

La Corte di giustizia UE esclude che le norme del codice dei contratti pubblici (art. 192, comma 2, del d.lgs. n. 50 del 2016) e del testo unico sulle società partecipate (art. 4, comma 1, del d.lgs. n. 175 del 2016), laddove individuano i requisiti per l'affidamento diretto in favore delle società *in house* pluripartecipate (sottoposte, cioè, al c.d. controllo "analogo" congiunto), siano in contrasto con le norme di cui alla direttiva n. 2014/24/UE, le quali riconoscono la libertà degli Stati membri di organizzare l'esecuzione dei propri lavori o la prestazione dei propri servizi in conformità del diritto nazionale e dell'Unione.

Corte di giustizia dell'Unione europea, sezione IX, ordinanza 6 febbraio 2020, C-89/19, C-90/19, C-91/19 – Rieco s.p.a.

Contratti pubblici – Affidamento *in house* – Presupposti e limiti – Contrasto con il diritto UE – Esclusione;

Contratti pubblici – Società *in house* – Controllo congiunto di più amministrazioni – Limiti – Contrasto con il diritto UE – Esclusione.

L'articolo 12, paragrafo n. 3, della direttiva n. 2014/24/UE deve essere interpretato nel senso che 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. (1)

L'articolo 12, paragrafo n. 3, della direttiva n. 2014/24/UE deve essere interpretato nel senso che non osta ad una normativa nazionale che impedisce ad un'amministrazione aggiudicatrice di acquisire partecipazioni al capitale di un ente partecipato da altre amministrazioni aggiudicatrici, qualora tali partecipazioni siano inidonee a garantire il controllo o un potere di veto e qualora detta amministrazione aggiudicatrice intenda acquisire successivamente una posizione di controllo congiunto e, di conseguenza, la possibilità di procedere ad affidamenti diretti di appalti a favore di tale ente, il cui capitale è detenuto da più amministrazioni aggiudicatrici. (2)

(1, 2) I. – Con la pronuncia in rassegna – resa nella forma dell'ordinanza in quanto, ai sensi dell'art. 99 del regolamento di procedura della Corte, la motivazione è desunta da uno specifico precedente (in questo caso, comunque, successivo all'ordinanza di rimessione) – la Corte di giustizia UE risponde a due quesiti interpretativi che erano stati sollevati dal Consiglio di Stato, concernenti un possibile contrasto del sistema nazionale che regola le condizioni e le modalità dell'affidamento *in house*, nell'ipotesi in cui l'organismo affidatario sia costituito da una società sottoposta a "controllo pubblico congiunto".

Le vicende oggetto di contenzioso, analoghe nei loro tratti salienti, possono essere sintetizzate come segue.

Tre diversi Comuni abruzzesi (Lanciano, Ortona e San Vito Chietino) avevano intenzione di affidare il servizio di igiene urbana, per i loro rispettivi territori, ad una società già costituita ed operante nel settore, partecipata da vari Comuni appartenenti al comprensorio locale.

Si trattava, cioè, di una società sottoposta a “controllo pubblico congiunto” ai sensi dell’art. 2, comma 1, lett. *b*) ed *m*), del d.lgs. n. 175 del 2016 (testo unico delle società partecipate). E’ opportuno qui ricordare che il controllo pubblico congiunto si realizza quando più amministrazioni pubbliche (nel caso di specie: i vari Comuni del comprensorio) esercitano, congiuntamente, poteri di controllo su di un organismo societario; ciò, in base a norme di legge o statutarie o di patti parasociali che richiedono, per le decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all’attività sociale, il consenso unanime di tutte le parti che condividono il controllo.

Nel caso di specie, tuttavia, i tre Comuni abruzzesi erano in possesso, ciascuno, solo di una partecipazione di minoranza in detta compagine. Al fine di ottenerne il controllo, sia pure in forma congiunta con le altre amministrazioni, in modo tale da poter poi procedere all’affidamento diretto del servizio, secondo gli schemi dell’*in house providing*, era dunque necessario approvare una modifica dello statuto societario e dei relativi patti parasociali.

I conseguenti atti di modifica sono stati impugnati con tre distinti ricorsi dinnanzi al T.a.r. per l’Abruzzo, sezione staccata di Pescara, da parte di un’altra società attiva nel settore, anch’essa interessata ad acquisire la gestione del servizio di igiene urbana. Con successivi motivi aggiunti, venivano impugnati anche gli atti con i quali le singole amministrazioni, una volta completata l’acquisizione del controllo congiunto nei confronti dell’organismo partecipato, hanno finalmente disposto l’affidamento del servizio in suo favore senza alcuna procedura competitiva.

La ricorrente, in sostanza, lamentava che, in tutti e tre i casi, l’affidamento diretto del servizio avesse comportato numerose violazioni della normativa euro-unitaria in materia di affidamenti *in house* (con particolare riferimento alla forma dell’*in house* c.d. pluripartecipato o in regime di c.d. “controllo analogo congiunto”).

Con tre sentenze di analogo tenore, tutte del 29 gennaio 2018, nn. 32, 33 e 34, tuttavia, il T.a.r. respingeva i ricorsi ed i motivi aggiunti, ritenendo nella specie soddisfatti tutti i requisiti previsti dalla legge per il c.d. controllo analogo congiunto e giudicando idonea, in punto di motivazione, la relazione sulla congruità economica dell’operazione che ciascuna amministrazione comunale resistente aveva acquisito in corso di procedimento.

Investito dei rispettivi giudizi d’appello, il Consiglio di Stato, sezione V, con ordinanze del 7 gennaio 2019, n. 138 (in *Riv. corte conti*, 2019, 276, con nota di LONGHI, nonché oggetto della News US n. 11 del 16 gennaio 2019, cui si rinvia per una compiuta ricostruzione della

pronuncia e per ampi riferimenti di giurisprudenza e di dottrina), e del 14 gennaio 2019, nn. 293 e 296 (oggetto della News US n. 17 del 29 gennaio 2019), ha sollevato alla Corte di giustizia UE due diverse questioni pregiudiziali:

- a) la prima, concernente il regime “aggravato” previsto dall’art. 192, comma 2, del codice dei contratti pubblici (di cui al d.lgs. n. 50 del 2016) che colloca gli affidamenti *in house* su un piano subordinato ed eccezionale rispetto agli affidamenti tramite gara di appalto, richiedendo, quali condizioni per poter legittimamente addivenire ad un affidamento diretto *in house*, una situazione di dimostrato fallimento del mercato rilevante nonché una specifica motivazione, a carico della stazione appaltante, circa i benefici per la collettività connessi a tale forma di affidamento; a giudizio del Consiglio di Stato, questo regime di particolare rigore si porrebbe in contrasto con il principio di libera organizzazione delle amministrazioni pubbliche, sancito dall’art. 2 della direttiva n. 2014/23/UE;
- b) la seconda, concernente il regime di “stretta necessarietà” delle partecipazioni pubbliche, sancito dall’art. 4, comma 1, del d.lgs. n. 175 del 2016, secondo cui “*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, né acquisire o mantenere partecipazioni, anche di minoranza, in tali società*”; tale regime, secondo il Consiglio di Stato, non consentirebbe alle amministrazioni pubbliche di detenere quote minoritarie di partecipazione (non idonee, cioè, a garantire un controllo o un potere di veto) in un organismo a controllo congiunto, neppure laddove tali amministrazioni (come accadeva nel caso di specie) intendano acquisire in futuro una posizione di controllo congiunto e, quindi, con essa, la possibilità di procedere ad affidamenti diretti in favore dell’organismo pluripartecipato.

II. – Con la decisione in rassegna, la Corte di giustizia UE risponde ad entrambe le questioni sollevate escludendo la sussistenza di alcun contrasto con le norme di cui alla direttiva n. 2014/24/UE e richiamando il precedente di cui alla sentenza 3 ottobre 2019, C-285/18, *Irgita*. In particolare, la Corte di Lussemburgo ha svolto il seguente percorso argomentativo:

- c) quanto alla prima questione, concernente le condizioni stabilite dal nostro ordinamento interno per addivenire ad affidamenti diretti *in house*, ricorda e considera quanto segue:
 - c1) la richiamata sentenza *Irgita* ha affermato la libertà degli Stati membri di scegliere le modalità di prestazione dei servizi preordinate alle esigenze delle proprie amministrazioni aggiudicatrici; ciò, in particolare, deriva dal considerando n. 5 della direttiva 2014/24/UE (la direttiva sugli appalti pubblici) 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”;

- c2) la libertà in tal modo lasciata agli Stati membri è messa in luce più nettamente dall’articolo 2, paragrafo 1, della direttiva n. 2014/23/UE (la direttiva sui contratti di concessione) che riconosce 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 l’esecuzione dei lavori e la prestazione dei servizi per garantire in particolare un elevato livello di qualità, sicurezza e accessibilità, la parità di trattamento e la promozione dell’accesso universale e dei diritti dell’utenza nei servizi pubblici. 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”;*
- c3) si tratta, tuttavia, di una libertà che non è illimitata, dovendo essere esercitata *“nel rispetto delle regole fondamentali del trattato FUE, 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”* (sentenza *Irgita*, punto 48), dovendosi di conseguenza interpretare in modo coerente il disposto dell’art. 12, paragrafo n. 1, della direttiva n. 2014/24/UE che individua le condizioni per l’*in house providing*;
- c4) analogo ragionamento deve valere anche per la disposizione di cui al paragrafo n. 3 dell’art. 12, riguardante l’ipotesi del controllo analogo congiunto da parte di più amministrazioni aggiudicatrici; di conseguenza, gli Stati membri, nell’esercizio della menzionata libertà di scelta, ben possono stabilire una modalità organizzativa corrispondente a quella prevista dall’art. 192, comma 2, del d.lgs. n. 50 del 2016, subordinando cioè la conclusione di un’operazione interna all’impossibilità di indire una gara d’appalto e, in ogni caso, alla dimostrazione, da parte dell’amministrazione aggiudicatrice, dei vantaggi per la collettività che ne sono connessi;
- d) quanto, poi, alla seconda questione, concernente la regola di c.d. *“stretta necessarietà”* delle partecipazioni pubbliche, di cui all’art. 4, comma 1, del d.lgs. n. 175 del 2016, la Corte di Lussemburgo osserva quanto segue:
 - d1) l’art. 12, paragrafo n. 3, della direttiva n. 2014/24/UE – nel precisare quali sono le condizioni che consentono di procedere ad un affidamento diretto,

senza gara, in favore di una persona giuridica sottoposta al c.d. controllo analogo congiunto da parte di più amministrazioni aggiudicatrici – *“non prevede alcun requisito relativo alle condizioni in cui un’amministrazione acquisisce partecipazioni al capitale in una società partecipata da altre amministrazioni”*;

- d2) di conseguenza, ciascuno Stato membro può stabilire una propria normativa nazionale (quale è, in tesi, quella discendente dall’art. 4, comma 1, del d.lgs. n. 175 del 2016) volta ad impedire l’acquisizione di partecipazioni di minoranza al capitale di un ente partecipato da altre amministrazioni aggiudicatrici, qualora tali partecipazioni siano inidonee a garantire il controllo o un potere di veto e qualora l’amministrazione aggiudicatrice intenda acquisire successivamente una posizione di controllo congiunto e, di conseguenza, la possibilità di procedere ad affidamenti diretti di appalti a favore di tale ente.

III. – Per completezza, si consideri quanto segue:

- e) l’art. 12, paragrafo n. 1, della direttiva n. 2014/24/UE, sul quale si è pronunciata la sentenza *Irgita* del 3 ottobre 2019, richiamata nella pronuncia in rassegna, individua i seguenti requisiti (cumulativi) in presenza dei quali è possibile disporre un affidamento diretto *in house*:
- e1) che l’amministrazione aggiudicatrice eserciti sulla persona giuridica di cui trattasi un controllo analogo a quello da essa esercitato sui propri servizi; il successivo comma chiarisce cosa debba intendersi per *“controllo analogo”*, ossia *“un’influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della persona giuridica controllata. Tale controllo può anche essere esercitato da una persona giuridica diversa, a sua volta controllata allo stesso modo dall’amministrazione aggiudicatrice”*;
- e2) che oltre l’80% delle attività della persona giuridica controllata siano effettuate nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall’amministrazione aggiudicatrice controllante o da altre persone giuridiche controllate dall’amministrazione aggiudicatrice di cui trattasi;
- e3) che nella persona giuridica controllata non vi sia 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;
- f) la pronuncia in rassegna ha, invece, preso in considerazione il paragrafo n. 3 dell’art. 12 della direttiva n. 2014/24/UE, il quale estende gli stessi requisiti di

ammissibilità di cui al paragrafo n. 1 alla (diversa, ma sostanzialmente analoga) ipotesi dell'*in house* c.d. frazionato o pluripartecipato. Nel far ciò, come detto, ha richiamato la motivazione della sentenza *Irgita* la quale aveva affermato quanto segue:

- f1) *“L’art. 12, par. 1, 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 interna, 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”*;
 - f2) *“L’art. 12, par. 1, direttiva 2014/24, letto alla luce del principio di trasparenza, deve essere interpretato nel senso che le condizioni cui gli Stati membri subordinano la conclusione di operazioni interne devono essere fissate mediante norme precise e chiare del diritto positivo degli appalti pubblici, che devono essere sufficientemente accessibili e prevedibili nella loro applicazione, al fine di evitare qualsiasi rischio di arbitrarietà, circostanza che spetta al giudice nazionale verificare nel caso di specie”*;
 - f3) *“La conclusione di un’operazione interna che soddisfa le condizioni di cui all’art. 12, par. 1, lett. da a) a c), direttiva 2014/24 non è di per sé conforme al diritto dell’Unione”*;
- g) sull’istituto dell'*in house providing* – oltre alla giurisprudenza richiamata nelle già citate News US – cfr., di recente, il parere del Consiglio di Stato, sezione I, n. 1389 del 7 maggio 2019 (in *Foro amm.*, 2019, 812) che, dopo aver ricostruito i tratti generali dell’istituto, come originatosi nell’elaborazione della giurisprudenza della Corte di giustizia UE, e come ultimamente configurato nel sistema normativo delle direttive nn. 23 e 24 del 2014 e nel d.lgs. n. 50 del 2016, ha affrontato alcune specifiche questioni:
- g1) anzitutto, quanto alla natura eccezionale, o meno, dell’istituto, il Consiglio di Stato ha ricordato che esso è nato come *“un’eccezione alle regole generali del diritto comunitario, le quali richiedono la previa gara (Cons. Stato, Ad.Pl. n.1/2008)”*; tuttavia, alla luce dei più recenti mutamenti normativi e giurisprudenziali di livello europeo (in specie, la direttiva n. 2014/24/UE), ha preso atto dell’affermazione del *“principio di libera amministrazione”* (ricordato dalla Corte di giustizia UE anche nella decisione qui in rassegna), secondo cui la stazione appaltante *“può discrezionalmente decidere come devono essere gestiti i servizi pubblici locali di rilevanza economica, vale a dire: mediante il ricorso al mercato - individuando l’affidatario mediante gara ad evidenza pubblica -*

; attraverso il c.d. partenariato pubblico privato - ossia per mezzo di una società mista e quindi con una gara a doppio oggetto per la scelta del socio o poi per la gestione del servizio -; ovvero attraverso l'affidamento diretto, in house, senza previa gara, ad un soggetto che solo formalmente è diverso dall'ente, ma che ne costituisce sostanzialmente un diretto strumento operativo"; in ogni caso, sul punto, il Consiglio di Stato - dando, peraltro, atto della pendenza della questione pregiudiziale dinnanzi alla Corte di Lussemburgo, poi definita con la decisione in rassegna - ha concluso nel senso che "le norme che disciplinano questo istituto vadano interpretate restrittivamente anche per evitare che applicazioni analogiche, di fatto ampliandone il ricorso, possano trasformarsi in una lesione delle concorrenza che, come è noto, è tra i principi dell'Unione";

- g2) quanto alla partecipazione di soggetti privati alla società *in house*, il Consiglio di Stato ha ricordato l'orientamento restrittivo della giurisprudenza comunitaria (nonché nazionale) e l'evoluzione normativa culminata nella previsione dell'art. 12, paragrafo n. 1, lettera c), della direttiva n. 2014/24/UE, norma che (come già visto) oggi consente, sia pure in modo del tutto eccezionale, tale partecipazione (deve trattarsi, secondo la norma, "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"); in proposito, la Sezione non ha mancato di osservare - richiamando un orientamento interpretativo diffuso - che "tale radicale riforma normativa - che, come visto, si pone in contrasto con gli orientamenti consolidati della Corte di giustizia - introdurrebbe modi di gestione estranei alla tutela degli interessi pubblici e, comunque, il capitale privato sarebbe ammesso solo per quelle esigenze imperative che consentono di derogare ai principi del Trattato", essendone pertanto necessaria un'interpretazione quanto mai restrittiva;
- g3) quanto alla possibilità che la legislazione delle Regioni possa consentire, in deroga ai principi generali, l'ingresso di capitali privati nelle società *in house*, il parere in esame l'ha recisamente esclusa ("non v'è spazio per la legislazione regionale"), osservando che "la disciplina sulle società *in house* appartiene alla potestà esclusiva del legislatore nazionale, trattandosi di materia attinente alla concorrenza", e richiamando peraltro, anche qui, il "canone ermeneutico sopra detto secondo cui i requisiti dell'*in house* providing, costituendo un'eccezione alle regole generali del diritto comunitario, devono essere interpretati restrittivamente";
- g4) in definitiva, "la partecipazione di privati al capitale della persona giuridica controllata è ammessa solo se prescritta espressamente da una disposizione legislativa nazionale, in conformità dei trattati e a condizione che si tratti di una

partecipazione che non comporti controllo o potere di veto e che non conferisca un'influenza determinante sulle decisioni della persona giuridica controllata";

- g5) nel caso particolare dell'affidamento della gestione del servizio idrico (oggetto del parere), la norma di riferimento è l'art. 149-bis del codice dell'ambiente (d.lgs. n. 152 del 2006) la quale chiaramente esclude la possibilità di una tale partecipazione (il secondo periodo del comma 1, infatti, così dispone: *"L'affidamento diretto può avvenire a favore di società interamente pubbliche, in possesso dei requisiti prescritti dall'ordinamento europeo per la gestione in house, comunque partecipate dagli enti locali ricadenti nell'ambito territoriale ottimale"*); mentre, per altro verso – ha proseguito il parere del Consiglio di Stato –, *"manca una norma di legge che espressamente lo prescriva"*: pertanto, *"sino a quando una specifica disposizione di legge nazionale, diversa dagli articoli 5 d. lgs. 50/2016 e 16 d. lgs. 175/2016, infatti, non prescriverà che i privati partecipino ad una società in house – indicando anche la misura della partecipazione, la modalità di ingresso del socio privato, il ruolo all'interno della società e i rapporti con il socio pubblico – l'apertura dell'in house ai privati deve ritenersi esclusa"*;
- g6) né a diversa conclusione – afferma, infine, il parere – potrebbe giungersi in considerazione del richiamo all'*"ordinamento europeo"* che vi è nell'articolo 149-bis del codice dell'ambiente *"perché, proprio l'ordinamento europeo richiamato, impone una specifica previsione nazionale che prescriva (e disciplini) la partecipazione dei privati alle società in house (in termini analoghi i già richiamati articoli 5 Codice dei contratti pubblici e 16 d. lgs. 175/2016)"*;
- h) questione in parte analoga a quella decisa con la pronuncia qui in rassegna è stata rimessa alla Corte costituzionale dal T.a.r. per la Liguria, sezione II, con ordinanza 15 novembre 2018, n. 886 (oggetto della News US, in data 29 novembre 2018, alla quale si rinvia per ulteriori approfondimenti specie con riferimento all'intensità dell'onere motivazionale richiesto dall'art. 192, comma 2, d.lgs. n. 50 del 2016 e alla giurisprudenza in tema di eccezionalità o meno del ricorso all'affidamento *in house*). La questione risulta tuttora pendente, anche se di prossima decisione (essendo stata calendarizzata, per la discussione dinnanzi alla Corte costituzionale, alla prossima udienza del 5 maggio 2020). Questa ordinanza di rimessione, tra l'altro, ha osservato quanto segue:
- h1) *"è rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 192, comma 2, del d.lgs. n. 50 del 2016, nella parte in cui prevede che le stazioni appaltanti diano conto, nella motivazione del provvedimento di affidamento in house, 'delle ragioni del mancato ricorso al mercato', per contrasto*

con l'art. 76 della Costituzione, in relazione all'art. 1, lettere a) ed eee) della legge di delegazione n. 11 del 2016";

- h2) *l'in house providing* (di cui al 5° considerando della direttiva n. 2014/24/UE ed all'art. 2, comma 1, della direttiva n. 2014/23/UE) costituisce una specifica applicazione del principio di auto-organizzazione o di libera amministrazione delle autorità pubbliche, affermato anche dalla giurisprudenza della Corte di Lussemburgo;
- h3) coerentemente con questi principi, l'art. 12 della direttiva n. 2014/24/UE *"esclude espressamente dal proprio ambito di applicazione, cioè dalla necessità di una previa procedura ad evidenza pubblica, gli appalti aggiudicati da un'amministrazione aggiudicatrice a una persona giuridica di diritto pubblico o di diritto privato, quando siano soddisfatte le tre condizioni proprie dell'in house"*;
- h4) deve quindi ritenersi ormai definitivamente acquisito – quantomeno in ambito europeo – il principio che *l'in house providing* non configura un'ipotesi eccezionale e derogatoria di gestione dei servizi pubblici rispetto all'ordinario espletamento di una procedura di evidenza pubblica, ma costituisce una delle ordinarie forme organizzative di conferimento della titolarità del servizio, la cui individuazione in concreto è rimessa alle amministrazioni, sulla base di un mero giudizio di opportunità e convenienza economica;
- h5) anche nel diritto interno, l'art. 34, comma 20, del decreto-legge n. 179 del 2012, convertito in legge n. 221 del 2012, per i servizi pubblici locali di rilevanza economica, nel prevedere che *"l'affidamento del servizio è effettuato sulla base di apposita relazione, pubblicata sul sito internet dell'ente affidante, che dà conto delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta e che definisce i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e servizio universale, indicando le compensazioni economiche se previste"*, non contiene alcun riferimento alle ragioni del mancato ricorso prioritario al mercato;
- h6) l'art. 192, comma 2, del d.lgs. n. 50 del 2016, nell'imporre un onere motivazionale supplementare relativamente alle *"ragioni del mancato ricorso al mercato"*, finisce con l'eccedere rispetto ai principi ed ai criteri direttivi contenuti nella legge di delega n. 11 del 2016, segnatamente con riferimento: alla lett. a) dell'art. 1, che prevede il c.d. divieto di *gold plating*; alla lett. eee) dell'art. 1 la quale, nel riferirsi alla *"garanzia di adeguati livelli di pubblicità e trasparenza delle procedure anche per gli appalti pubblici e i contratti di concessione tra enti nell'ambito del settore pubblico, cosiddetti affidamenti in house, prevedendo, anche per questi enti, l'obbligo di pubblicazione di tutti gli atti connessi"*

all'affidamento, assicurando, anche nelle forme di aggiudicazione diretta, la valutazione sulla congruità economica delle offerte, avuto riguardo all'oggetto e al valore della prestazione, e prevedendo l'istituzione, a cura dell'ANAC, di un elenco di enti aggiudicatori di affidamenti in house ovvero che esercitano funzioni di controllo o di collegamento rispetto ad altri enti, tali da consentire gli affidamenti diretti", secondo il T.a.r., non menziona in alcun modo la necessità di motivare le ragioni del mancato ricorso al mercato e, soprattutto, "non ha nulla a che vedere con la valutazione sulla congruità economica delle offerte, che attiene piuttosto alla loro sostenibilità in termini di prezzi e di costi proposti (argomenta ex art. 97 comma 1 del D. Lgs. n. 50/2016), cioè con l'unico elemento che il criterio direttivo imponeva di valutare, oltre a quello di pubblicità e trasparenza degli affidamenti, mediante l'istituzione, a cura dell'ANAC, dell'elenco di enti aggiudicatori di affidamenti in house";

i) sugli organismi di diritto pubblico e le società pubbliche, oltre alla giurisprudenza richiamata nelle citate News, si veda, di recente:

il) Consiglio di Stato, sez. I, parere 21 novembre 2019, n. 2923 (in *Foro amm.*, 2019, 1841), secondo cui *"Con riguardo alla possibilità per i concessionari di derivazione e i gestori delle opere, beneficiari dei contributi statali stabiliti dalla Legge di bilancio 2018 (art. 1, comma 523-bis), di avvalersi di enti pubblici e società in house delle amministrazioni centrali dello Stato, facendo ricorso alle procedure di cui all'articolo 5 del decreto legislativo n. 50 del 2016, nel rispetto delle prescrizioni di cui all'articolo 192, commi 2 e 3, del medesimo decreto legislativo, deve ritenersi che: qualora al soggetto realizzatore non possa essere riconosciuta la natura né di amministrazione aggiudicatrice né di ente aggiudicatore, ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. a) e lett. e), del decreto legislativo n. 50 del 2016, al medesimo soggetto — qualificabile quindi come mero operatore economico privato — non potrà essere applicata la disciplina contenuta nel Codice dei contratti pubblici, con la conseguenza che tale soggetto realizzatore potrà procedere direttamente ad avvalersi 'di enti pubblici e società in house delle amministrazioni centrali dello Stato, dotate di specifica competenza tecnica', essendo evidente che — in tal caso — la ratio della norma è proprio quella di consentire ad un soggetto privato di richiedere e di ottenere, per espressa previsione di legge, l'ausilio di enti pubblici e di società in house delle amministrazioni centrali dello Stato; qualora, al contrario, il soggetto realizzatore rientri nel perimetro soggettivo di applicabilità del menzionato Codice dei contratti pubblici, si dovrà conseguentemente procedere in modo conforme alle regole ordinarie, mediante la necessaria previa indizione di una procedura ad evidenza pubblica, ad eccezione dei seguenti due casi, ove invece sarà possibile procedere ad 'affidamenti diretti': 1) qualora il soggetto realizzatore (che*

sia un'amministrazione aggiudicatrice o un ente aggiudicatore) voglia avvalersi, a titolo gratuito, di enti pubblici o di società in house delle amministrazioni centrali dello Stato, fuoriuscendo tale ipotesi dal perimetro oggettivo di applicabilità della normativa europea e nazionale in tema di appalti pubblici; 2) qualora il soggetto realizzatore (che sia un'amministrazione aggiudicatrice o un ente aggiudicatore) si rivolga ad enti pubblici o a società in house delle amministrazioni centrali dello Stato che, per espressa disposizione normativa o statutaria, non operino, nemmeno in minima parte, nel mercato in concorrenza con altri operatori economici, venendo meno — in tal caso — la possibilità di ledere la concorrenza, sub specie di concorrenza per il mercato”;

- i2) T.a.r. per la Campania, sez. VIII, sentenza 9 ottobre 2019, n. 4796 (in *Foro amm.*, 2019, 1739), secondo cui *“Sono manifestamente infondati la dedotta incostituzionalità dell'art. 2, comma 2, d.l. n. 193/2016 e il lamentato contrasto del medesimo art. 2 con i principi comunitari di tutela della concorrenza e di affidamento concorrenziale dei servizi pubblici, atteso che né nelle disposizioni del T.F.U.E. né nel testo delle Direttive nn. 23, 24 e 25 del 2014 è rinvenibile un indicatore di preferenza in favore del ricorso al libero mercato, cioè in favore di un modello gestionale dei servizi pubblici esternalizzato, risultando viceversa equiordinato a quest'ultimo, e rimesso essenzialmente alla scelta discrezionale dell'ente pubblico titolare del servizio, il modello gestionale internalizzato, realizzabile attraverso la gestione in economia della stessa Amministrazione o la gestione societaria in house. Lo stesso art. 106 del T.F.U.E. ammette in effetti che le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale — cui potrebbe essere al limite assimilata l'ADER in qualità di ente pubblico economico investito per legge delle attività di riscossione delle entrate tributarie — possano operare in ambiti totalmente concorrenziali, quando ciò sia reso necessario dal perseguimento dei loro fini istituzionali. Pertanto, ragionando nell'ottica comunitaria e facendo tesoro del quadro di riferimento ultimamente delineato dalle citate Direttive del 2014, si può ben affermare che, in materia di affidamento dei servizi pubblici, il principio di concorrenza trova temperamento nel principio di gestione internalizzata, visto come modalità alternativa di espletamento del servizio e non come eccezione. Ne discende che non può individuarsi in capo all'art. 2, comma 2, del decreto legge n. 193/2016 — che consente agli enti locali di ricorrere ad una particolare forma di gestione internalizzata del servizio di riscossione, appunto delegata ad altro ente avente tale compito istituzionale e facente parte del sistema allargato della Pubblica amministrazione — alcun possibile profilo di incompatibilità con il diritto comunitario (quanto meno in relazione agli ambiti di indagine sollevati nella specie). Né l'art. 2, comma 2, d.l. n. 193/2016 concreta una*

lesione dei principi di uguaglianza e di libera iniziativa economica, né di prerogative organizzative e gestionali delle autonomie locali. Invero, l'affidamento diretto all'ADER del servizio di riscossione, da un lato, risponde alle finalità di utilità generale che consentono, in conformità all'art. 43 Cost., la riserva in favore di enti pubblici di determinate attività economiche che si riferiscono a servizi pubblici essenziali, con correlativo arretramento del libero e paritario dispiegarsi dell'iniziativa economica privata, e dall'altro, essendo facoltativo e non obbligatorio, è rimesso all'opzione discrezionale dell'ente locale, con conseguente inidoneità ad intaccare la sfera di autonomia gestionale di quest'ultimo";

- i3) T.a.r. per la Campania, sezione III, sentenza 4 febbraio 2019, n. 611 (in *Foro amm.*, 2019, 318), secondo cui *"Una società in house con le caratteristiche previste dall'art. 2, d.lgs. n. 175/2006 e dall'art. 5, d.lgs. n. 50/2016 è un'impresa pubblica sotto immanente 'controllo analogo' operante per oltre l'80% delle attività nello svolgimento di compiti affidati dall'Amministrazione controllante. Ne consegue che le attività esternalizzate dalla controllata possono essere considerate, in linea di principio, come sostanzialmente strumentali rispetto alle proprie finalità istituzionali. Pertanto, si può affermare che la c.d. 'teoria del contagio' elaborata dal Giudice europeo per gli organismi di diritto pubblico, in base alla quale gli organi di diretta emanazione di un'Amministrazione aggiudicatrice devono seguirne le relative regole, non potendo essa dismettere la sua veste semplicemente dando vita ad altre entità per perseguire la sua missione istituzionale, è estensibile alle imprese pubbliche quantomeno allorché si tratti di società in house che operano in via pressoché totale e con controllo analogo per conto della relativa Amministrazione aggiudicatrice";*
- j) per questioni di giurisdizione, cfr., di recente:
- j1) Cass. civ., sez. un., 12 dicembre 2019, n. 32608, secondo cui *"Ai fini dell'affermazione della giurisdizione contabile in materia di azione di responsabilità nei confronti degli organi di gestione e di controllo di società di capitali partecipata da enti pubblici, dalla nozione di società 'in house providing' sono escluse le società partecipate non già da una pubblica amministrazione (come definita dall'art. 2, comma 1, lett. a), del d.lgs. n. 175 del 2016) bensì da un soggetto (nella specie, la fondazione ENPAM) che, pur svolgendo un'attività pubblicistica ed essendo sottoposto alla vigilanza ministeriale e al controllo della Corte dei Conti, ha la qualificazione giuridica di ente privato e come tale opera all'esterno";*
- j2) T.a.r. per la Sicilia, sezione III, sentenza 9 dicembre 2019, n. 2844, secondo cui le controversie relative alle procedure concorsuali svolte dalle società *in house* rientrano nella giurisdizione del giudice ordinario (nella fattispecie, si trattava di un concorso bandito da un CIAPI – acronimo di Centro

Interaziendale di Addestramento Professionale per l'Industria, ente costituito su iniziativa della Cassa per il Mezzogiorno con compiti strumentali rispetto alle sue finalità istituzionali – il quale, secondo la giurisprudenza della Corte di cassazione, non è un ente pubblico ma un'associazione privata senza fini di lucro; nella sentenza, il T.a.r. per la Sicilia afferma di condividere *“il recente arresto delle SS.UU. della Corte di Cassazione n. 7759 del 27 marzo 2017, secondo il quale le controversie relative alle procedure concorsuali svolte anche dalle società in house rientrano nella giurisdizione del G.O”*, ritenendo pertanto che, *“anche qualora volesse riconoscersi la sussistenza delle condizioni per poter qualificare il CIAPI quale ente in house, e quindi nel caso di maggiore vicinanza di tale ente a una P.A., le controversie relative alle procedure concorsuali dallo stesso svolte rimarrebbero nell'ambito della giurisdizione del giudice ordinario”*);

- j3) T.a.r. per il Veneto, sezione I, sentenza 4 novembre 2019, n. 1186 (in *Foro amm.*, 2019, 1859), secondo cui *“Le controversie attinenti le procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture svolte dal gestore in house di un pubblico servizio rientrano nella giurisdizione amministrativa non già in ragione del carattere pubblicistico delle relative decisioni (giacché esse non sono assunte ‘in un procedimento amministrativo’, come invece richiede l’art. 133, comma 1, lett. c), c.p.a.), bensì in ragione del fatto che le società in house, ex art. 133, lett. e), n. 1, c.p.a.), sono comunque tenute, nella scelta del contraente, al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale, come dispone l’art. 16, ultimo comma, del d.lg. 19 agosto 2016, n. 175, che costituisce una di quelle ‘specifiche disposizioni in contrario’ che esigono — eccezionalmente — l’applicazione della normativa pubblicistica in luogo di quella privatistica”*;
- j4) Cass. civ., sez. un., 9 gennaio 2019, n. 332, secondo cui *“La controversia riguardante la contestazione della legittimità degli esiti della procedura di gara, volta ad individuare i contraenti per lo svolgimento dell’attività di bar ristorazione da stipularsi da parte del concessionario del trasporto locale (l’Azienda Trasporti Milanese – ATM S.p.A.), con riguardo agli immobili commerciali concessi (ad ATM, società in house, ‘annoverabile nell’ambito degli organismi di diritto pubblico’) dal comune di Milano e posti nelle stazioni della metropolitana, spetta all’a.g.o., atteso che il rapporto tra il concedente e il concessionario non ha alcun rilievo per il terzo contraente, che resta del tutto estraneo al primo accordo, che ne costituisce un mero presupposto e, pertanto, il rapporto tra il concessionario e il terzo si risolve in un contratto di diritto privato”*;
- k) in dottrina, sui limiti all’in house contenuti nell’art. 192 del codice dei contratti pubblici e negli artt. 4 e 5 del testo unico sulle società partecipate, cfr. di recente:

R. DE NICTOLIS, *Appalti pubblici e concessioni*, Bologna, 2020, 229 ss., 238 ss.; M. PIZZI, in *Trattato sui contratti pubblici*, diretto da SANDULLI – DE NICTOLIS, I, *Fonti e principi, ambito, programmazione e progettazione*, Milano, 2019, 855 ss. e 873 ss.