

Il Consiglio di Stato ha posto alla Corte di giustizia UE due quesiti interpretativi in tema di affidamento *in house*, chiedendo in particolare se il diritto europeo osti a una disciplina nazionale che colloca gli affidamenti *in house* su un piano subordinato ed eccezionale rispetto agli affidamenti tramite gara di appalto e impedisce, in talune circostanze, ad una pubblica amministrazione di acquisire una quota di partecipazione in un organismo pluripartecipato da altre amministrazioni.

**Consiglio di Stato, sezione V, ordinanza, 7 gennaio 2019, n. 138 – Pres. Severini, Est. Contessa**

**Contratti pubblici – Affidamento *in house* – Presupposti – Rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE**

**Contratti pubblici – Affidamento *in house* – Controllo analogo congiunto – Limiti – Rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE**

*Devono essere posti alla Corte di giustizia UE i seguenti quesiti interpretativi:*

1) *se il diritto dell'Unione europea (e segnatamente il principio di libera amministrazione delle autorità pubbliche e il principio di sostanziale equivalenza fra le diverse modalità di affidamento e di gestione dei servizi di interesse delle amministrazioni pubbliche) osti a una normativa nazionale (come quella dell'articolo 192, comma 2, del 'Codice dei contratti pubblici, decreto legislativo n. 50 del 2016) che colloca gli affidamenti in house su un piano subordinato ed eccezionale rispetto agli affidamenti tramite gara di appalto: i) consentendo tali affidamenti soltanto in caso di dimostrato fallimento del mercato rilevante, nonché ii) imponendo comunque all'amministrazione che intenda operare un affidamento in regime di delegazione interorganica di fornire una specifica motivazione circa i benefici per la collettività connessi a tale forma di affidamento;*

2) *se il diritto dell'Unione europea (e in particolare l'articolo 12, paragrafo 3 della Direttiva 2014/24/UE in tema di affidamenti in house in regime di controllo analogo congiunto fra più amministrazioni) osti a una disciplina nazionale (come quella dell'articolo 4, comma 1, del Testo Unico delle società partecipate – decreto legislativo n. 175 del 2016 -) che impedisce a un'amministrazione pubblica di acquisire in un organismo pluripartecipato da altre amministrazioni una quota di partecipazione (comunque inidonea a garantire controllo o potere di veto) laddove tale amministrazione intende comunque acquisire in futuro una posizione di controllo congiunto e quindi la possibilità di procedere ad affidamenti diretti in favore dell'Organismo pluripartecipato.*

(1) I. – Con l'ordinanza in rassegna, il Consiglio di Stato ha rimesso alla Corte di giustizia UE due quesiti interpretativi in tema di affidamento *in house*. Con il primo quesito ha chiesto di chiarire se la normativa nazionale sia conforme al diritto europeo nella parte in cui colloca

gli affidamenti *in house* su un piano subordinato ed eccezionale rispetto agli affidamenti tramite gara di appalto, consentendo tali affidamenti solo in caso di fallimento del mercato rilevante e imponendo all'amministrazione di fornire una specifica motivazione circa i benefici per la collettività connessi a tale forma di affidamento. Con il secondo quesito ha chiesto di chiarire se il diritto europeo, in tema di affidamenti *in house* in regime di controllo analogo congiunto fra più amministrazioni, osti a una normativa nazionale che impedisce a un'amministrazione pubblica di acquisire in un organismo pluripartecipato da altre amministrazioni una quota di partecipazione, inidonea a garantire controllo o potere di veto, laddove tale amministrazione intende acquisire in futuro una posizione di controllo congiunto e, quindi, la possibilità di procedere ad affidamenti diretti in favore dell'organismo pluripartecipato.

II. – Con il ricorso originario, un operatore economico, operante nel settore dell'igiene urbana e interessato ad acquisire con gara la gestione del servizio di igiene urbana nel Comune resistente, chiedeva l'annullamento degli atti del 2017 con cui erano stati approvati la modifica dello statuto e i patti parasociali relativi a una società pluripartecipata da pubbliche amministrazioni in modo da rendere possibile l'affidamento diretto del servizio in favore della stessa società, in quanto società *in house* in regime di controllo analogo congiunto e a capitale interamente pubblico.

Il T.a.r. per l'Abruzzo, con la sentenza n. 33 del 2018, respingeva il ricorso e i motivi aggiunti. In relazione all'appello proposto dall'operatore economico ricorrente vengono in rilievo: il motivo con il quale l'appellante lamenta che il Tribunale amministrativo non abbia adeguatamente considerato l'assenza di una previa ed effettiva valutazione circa la congruità del ricorso al modello *in house* prima di procedere all'affidamento diretto, come imposto dall'ordinamento nazionale; il motivo con il quale l'appellante si lamenta che il Tribunale non abbia adeguatamente considerato i vincoli posti dall'ordinamento interno alla partecipazione al capitale sociale da parte di soggetti pubblici che non esercitino il controllo analogo sulla società.

III. – Il Collegio, nel ritenere necessario interpellare la Corte di giustizia UE per individuare il corretto ambito applicativo della normativa comunitaria e dopo aver analiticamente descritto la normativa nazionale ed europea applicabile, ha osservato che:

- a) con riferimento al primo quesito interpretativo, premesso che le delibere impugnate non risultano *prima facie* coerenti con le previsioni dell'art. 192, comma 2, del d.lgs. n. 50 del 2016 in quanto non espongono adeguatamente le ragioni per cui si fa ricorso all'affidamento *in house*, si dubita che le disposizioni del diritto interno, nel subordinare gli affidamenti *in house* a condizioni

aggravate e a motivazioni rafforzate rispetto alle altre modalità di affidamento siano compatibili con le disposizioni e i principi del diritto europeo, in quanto:

- a1) l'art. 192 del d.lgs. n. 50 del 2016 impone che l'affidamento *in house* di servizi disponibili sul mercato sia subordinato a una duplice condizione che non è richiesta per altre forme di affidamento dei medesimi servizi: l'obbligo di motivare le condizioni che hanno comportato l'esclusione del ricorso al mercato, in considerazione del ritenuto carattere residuale e secondario dell'affidamento *in house*, utilizzabile solo in caso di fallimento del mercato; l'obbligo di indicare gli specifici benefici per la collettività connessi all'opzione per l'affidamento *in house*;
- a2) l'orientamento restrittivo dell'ordinamento italiano si colloca in continuità con orientamenti analoghi manifestati almeno dall'art. 23 *bis* del d.l. n. 112 del 2008;
- a3) la Corte costituzionale ha riconosciuto che la legge può introdurre limitazioni dell'affidamento diretto più estese di quelle comunitarie, prevedendo il diritto dell'UE solo un minimo inderogabile, e ha ritenuto che l'affidamento in regime di delegazione interorganica costituisce un'eccezione rispetto alla regola generale dell'affidamento a terzi mediante gara ad evidenza pubblica;
- a4) nel diritto europeo, con particolare riguardo al principio della libera organizzazione delle amministrazioni pubbliche sancita dall'art. 2 della Direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, si fronteggiano due principi generali la cui contestuale applicazione può comportare antinomie: il principio della libertà e autodeterminazione, per i soggetti pubblici, di organizzare come ritengono le prestazioni dei servizi di rispettivo interesse; il principio della piena apertura concorrenziale dei mercati degli appalti pubblici e delle concessioni;
- a5) il principio della piena apertura concorrenziale dei mercati sembra presentare valenza sussidiaria rispetto al principio della autodeterminazione organizzativa dei soggetti pubblici, in quanto la prima scelta che viene demandata alle amministrazioni è quella di optare fra autoproduzione ed esternalizzazione e, solo se si sia optato per il secondo di tali modelli, l'amministrazione avrà l'obbligo di operare nel pieno rispetto del principio della massima concorrenzialità fra gli operatori di mercato;
- a6) pertanto, se si ritiene che l'*in house providing* sia per sua natura una delle forme caratteristiche di autoproduzione, risulta che lo stesso non abbia

carattere residuale ma rappresenti una normale opzione di base, al pari dell'affidamento a terzi tramite mercato;

- a7) da parte dell'ordinamento UE gli affidamenti *in house* non sembrano posti in una posizione subordinata rispetto agli affidamenti con gara, ma, al contrario, sembrano rappresentare un *pruis* logico rispetto a qualunque scelta dell'amministrazione pubblica in tema di autoproduzione o esternalizzazione dei servizi di proprio interesse;
- a8) in base al diritto europeo sembra che la scelta di procedere all'esternalizzazione del servizio sia percorribile solo qualora l'autoproduzione risulti non percorribile, anche in coerenza con elementari esigenze di economia;
- a9) la stessa giurisprudenza della Corte di giustizia UE ha chiarito che l'ordinamento comunitario non pone limiti alla libertà per le amministrazioni di optare per un modello gestionale di autoproduzione piuttosto che su un modello di esternalizzazione;
- a10) in questo senso depongono: l'art. 2 della Direttiva 2014/23/UE che riconosce in modo espresso la possibilità per le amministrazioni di espletare i compiti di rispettivo interesse pubblico avvalendosi delle proprie risorse ovvero in cooperazione con altre amministrazioni aggiudicatrici ovvero ancora mediante conferimento ad operatori economici esterni, senza fissare alcuna graduazione in termini valoriali fra le modalità di assegnazione; il Considerando 5 della Direttiva 2014/24/UE, secondo cui *"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"*;
- a11) il diritto italiano e, in particolare, l'art. 192, comma 2, del d.lgs. n. 50 del 2016, nella parte in cui pone gli affidamenti *in house* in una posizione subordinata rispetto alle altre scelte di gestione del servizio sembra contrastare con i principi europei;
- a12) occorre chiarire se, ferma la sostanziale equivalenza per il diritto europeo fra le diverse forme di approvvigionamento di interesse delle amministrazioni, *"i singoli ordinamenti nazionali possano legittimamente porre una di tali forme di affidamento e gestione su un piano che si presume subordinato, assegnando comunque la priorità e la prevalenza al principio di apertura concorrenziale rispetto a quello della libera organizzazione delle amministrazioni pubbliche"*;

- b) con riferimento al secondo quesito interpretativo, in relazione al motivo di ricorso relativo ai vincoli posti dall'ordinamento interno alla partecipazione al capitale sociale da parte di soggetti pubblici che non esercitino il controllo analogo sulla società:
- b1) lo statuto della società *in house* distingue due categorie di soci pubblici: i soci affidanti che esercitano il controllo analogo sulla società e che possono effettuare affidamenti diretti in suo favore; i soci non affidanti che non esercitano il controllo analogo e non possono operare affidamenti diretti in favore della società, si tratta di soci di mero conferimento la cui presenza si pone al di fuori dello schema tipico degli affidamenti *in house*;
  - b2) il diritto europeo non sembra porre impedimenti all'assetto societario adottato, in quanto, consentendo che l'*in house* a controllo analogo congiunto sia possibile anche quando il capitale dell'organismo sia aperto alla partecipazione di capitali privati, ammette implicitamente anche la possibilità di partecipazione di capitale di amministrazioni pubbliche;
  - b3) tuttavia, il diritto interno prevede, all'art. 4, comma 1, del d.lgs. n. 175 del 2015, Testo unico delle società partecipate, che *"le amministrazioni pubbliche non possono, direttamente o indirettamente, costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi non direttamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né acquisire o mantenere partecipazioni, anche di minoranza, in tali società"*;
  - b4) tale disposizione sembra escludere che un'amministrazione non affidante decida in un secondo momento di acquisire il controllo analogo congiunto e di procedere all'affidamento diretto del servizio in favore della società in quanto: *"- se (per un verso) la gestione dei servizi di igiene urbana rientra di certo fra le finalità istituzionali degli enti locali 'non affidanti' - per altro verso, la semplice possibilità che l'acquisto del controllo analogo congiunto e l'affidamento diretto possano intervenire in futuro sembra non corrispondere al criterio della "stretta necessarietà" - evidentemente da considerare come attuale e non come meramente ipotetica e futura - che appare imposto dal richiamato articolo 4, comma 1"*;
  - b5) deve dubitarsi della conformità fra: il diritto europeo che ammette il controllo analogo congiunto nel caso di società non partecipata unicamente dalle amministrazioni controllanti e il diritto interno che appare non consentire alle amministrazioni di detenere quote minoritarie di partecipazione in un organismo a controllo congiunto

neanche laddove tali amministrazioni intendano acquisire in futuro una posizione di controllo congiunto e quindi la possibilità di procedere ad affidamenti diretti in favore dell'organismo pluripartecipato.

IV. – Per completezza si segnala che:

- c) questione in parte analoga è stata rimessa alla Corte costituzionale da T.a.r. per la Liguria, sezione II, 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*), secondo cui, tra l'altro:
- c1) *“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”;*
  - c2) *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 autorganizzazione o di libera amministrazione delle autorità pubbliche, affermato anche dalla giurisprudenza della Corte di Lussemburgo;
  - c3) *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”;*
  - c4) *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;*
  - c5) *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;

- c6) l’art. 192, comma secondo, 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”*;
- d) in sede di parere sullo schema di decreto legislativo recante *“Codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione”*, ai sensi dell’articolo 1, comma 3, della legge n. 11 del 2016, il Consiglio di Stato aveva osservato che l’onere di motivazione imposto dall’art. 192, comma 2, secondo cui *“Ai fini dell’affidamento in house di un contratto avente ad oggetto servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza, 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, 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”, costituisce “un onere motivazionale rafforzato, il quale consente un penetrante controllo della scelta effettuata dall’Amministrazione, anzitutto sul piano dell’efficienza amministrativa e del razionale impiego delle risorse pubbliche” (comm. spec., parere 1° aprile 2016, n. 464, le cui massime sono riportate in *Foro amm.*, 2016, 824);*

e) sugli organismi di diritto pubblico e le società pubbliche, si vedano:

- e1) T.a.r. per il Lazio, sezione III, ordinanza, 12 luglio 2018, n. 7778 (oggetto della News US, in data 6 agosto 2018, alla quale si rinvia per ulteriori approfondimenti): che ha rimesso alla Corte di giustizia UE alcune questioni interpretative legate alla natura giuridica della Poste Italiane s.p.a. e di una sua partecipata al 100% e, in particolare, alla possibilità di qualificare o meno tali enti in termini di organismo di diritto pubblico sottoponendo, quindi, alla Corte ulteriori quesiti legati ai limiti e alle ipotesi entro le quali le società in questione sono tenute a svolgere procedure contrattuali ad evidenza pubblica; secondo cui la qualificazione di Poste Italiane s.p.a. quale organismo di diritto pubblico ai sensi dell’art. 3, comma 26, d.lgs. n. 163 del 2006, ora art. 3, comma 1, lett. d), d.lgs. n. 50 del 2016, appare difficilmente confutabile, in quanto, tra l’altro, l’attuale società per azioni risulta controllata per una quota pari al 29,26% dal Ministero dell’Economia e delle Finanze, per il 35% da Cassa Depositi e Prestiti e per la restante quota da investitori privati, la società, pur operando in alcuni settori in regime di concorrenza, è ancora oggi concessionaria del servizio postale universale, che implica la fornitura obbligatoria, con correlativi esborsi statali a parziale copertura degli oneri, di servizi essenziali di consegna di lettere e pacchi, ad un prezzo controllato, a tutti i comuni italiani, la società in questione, pertanto, *“è stata istituita per soddisfare interessi generali, a carattere non industriale o commerciale direttamente riconducibili alla libertà di corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione, garantiti dall’art. 15 della Costituzione e sanciti anche a livello comunitario”*;
- e2) Cass. civ., sez. un., ordinanza, 1 marzo 2018, n. 4899 (in *Foro it., Rep.*, 2018, *Contratti pubblici*, n. 16, nonché oggetto della News US in data 19 marzo 2018, alla quale si rinvia per ulteriori approfondimenti), secondo cui la Poste Italiane s.p.a., benché incaricata dell’espletamento del servizio postale universale, è anche titolare di attività estranee al servizio di

consegna della corrispondenza, servizio svolto, tra l'altro, in regime di concorrenza; la direttiva 2004/18/CE ha espressamente escluso la società dal novero degli organismi di diritto pubblico in considerazione della prevalenza delle attività di carattere industriale e commerciale da questa svolte; nel d.lgs. n. 163 del 2006 la società è indicata come ente aggiudicatore, in considerazione della mancanza del *"requisito teleologico di soddisfacimento di bisogni di interesse generale, privi di carattere industriale e commerciale, il quale implica che il soggetto sia incaricato unicamente di soddisfare bisogni del genere, e non consente l'esercizio di altre attività da parte del soggetto medesimo"*; l'eventuale qualificazione della società quale organismo di diritto pubblico sarebbe comunque irrilevante, in quanto la soggezione alle regole dell'evidenza pubblica dovrebbe risolversi all'interno delle disposizioni che regolano i settori speciali, sulla base della collocazione dell'ente nel microsistema degli enti aggiudicatori;

- e3) Cons. Stato, Ad. plen., 28 giugno 2016, nn. 13 (in *Riv. neldiritto*, 2016, 1242, e in *Riv. corte conti*, 2016, fasc. 3, 452, nonché oggetto della News US in data 7 luglio 2016, alla quale si rinvia per ulteriori approfondimenti), 14, 15 e 16 (in *Vita not.*, 2016, 730), che nel qualificare la Poste Italiane s.p.a. quale organismo di diritto pubblico, ha ritenuto che *"la società Poste Italiane s.p.a. è soggetta alla disciplina di cui agli articoli 22 e seguenti della legge 7 agosto 1990, n. 241, con riferimento al pubblico servizio di cui è affidataria"* e che *"il diritto di accesso è esercitabile dai dipendenti della medesima società, limitatamente alle prove selettive di accesso, alla progressione in carriera ed ai provvedimenti di auto-organizzazione degli uffici, incidenti in modo diretto sulla disciplina, di rilevanza pubblicistica, del rapporto di lavoro"*;
- e4) Corte di giustizia UE, sez. V, 10 aprile 2008, C-393/06, *Ing. Aigner* (in *Foro it.*, 2009, IV, 183, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2008, 977, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2008, 965, con nota di RINALDI, in *Dir. pubbl. comparato ed europeo*, 2008, 1471, con nota di POLI, e in *Dir. e pratica amm.*, 2008, fasc. 5, 57, con nota di IARIA), secondo cui: *"gli appalti aggiudicati da un «organismo di diritto pubblico» aventi ad oggetto le attività dei settori speciali di cui agli art. 3-7 della dir. 2004/17, debbono essere assoggettati alle procedure previste da questa direttiva; per contro, gli appalti relativi ad altre attività rientrano nell'ambito di applicazione della dir. 2004/18; ciascuna di tali due direttive trova comunque applicazione senza che abbia rilevanza la distinzione tra le attività che l'ente esercita per adempiere a «bisogni d'interesse generale» e quelle che pone in essere in condizioni di concorrenza; ciò anche in presenza di una contabilità intesa alla separazione dei settori di attività di tale ente, idonea*

*ad evitare i finanziamenti incrociati tra tali settori”; “gli appalti aggiudicati da un ente avente la qualifica di organismo di diritto pubblico, ai sensi delle direttive 2004/17 e 2004/18, che hanno nesso con l’esercizio di attività di tale ente in uno o più dei settori considerati negli art. 3-7 direttiva 2004/17, debbono essere assoggettati alle procedure previste da tale direttiva; per contro, tutti gli altri appalti aggiudicati da tale ente in relazione con l’esercizio di altre attività rientrano nelle procedure previste dalla direttiva 2004/18; ciascuna di tali due direttive trova applicazione, senza distinzione tra le attività che il detto ente esercita per adempiere il suo compito di soddisfare bisogni d’interesse generale e le attività che esercita in condizioni di concorrenza, e anche in presenza di una contabilità intesa alla separazione dei settori di attività di tale ente, al fine di evitare i finanziamenti incrociati tra tali settori”;*

- e5) con riferimento all’estensione della qualificazione di organismo pubblico alle società partecipate da organismi pubblici, Corte di giustizia UE, sez. IV, 5 ottobre 2017, C-567/15, in *Appalti & Contratti*, 2017, fasc. 10, 91, in *Gazzetta forense*, 2017, 1032, e in *Foro amm.*, 2017, 1971, secondo cui *“l’art. 1, par. 9, 2° comma, direttiva 2004/18/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, come modificata dal regolamento (Ue) n. 1251/2011 della Commissione, del 30 novembre 2011, deve essere interpretato nel senso che una società che, da un lato, è detenuta interamente da un’amministrazione aggiudicatrice la cui attività consiste nel soddisfare esigenze di interesse generale e che, dall’altro, effettua sia operazioni per tale amministrazione aggiudicatrice sia operazioni sul mercato concorrenziale, deve essere qualificata come «organismo di diritto pubblico» ai sensi di tale disposizione, purché le attività di tale società siano necessarie affinché detta amministrazione aggiudicatrice possa esercitare la sua attività e, al fine di soddisfare esigenze di interesse generale, tale società si lasci guidare da considerazioni diverse da quelle economiche, circostanze che spetta al giudice del rinvio verificare; non incide, a tale riguardo, il fatto che il valore delle operazioni interne possa in futuro rappresentare meno del 90%, o una parte non essenziale, del fatturato totale della società”;*
- e6) sulla c.d. teoria del contagio, tra le altre, Corte di giustizia CE, 15 gennaio 1998, C-44/96 (in *Foro it.*, 1998, IV, 133, con nota di GAROFOLI, in *Urbanistica e appalti*, 1998, 431, con nota di VIVANI, in *Giornale dir. amm.*, 1998, 437, con nota di GUCCIONE, in *Riv. giur. edilizia*, 1998, I, 664, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 1998, 725, con nota di GRECO, in *Raccolta*, 1998, I, 73, e in *Guida al dir.*, 1998, fasc. 5, 101, con nota di CARUSO), secondo

cui: *“un’impresa che esercita attività commerciali e le cui quote siano detenute per la maggior parte da un’amministrazione aggiudicatrice non dev’essere considerata organismo di diritto pubblico ai sensi dell’art. 1, punto b), della direttiva 93/37, e pertanto amministrazione aggiudicatrice ai sensi di tale disposizione, per il solo motivo che sia stata istituita dall’amministrazione aggiudicatrice o che quest’ultima le trasferisca mezzi finanziari derivanti dalle attività che essa esercita per soddisfare bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale”*; *“un appalto pubblico di lavori non è soggetto alle disposizioni della direttiva 93/37 quando verte su un progetto che, già in origine, rientra integralmente nello scopo sociale di un’impresa che non costituisce amministrazione aggiudicatrice e quando gli appalti di lavori relativi a tale progetto siano stati attribuiti da un’amministrazione aggiudicatrice per conto di tale impresa”*;

f) con riferimento ai requisiti dell’*in house providing* e alla disciplina applicabile si vedano:

f1) Corte di giustizia UE, sezione VIII, sentenza 18 ottobre 2018, C-606/17, IBA Molecular Italy Srl (in [www.lamministrativista.it](http://www.lamministrativista.it) con nota di L. DROGHINI, *Le precisazioni della Corte di Giustizia UE sull’onerosità del contratto e sull’affidamento diretto agli ospedali privati “classificati”*, nonché oggetto della News US, in data 6 novembre 2018, alla quale si rinvia per approfondimenti), secondo cui, tra l’altro: *“l’articolo 1, paragrafo 2, lettera a), della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, deve essere interpretato nel senso che la nozione di «contratti a titolo oneroso» ricomprende la decisione mediante la quale un’amministrazione aggiudicatrice attribuisce ad un determinato operatore economico direttamente, e dunque senza previo esperimento di una procedura di aggiudicazione di appalto pubblico, un finanziamento interamente finalizzato alla fabbricazione di prodotti destinati ad essere forniti gratuitamente da detto operatore a diverse amministrazioni, esentate dal pagamento di qualsiasi corrispettivo a favore dell’operatore stesso, ad eccezione del versamento, a titolo di spese di trasporto, di un importo forfettario di EUR 180 per ciascun invio”*; *“l’articolo 1, paragrafo 2, lettera a), e l’articolo 2 della direttiva 2004/18 devono essere interpretati nel senso che essi ostano ad una normativa nazionale, come quella controversa nel procedimento principale, la quale, equiparando gli ospedali privati «classificati» a quelli pubblici, attraverso il loro inserimento nel sistema della programmazione pubblica sanitaria nazionale, regolata da speciali convenzioni, distinte dagli*

*ordinari rapporti di accreditamento con gli altri soggetti privati partecipanti al sistema di erogazione delle prestazioni sanitarie, li sottrae alla disciplina nazionale e a quella dell'Unione in materia di appalti pubblici, anche nei casi in cui tali soggetti siano incaricati di fabbricare e fornire gratuitamente alle strutture sanitarie pubbliche specifici prodotti necessari per lo svolgimento dell'attività sanitaria, quale corrispettivo per la percezione di un finanziamento pubblico funzionale alla realizzazione e alla fornitura di tali prodotti";* a norma dell'articolo 1, paragrafo 2, lettera a), della direttiva 2004/18, per costituire un appalto pubblico e dunque vedersi applicare la normativa dell'Unione in materia, il contratto concluso a titolo oneroso deve essere stato stipulato tra uno o più operatori economici e una o più amministrazioni aggiudicatrici, regola cui, per costante giurisprudenza, si sottraggono due tipi di appalti conclusi da entità pubbliche; la prima eccezione riguarda il modello del c.d. *in house providing*, ossia di contratti conclusi tra un'entità pubblica qualificata come «amministrazione aggiudicatrice» e un soggetto giuridicamente distinto dall'entità suddetta, qualora quest'ultima eserciti su tale soggetto un <controllo analogo> a quello che essa esercita sui propri servizi e questo soggetto realizzi la parte essenziale delle proprie attività con l'entità o le entità che la detengono; la seconda eccezione riguarda i contratti conclusi a titolo oneroso che istituiscono una cooperazione tra entità pubbliche finalizzata a garantire l'adempimento di una funzione di servizio pubblico comune a queste ultime;

- f2) la questione era stata rimessa all'esame della Corte di giustizia UE da Cons. Stato, sez. III, 4 ottobre 2017, n. 4631 (in *Foro amm.*, 2017, 1989 [m] e in *Appalti & Contratti*, 2017, fasc. 10, 85 [m], nonché oggetto della News US in data 9 ottobre 2017), che aveva, tra l'altro, proposto la seguente questione pregiudiziale: *“se la disciplina europea in materia di affidamento dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture e, segnatamente, gli articoli 1 e 2 della Direttiva 2004/18/CE, e gli artt. 49, 56, 105 ss. del Trattato UE, ostino ad una normativa nazionale che, equiparando gli ospedali privati “classificati” a quelli pubblici, attraverso il loro inserimento nel sistema della programmazione pubblica sanitaria nazionale, regolata da speciali convenzioni, distinte dagli ordinari rapporti di accreditamento con gli altri soggetti privati partecipanti al sistema di erogazione delle prestazioni sanitarie, in assenza dei requisiti per il riconoscimento dell'organismo di diritto pubblico e dei presupposti dell'affidamento diretto, secondo il modello dell'in house providing, li sottrae alla disciplina nazionale ed europea dei contratti pubblici, anche nei casi in cui*

*tali soggetti siano incaricati di realizzare e fornire gratuitamente alle strutture sanitarie pubbliche specifici prodotti necessari per lo svolgimento dell'attività sanitaria, ricevendo contestualmente un finanziamento pubblico funzionale alla realizzazione di tali forniture”;*

- f3) per una recentissima ricostruzione della disciplina euronazionale dell'*in house* Cons. Stato, sez. I, parere, 26 giugno 2018, n. 721/18 (in *Foro it.*, 2018, III, 592 con nota di TRAVI), secondo cui, tra l'altro: *“In base all'ordinamento comunitario e all'ordinamento nazionale, l'affidamento di un appalto in house può ammettersi con diverse modalità (in particolare, il consiglio di stato considera, oltre alla figura più tradizionale di affidamento in house, anche l'in house a cascata, l'in house pluripartecipato, l'in house verticale, invertito o capovolto, l'in house orizzontale)”*; gli accordi di cooperazione fra amministrazioni non configurano un contratto di concessione come disciplinato nella direttiva 2014/24/UE (cfr., in particolare, le premesse del 'considerando' n. 33 alla direttiva) e deve quindi essere escluso l'assoggettamento di tali accordi alle procedure di evidenza pubblica richieste dal diritto europeo in materia di contratti pubblici; gli accordi inter-istituzionali costituirebbero invece espressione del partenariato pubblico-pubblico;
- f4) Corte di giustizia UE, sez. V, 19 giugno 2014, C-574/12, *Centro Hospitalar* (in *Dir. pubbl. comparato ed europeo*, 2014, 1373, con nota di FERRARI);
- f5) Corte di giustizia UE, sez. V, 8 maggio 2014, C-15713, *Technische* (in *Foro it.*, 2015, IV, 40, con nota M. CASORIA, ivi ogni ulteriore riferimento di dottrina e giurisprudenza anche relativo alla nuove direttive del 2014);
- f6) Corte di giustizia UE, sez. III, 29 novembre 2012, C-182/ e C-183/11, *Soc. Econord* (in *Urbanistica e appalti*, 2013, 307, con nota di F. LEGGIADRO, che si sofferma in particolare sul requisito del controllo analogo);
- f7) Corte di giustizia CE, 9 giugno 2009, C-480/06, *Commissione CE c. Governo della Germania federale* (in *Urbanistica e appalti*, 2009, 1176, con nota di GALLO, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2009, 1402, e in *Raccolta*, 2009, I, 4747), secondo cui *“poiché il diritto comunitario non impone in alcun modo alle autorità pubbliche di ricorrere ad una particolare forma giuridica per assicurare in comune le loro funzioni di servizio pubblico, non contrasta con il trattato l'accordo a titolo oneroso, di durata ventennale, stipulato tra enti locali volto a consentire il trattamento dei rifiuti nell'impianto di uno di essi, con l'obbligo per gli altri di mettere a disposizione le capacità ricettive delle proprie discariche non sfruttate”*;

- f8) Corte di giustizia CE, 13 novembre 2008, C-324/07, *Coditel Brabant S A* (in *Urbanistica e appalti*, 2009, 285, con nota di LEGGIADRO, in *Dir. pubbl. comparato ed europeo*, 2009, 354 (m), con nota di FERRARI, in *Contratti Stato e enti pubbl.*, 2009, 30, con nota di BOTTEON, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2008, 2899, in *Giur. it.*, 2009, 1251, con nota di CARANTA, in *Riv. trim. appalti*, 2009, 383 (m), con nota di BASSI, e in *Raccolta*, 2008, I, 8457), secondo cui “è conforme ai principi comunitari, secondo l’interpretazione fornita dalla corte di giustizia in materia di affidamenti pubblici, l’assegnazione diretta - senza previo confronto competitivo - della gestione di una rete di teledistribuzione ad una società cooperativa intercomunale sulla quale il comune concedente esercita, congiuntamente a tutti gli altri comuni associati, un controllo analogo in quello esercitato sui propri servizi”;
- f9) Corte di giustizia CE, 11 gennaio 2005, C-26/03, *Stadt Halle* (in *Foro it.*, 2005, IV, 134, con nota di URSI, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2004, 3023, in *Giornale dir. amm.*, 2005, 271 (m), con nota di GUCCIONE, in *Urbanistica e appalti*, 2005, 288, con nota di DE NICTOLIS, in *Funzione pubbl.*, 2005, fasc. 1, 211, in *Cons. Stato*, 2005, II, 170, in *Nuovo dir.*, 2005, 351 (m), con nota di IERA, in *Contratti Stato e enti pubbl.*, 2005, 231, con nota di ASTEGIANO, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2005, 665 (m), con nota di SCOTTI, in *Riv. corte conti*, 2005, fasc. 1, 304, in *Dir. comm. internaz.*, 2005, 167, con nota di FERRANDO, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2005, 992, con nota di FERRARO, in *Ragiusan*, 2005, fasc. 253, 121, in *Arch. giur. oo. pp.*, 2005, 151, in *Guida al dir.*, 2005, fasc. 4, 101, con nota di SCINO, in *Dir. e giustizia*, 2005, fasc. 5, 93, con nota di ALESIO, in *Rass. avv. Stato*, 2004, 1100, con nota di MORICCA, in *Ragiufarm*, 2007, fasc. 102, 35), secondo cui: “l’art. 1, n. 1, della direttiva del consiglio 21 dicembre 1989 n. 89/665/Cee, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all’applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, come modificata dalla direttiva del consiglio 18 giugno 1992 n. 92/50/Cee, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, a sua volta modificata dalla direttiva del parlamento europeo e del consiglio 13 ottobre 1997 n. 97/52/Ce, deve essere interpretato nel senso che l’obbligo degli stati membri di garantire la possibilità di mezzi di ricorso efficaci e rapidi contro le decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici si estende anche alle decisioni adottate al di fuori di una formale procedura di affidamento di appalto e prima di un atto di formale messa in concorrenza, ed in particolare alla decisione sulla questione se un determinato appalto rientri nell’ambito di applicazione *ratione personae* e

*ratione materiae della direttiva 92/50, come modificata; tale possibilità di ricorso è concessa a qualsiasi soggetto che abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'appalto di cui trattasi e che sia stato o rischi di essere lesa a causa di una violazione denunciata, a partire dal momento in cui viene manifestata la volontà dell'amministrazione aggiudicatrice idonea a produrre effetti giuridici; pertanto, gli stati membri non sono autorizzati a subordinare la possibilità di ricorso al fatto che la procedura di affidamento di appalto pubblico in questione abbia formalmente raggiunto una fase determinata"; "nell'ipotesi in cui un'amministrazione aggiudicatrice intenda concludere un contratto a titolo oneroso relativo a servizi rientranti nell'ambito di applicazione ratione materiae della direttiva 92/50, come modificata dalla direttiva 97/52, con una società da essa giuridicamente distinta, nella quale la detta amministrazione detiene una partecipazione insieme con una o più imprese private, le procedure di affidamento degli appalti pubblici previste dalla citata direttiva debbono sempre essere applicate";*

- f10) per gli sviluppi recenti della figura, anche alla luce della c.d. riforma Madia (cfr. art. 16 d.leg. 19 agosto 2016 n. 175, come modificato dall'art. 10 d.leg. 16 giugno 2017 n. 100), cfr. *Le «nuove» società partecipate e in house providing*, a cura di FORTUNATO e VESSIA, *Atti del convegno di Bari del 21-22 ottobre 2016*, Milano, 2017, e MALTONI, *Le società in house nel t.u. sulle partecipate pubbliche*, in *Urbanistica e appalti*, 2017, 7 ss. Per un'approfondita analisi della figura, riferita al codice dei contratti pubblici del 2006, soprattutto nell'esame della giurisprudenza comunitaria, cfr. STANCANELLI-MOSCARDI-DE NICTOLIS, *Gli affidamenti in house*, in *Trattato sui contratti pubblici* a cura di SANDULLI, DE NICTOLIS e GAROFOLI, Milano, 2008, I, 307 ss. Più in generale, sull'incidenza del modello *in house* rispetto a prospettive concorrenziali nella gestione dei contratti pubblici, cfr. CORSO-FARES, *Crepuscolo dell'in house?* (nota a Corte cost. 23 dicembre 2008, n. 439), in *Foro it.*, 2009, I, 1319;
- g) per la giurisprudenza costituzionale sul rapporto tra esternalizzazione e delegazione organica, si vedano tra le altre:
- g1) Corte cost., 20 marzo 2013, n. 46 (in *Giur. costit.*, 2013, 759, con nota di COLASANTE, in *Riv. giur. edilizia*, 2013, I, 383, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2013, 484, con nota di COCCO, in *Giur. it.*, 2013, 2659 (m), con nota di SCOCA, in *Giurisdiz. amm.*, 2013, III, 203, in *Giur. costit.*, 2013, 2397, con nota di FURNO, e in *Regioni*, 2013, 784, n. IMMORDINO), secondo cui: "sono infondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art.

25, 1° comma, lett. a), d.l. 24 gennaio 2012 n. 1 (disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività), conv., con modif., in l. 24 marzo 2012 n. 27, nella parte in cui introduce l'art. 3 bis, 2°, 3°, 4° e 5° comma, nel d.l. 13 agosto 2011 n. 138, conv., con modif., in l. 14 settembre 2011 n. 148, in tema di affidamento di servizi pubblici locali, in riferimento agli art. 117, 1°, 2°, lett. e), 3°, e 6° comma, 118, 119, 2°, 3°, 4° e 5° comma, cost. e al principio di leale collaborazione”;

- g2) Corte cost., 17 novembre 2010, n. 325 (in *Foro it.*, 2011, I, 1332, con nota di MENZELLA, in *Urbanistica e appalti*, 2011, 48 (m), con nota di MUSOLINO, in *Ambiente*, 2011, 445, con nota di DI DIO, in *Giornale dir. amm.*, 2011, 484 (m), con nota di CUOCOLO, in *Quaderni regionali*, 2011, 392, in *Corriere giur.*, 2011, 770, con nota di AIELLO, in *Contratti Stato e enti pubbl.*, 2011, 177, con nota di PICCIN, in *Riv. giur. ambiente*, 2011, 258 (m), con nota di CASTOLDI, in *Giur. costit.*, 2010, 4501, con nota di LUCARELLI, SABBIONI, in *Giur. it.*, 2011, 1768 (m), con nota di SPUNTARELLI, e in *Regioni*, 2011, 1175, con nota di CARANTA), che, nel riconoscere alla legge di poter prevedere limitazioni dell'affidamento diretto più estese di quelle comunitarie, per restringere ulteriormente le eccezioni alla regola della gara ad evidenza pubblica per le quali il diritto dell'UE avrebbe solo previsto un minimo inderogabile, ha dichiarato tra l'altro: “infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 23 bis, 1°, 2° e 3° comma, d.l. 25 giugno 2008 n. 112, convertito, con modificazioni, dalla l. 6 agosto 2008 n. 133, nel testo originario, nella parte in cui non permette alle regioni di optare per affidamenti dei servizi in house anche nelle ipotesi diverse da quelle del 3° comma, in riferimento all'art. 117, 4° comma, cost.”; “infondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 23 bis, 2° comma, lett. b), e 3° comma, d.l. 25 giugno 2008 n. 112, convertito, con modificazioni, dalla l. 6 agosto 2008 n. 133, nel testo modificato dall'art. 15, 1° comma, d.l. 25 settembre 2009 n. 135, convertito, con modificazioni, dalla l. 20 novembre 2009 n. 166, nella parte in cui regola in dettaglio l'affidamento del servizio a società miste e le forme di affidamento non competitive, in riferimento all'art. 117, 2° comma, lett. e), e 4° comma, cost.”; “infondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 23 bis, 2°, 3° e 4° comma, d.l. 25 giugno 2008 n. 112, convertito, con modificazioni, dalla l. 6 agosto 2008 n. 133, nel testo originario, nella parte in cui prevede una disciplina particolare del procedimento di affidamento della gestione a soggetti diversi dagli operatori di mercato, tra cui l'in house providing e che l'ente affidante deve dare adeguata pubblicità alla scelta, motivandola in base ad un'analisi del mercato e contestualmente trasmettere una relazione

*contenente gli esiti della predetta verifica all'autorità garante della concorrenza e del mercato e alle autorità di regolazione del settore, ove costituite, per l'espressione di un parere sui profili di competenza da rendere entro sessanta giorni dalla ricezione della predetta relazione, in riferimento agli art. 3 e 117, 2° e 4° comma, cost.”; “infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 23 bis, 3° comma, d.l. 25 giugno 2008 n. 112, convertito, con modificazioni, dalla l. 6 agosto 2008 n. 133, nel testo modificato dall'art. 15, 1° comma, d.l. 25 settembre 2009 n. 135, convertito, con modificazioni, dalla l. 20 novembre 2009 n. 166, nella parte in cui ammette la modalità di affidamento del servizio direttamente a società in house solo in via eccezionale e vieta lo svolgimento diretto del servizio idrico, in riferimento agli art. 117, 1° e 4° comma, e 118, 1° e 2° comma, cost., nonché agli art. 3, 1° comma, e 4, 2° e 4° comma, della carta europea dell'autonomia locale”;*

- h) in dottrina sulle questioni esaminate dalla pronuncia in esame si veda R. DE NICTOLIS, *I nuovi appalti pubblici*, Bologna, 2017, 228 ss.