

Il Consiglio di Stato ha nuovamente 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, 14 gennaio 2019, n. 296 – 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)

(1) I. – Con l'ordinanza in rassegna (e con quella di identico contenuto n. 293 in pari data), il Consiglio di Stato, riprendendo puntualmente analoghi quesiti rivolti alla Corte di giustizia UE da Cons. Stato, sezione V, ordinanza 7 gennaio 2019, n. 138 (oggetto della News

US, in data 16 gennaio 2019, alla quale si rinvia) 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. 32 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 sollevato alla Corte di giustizia i quesiti di cui in massima, riprendendo le medesime argomentazioni seguite da Cons. Stato, sezione V, ordinanza 7 gennaio 2019, n. 138 (cit.).

Si rinvia, pertanto, alla citata News US, in data 16 gennaio 2019, per l'esame del percorso logico della sentenza e per gli approfondimenti giurisprudenziali e dottrinali.