e l'aggiudicatario intervenga un rapporto contrattuale in senso stretto, nell'ambito del quale ciascun soggetto rappresenta una posizione e degli interessi distinti e autonomi rispetto all'altro.
Sulla base, dunque, del difficile inquadramento del modello convenzionale nella disciplina delle società *in house*, si è prospettata la possibilità di ricondurre tale ipotesi nell'ambito delle forme del partenariato pubblico-pubblico ovvero degli accordi tra pp.aa.[67]
Del resto, la possibilità d'individuare uno scopo comune non sembra escluso nelle ipotesi collegate al P.N.R.R., in cui tutti gli enti ben possono stringere degli accordi rivolti a condividere dei progetti d'interesse comune.
Tale forma di cooperazione ha superato anche il vaglio della Corte di giustizia[68], in un caso in cui quattro Landkreise hanno affidato direttamente con convenzione, senza gara, alla Città di Amburgo dei servizi in materia di smaltimento dei rifiuti.
Il collegio, pur in assenza del requisito del controllo analogo (atteso che quattro Landkreise non esercitavano alcun tipo di controllo), ha respinto il ricorso considerato che il contratto consentiva l'adempimento di una funzione di servizio pubblico comune a tutti gli enti, tenuti a prestarsi assistenza reciproca, e che la direttiva del Consiglio n. 442/1991/UE prescriveva di utilizzare per lo smaltimento gli impianti più vicini.

[66] In tal senso, CGUE pronunzia 8 maggio 2014, C-15/13, TechnischeUniversitat Hamurg-Harburg and Hochshul-Informations-System GmbH c. Datenlotsen Informationssysteme GmbH.
[67] In tal senso, si cfr. CGUE, 9.6.2009, C-480/06 e CGUE, 19.12.2012, C-159-11. Sul tema si cfr. il commento di R. CARANTA, *Accordi tra amministrazioni e contratti pubblici, Urb. e app.*, n.4/2013 388.
[68] Così Corte di giustizia, 9 giugno 2009, Causa C-480/06.

ISSN 2036-7821