

Affidamenti in house dei servizi pubblici: lo stato dell'arte.

di Eugenio De Carlo

Data di pubblicazione: 19-7-2016

1. Il modello *in house* di gestione dei servizi pubblici locali. – 2. L'*in house* pluripartecipato. 3. L'*in house* pluripartecipato. 4. L'*in house* nello schema di decreto sulle partecipate pubbliche. 5. La convenienza economica del modello di gestione prescelto.

1. Il modello *in house* di gestione dei servizi pubblici locali.

L'*in house providig* è istituto nato nel diritto europeo con la finalità di limitare le ipotesi in cui si può derogare alle regole della “concorrenza per il mercato” mediante il ricorso a forme di affidamenti diretti di compiti relativi alla realizzazione di opere pubbliche o alla gestione di servizi pubblici.

Condizione essenziale, legittimante, la modalità di gestione *in house* è l'assenza di sostanziale distinzione soggettiva tra affidante e affidatario, al punto che non si possono considerare “parti” contrattuali contrapposte e, di conseguenza, escludendo vi sia un vero ricorso al mercato.

Il modello in argomento ha resistito nel tempo a vari interventi legislativi di riforma dei servizi pubblici locali[1], alcuni dei quali sottoposti a referendum abrogativo[2] e a giudizi innanzi alla Corte Costituzionale[3], ed è riconosciuto, pacificamente, come uno dei possibili per la gestione degli anzidetti servizi.

Infatti, la giurisprudenza amministrativa, ormai in modo diffuso, ha ritenuto che i servizi pubblici locali di rilevanza economica possano essere gestiti, indifferentemente, mediante :

a-il mercato ossia individuando il soggetto affidatario all'esito di una gara ad evidenza pubblica;

b-ovvero 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[4];

c-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, ricorrendo in capo a quest'ultimo i requisiti della totale partecipazione pubblica, del controllo (sulla società affidataria) analogo (a quello che l'ente affidante esercita sui propri servizi) e della realizzazione, da parte della società affidataria, della parte più importante della sua attività con l'ente o gli enti che la controllano.

In questo senso, è stato affermato che l'affidamento diretto, *in house providing* - lungi dal configurarsi, alla stato attuale delle normativa, come un'ipotesi eccezionale e residuale di gestione dei servizi pubblici locale - costituisce invece una delle (tre) normali forme organizzative delle stesse, con la conseguenza che la decisione di un ente in ordine alla concreta gestione dei servizi pubblici locali, ivi compresa quella di avvalersi dell'affidamento diretto, *in house*, costituisce frutto di una scelta ampiamente discrezionale[5].

In questo senso, giurisprudenza consolidata[6] richiama l'orientamento comunitario secondo cui un'autorità pubblica può adempiere ai compiti d'interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti senza essere obbligata a far ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi e può farlo altresì in collaborazione con altre autorità pubbliche[7].

Alla stregua di quest'indirizzo, quindi, si è affermato che *“l'ordinamento non predilige né l'in house, né la piena espansione della concorrenza nel mercato e per il mercato e neppure il partenariato pubblico-privato, ma rimette la scelta concreta al singolo Ente affidante ...In definitiva, i servizi pubblici locali di rilevanza economica possono essere gestiti indifferentemente mediante il mercato (ossia individuando, all'esito di una gara ad evidenza pubblica, il soggetto affidatario) ovvero 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 e per la gestione del servizio), ovvero attraverso l'affidamento diretto, in house ...”*[8].

Di tanto ha tenuto conto anche l'art. 7 dello schema di decreto legislativo recante: “Testo unico sui servizi pubblici locali di interesse economico generale”, in attuazione della legge di riforma n. 124/2015 (artt.16 e 19), secondo cui, qualora l'amministrazione valuti che il SIEG debba essere direttamente preso in carico dalla stessa amministrazione ovvero affidato, può utilizzare quattro differenti forme di gestione, tra le quali l'*in house*, precisamente mediante:

- 1)affidamento mediante procedura di evidenza pubblica secondo le disposizioni in materia di contratti pubblici;
- 2)affidamento a società mista il cui socio sia scelto con procedura di evidenza pubblica in ossequio alla disciplina comunitaria ed a quella contenuta nel decreto delegato sulle società partecipate di cui all'art. 18, l. 124/2015;
- 3)affidamento in house, nel rispetto della disciplina comunitaria e di quella in materia di contratti pubblici e di società partecipate;
- 4)nel caso di servizi diversi da quelli a rete, gestione in economia o mediante azienda speciale.

Peraltro, deve segnalarsi che recente giurisprudenza ha affermato che non è precluso alle società in house anche lo svolgimento di attività al di fuori dell'ambito territoriale di affidamento, atteso che e limitazioni alla capacità di agire, previste da disposizioni statutarie o dalla legge, e, quindi, di partecipare alle gare devono essere espresse e interpretate restrittivamente. A tal riguardo, è stato osservato che l'art. 13 d.l. 4 luglio 2006 n. 223 convertito nella l. 4 agosto 2006 n. 248 non positivizza simile obbligo con correlativo divieto di operazioni *extra moenia*, ma introduce un obbligo di esclusiva a carico delle società pubbliche

che investe, esclusivamente, “*le società costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti in funzione della loro attività*” ed esclude espressamente quelle destinate allo svolgimento di servizi pubblici locali[9]. Inoltre, a sostegno dell'indirizzo segnalato, è richiamata la normativa UE intervenuta sul problema, che - come di seguito si dirà più specificamente - prevede all' art. 12 della direttiva 24/2014 che la società *in house* deve svolgere più dell'80% della propria attività a favore dell'amministrazione controllante, residuando, quindi, spazi per la gestione extra territorio di riferimento.

2. L'*in house* nel nuovo Codice dei contratti pubblici d.lgs. n.50/2016.

L'art. 5 del nuovo Codice dei contratti pubblici, recato dal d.lgs. n. 50 del 18 aprile 2016, recepisce gli articoli 12 e 13 della direttiva 2015/24/UE, 28 della direttiva 2015/25/UE e 17 della direttiva 2015/23/UE dir. 23, escludendo dall'ambito di applicazione del Codice gli affidamenti *in house* effettuati nell'ambito del settore pubblico.

I requisiti europei legittimanti gli affidamenti diretti *in house*, in deroga alle regole ordinarie di affidamento dei contratti pubblici d'appalto, sono esplicitati dal citato art. 5, secondo cui:

a)l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore deve esercitare sulla persona giuridica di cui trattasi un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi[10];

b)oltre l'80 per cento delle attività della persona giuridica controllata deve essere effettuata nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'amministrazione aggiudicatrice controllante o da altre persone giuridiche controllate dall'amministrazione aggiudicatrice o da un ente aggiudicatore di cui trattasi;

c)nella persona giuridica controllata non vi deve essere alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati previste dalla legislazione nazionale, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata[11].

Come evidenziato dalla relazione illustrativa al nuovo Codice dei contratti pubblici, la normativa è innovativa rispetto alle previsioni vigenti, nella parte in cui prevede la partecipazione di capitali privati e recepisce, quindi, pienamente la disciplina europea anche tenendo conto della giurisprudenza del Consiglio di Stato[12] che aveva considerato, relativamente alla partecipazione di capitali privati, la direttiva europea come *self executing* e, pertanto, direttamente applicabile all'ordinamento interno.

D'altra parte, come evidenziato da altra giurisprudenza dello stesso Consiglio di Stato[13], è stato osservato che, a livello interno, occorre che la partecipazione privata sia “prescritta”, e non meramente consentita.

Quest'ultima tesi è conforme all'interpretazione storico-letterale degli articoli della direttiva UE

in materia. Infatti :

-la direttiva usa il termine “prescritte”, e non semplicemente “previste” (come, invece, fa l’art. 5, lett. c del D.lgs.50/2016);

-i considerando n. 32 della direttiva appalti e il considerando n. 46 della direttiva concessioni espressamente affermano la necessità di una partecipazione non facoltativa, ma obbligatoria, in ragione di valutazioni effettuate dal Legislatore interno;

-anche l’analisi comparativo-linguistica della direttiva, fondamentale ai fini dell’indagine del suo significato letterale, conferma il significato forte dell’impiego del termine “prescritta”.

Perciò, è stato affermato che la partecipazione di capitali privati, ai fini dell’in house, è ammessa solo in presenza di disposizione di legge che rendano la partecipazione di tali capitali come necessaria, e comunque in conformità ai trattati[14].

Tant’è che in sede di modifiche al testo originario dello schema di decreto sulle partecipate e, precisamente, in riferimento all’art. 16 dello stesso, il Governo, recependo le indicazioni date dal Consiglio di Stato nel relativo parere[15], ha modificato il primo comma, sostituendo la parola “prevista” con la parola “prescritta”, disponendo che *“nelle società a controllo pubblico titolari di contratti pubblici ricevuti in affidamento diretto, sulle quali l’amministrazione pubblica o le amministrazioni pubbliche esercitano un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, non vi è partecipazione di capitali privati, ad eccezione di quella prescritta da norme di legge e che avvenga in forme che non comportino controllo o potere di veto, né l’esercizio di un’influenza determinante sulla società controllata”*.

Ulteriore disposizione del nuovo Codice che interviene sulla materia dell’in house è l’art. 192 d.lgs. n. 50/2016 che, in aderenza al criterio di cui alla lettera e) dell’articolo 1, comma 1 della legge n. 11 del 2016, introduce un regime speciale per gli affidamenti in house. A tal fine e onde garantire adeguati livelli di pubblicità e trasparenza nei contratti pubblici, è prevista l’istituzione presso l’ANAC di un elenco delle stazioni appaltanti che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società in house. L’iscrizione al predetto elenco, nelle modalità e secondo i criteri che l’Autorità definirà con proprio atto, consentirà di procedere mediante affidamenti diretti dei contratti all’ente strumentale.

La disposizione citata prevede, inoltre, che le stazioni appaltanti devono, comunque, effettuare 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.

3. L’in house pluripartecipato.

L’art. 12 della Direttiva appalti 2014/24/UE e, ancor prima, la Corte di Giustizia UE[16] hanno

ammesso il cd. *in house pluripartecipato*, in cui le amministrazioni pubbliche in possesso di partecipazioni di minoranza possono esercitare il controllo analogo in modo congiunto con altri soggetti, sia pure a determinate condizioni quali:

-gli organi decisionali dell'organismo controllato siano composti da rappresentanti di tutti i soci pubblici partecipanti, ovvero, siano formati tra soggetti che possono rappresentare più o tutti i soci pubblici partecipanti;

-i soci pubblici siano in grado di esercitare congiuntamente un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative dell'organismo controllato;

-l'organismo controllato non persegua interessi contrari a quelli di tutti i soci pubblici partecipanti.

Secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, nel caso in cui il capitale della società *in house* sia suddiviso tra una pluralità di soci pubblici, il controllo analogo può essere esercitato congiuntamente da tali autorità, non richiedendosi che lo stesso venga esercitato singolarmente per ciascuna di esse[\[17\]](#).

Anche la giurisprudenza amministrativa ha ammesso il cd. *in house pluripartecipato*, nel quale gli Enti pubblici partecipanti sono plurimi e il requisito del controllo analogo è frazionato, a condizione, tuttavia, che il controllo analogo, anche da parte del socio che detiene una partecipazione di minoranza, sia comunque effettivo[\[18\]](#).

Ciò che rileva non è la configurabilità di un controllo totale ed assoluto di ciascun ente pubblico sull'intera società, ma che, in forza di idonei strumenti giuridici, ciascun ente sia in grado di assumere il ruolo di *dominus* nelle decisioni operative rilevanti circa il frammento di gestione relativo al proprio territorio[\[19\]](#).

E' necessario, quindi, che l'ente societario partecipato sia soggetto ad un controllo di stampo sostanzialmente organico, tale da rendere irrilevante l'alterità soggettiva con l'autorità pubblica partecipante. In virtù di un simile atteggiarsi dei rapporti, spetta quindi a quest'ultima nominare i vertici direttivi e di controllo, approvare gli indirizzi strategici ed i principali atti di gestione, svuotando conseguentemente l'autonomia decisionale dell'organo amministrativo invece riconosciuta dal codice civile alle società di capitali[\[20\]](#).

In questo contesto, allora, è stato affermato[\[21\]](#) che le amministrazioni pubbliche in possesso di partecipazioni di minoranza possono esercitare il controllo analogo in modo congiunto con le altre, a condizione che:

a) gli organi decisionali dell'organismo controllato siano composti da rappresentanti di tutti i soci pubblici partecipanti, ovvero, siano formati tra soggetti che possono rappresentare più o tutti i soci pubblici partecipanti;

b) i soci pubblici siano in grado di esercitare congiuntamente un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative dell'organismo controllato;

c) l'organismo controllato non persegue interessi contrari a quelli di tutti i soci pubblici partecipanti.

A livello normativo, i requisiti del cd. *controllo congiunto* sono ripresi ed esplicitati dall'art. 192, comma 5, del Codice d.lgs. n. 50/2016, in base al quale le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori esercitano su una persona giuridica un controllo congiunto quando sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni:

a) gli organi decisionali della persona giuridica controllata sono composti da rappresentanti di tutte le amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori partecipanti. Singoli rappresentanti possono rappresentare varie o tutte le amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori partecipanti;

b) tali amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori sono in grado di esercitare congiuntamente un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative di detta persona giuridica;

c) la persona giuridica controllata non persegue interessi contrari a quelli delle amministrazioni aggiudicatrici o degli enti aggiudicatori controllanti.

4. L' *in house* nello schema di decreto sulle partecipate pubbliche.

Come osservato dal Consiglio di Stato-Commissione speciale[22] sulla bozza di decreto legislativo di riforma delle società partecipate pubbliche, *“Gli interventi normativi in materia di società a partecipazione pubblica sono stati numerosi negli ultimi anni, in particolare a partire dal 2008, e almeno in apparenza frammentari, con ripetute proroghe di termini, abrogazioni, modifiche e integrazioni della disciplina vigente.*

A fronte di esigenze sempre più pressanti di controllo della spesa pubblica più di recente è apparso ormai improcrastinabile l'adozione di un quadro normativo, in materia di società partecipate, diretto alla “semplificazione normativa, la tutela e la promozione della concorrenza, la riduzione e razionalizzazione delle società a partecipazione pubblica, l'omogeneizzazione della disciplina interna con quella europea in materia di attività economiche di interesse generale” (Programma Nazionale di Riforma, in Documento di Economia e Finanza 2015).

In detto contesto, gli articoli 16 e 18 della legge 7 agosto 2015, n. 124 (riforma Madia) sulla riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche contengono la delega legislativa per il riordino del quadro giuridico attraverso la predisposizione di un testo unico sulle partecipazioni societarie delle amministrazioni”.

In particolare, l'art. 18 della legge di riorganizzazione della P.A. n. 124/2015 ha previsto

l'adozione di un decreto legislativo per il riordino della disciplina in materia di partecipazioni societarie delle amministrazioni pubbliche, al fine prioritario di assicurare la chiarezza della disciplina, la semplificazione normativa e la tutela e promozione della concorrenza, nel rispetto di principi e criteri direttivi tra cui quello della razionalizzazione e riduzione delle partecipazioni pubbliche secondo criteri di efficienza, efficacia ed economicità, ridefinizione della disciplina, delle condizioni e dei limiti per la costituzione di società, l'assunzione e il mantenimento di partecipazioni societarie da parte di amministrazioni pubbliche entro il perimetro dei compiti istituzionali o di ambiti strategici per la tutela di interessi pubblici rilevanti, quale la gestione di servizi di interesse economico generale.

A tal riguardo, lo schema di decreto legislativo recante il Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica recentemente approvato dal C.d.M. nella seduta del 14 luglio 2016, che segue quello già adottato nel mese di gennaio scorso in attuazione della suddetta legge di riforma, si sofferma sulle "Società a controllo pubblico titolari di affidamenti diretti di contratti pubblici".

L'art. 16 del citato schema di decreto sulle partecipate, infatti, recepisce le disposizioni dell'articolo 12, paragrafo 3, della direttiva 2014/24/UE fissando le regole fondamentali per cui è consentito l'affidamento diretto *in house* in favore di società a controllo pubblico, quali:

- a) l'esercizio di un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi da parte della PA;
- b) la partecipazione di capitali privati, ad eccezione di quella prescritta da norme di legge e che avvenga in forme che non comportino controllo o potere di veto, né l'esercizio di un'influenza determinante sulla società controllata.

Il requisito del controllo analogo, per come previsto dal citato decreto, sussiste nei seguenti casi:

-nelle società a partecipazione pubblica unipersonale, se l'amministrazione pubblica socia esercita un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative della società controllata;

-nelle società a partecipazione pubblica pluripersonale, se tutte le amministrazioni pubbliche partecipanti sono in grado di esercitare congiuntamente un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative della società controllata.

In sede di parere al citato T.U. sulle partecipate pubbliche, il Consiglio di Stato^[23] ha evidenziato che il dato letterale della norma potrebbe ingenerare dubbi in ordine alla natura del controllo analogo, dal momento che le direttive europee del 2014 non prevedono che il controllo venga esercitato in maniera determinante da ciascuna amministrazione ed ha rammentato che secondo la Corte di Giustizia *"ove più autorità pubbliche facciano ricorso a un'entità comune ai fini dell'adempimento di un compito comune di servizio pubblico, non è indispensabile che ciascuna di esse detenga da sola un potere di controllo individuale su tale entità. Il controllo esercitato su quest'ultima non può, però, fondarsi soltanto sul potere di controllo dell'autorità pubblica che detiene una partecipazione di maggioranza nel capitale"*

dell'entità in questione. In questa prospettiva, l'eventualità che un'amministrazione aggiudicatrice abbia, nell'ambito di un'entità affidataria posseduta in comune, una posizione inidonea a garantirle la benché minima possibilità di partecipare al controllo di tale entità svuoterebbe di significato la nozione stessa di controllo congiunto con possibile elusione dell'applicazione delle norme europee. Sarebbe, infatti, sufficiente una presenza puramente formale nella compagine di tale entità o in un organo comune incaricato della direzione della stessa per dispensare detta amministrazione aggiudicatrice dall'obbligo di avviare una procedura di gara d'appalto secondo le norme dell'Unione europea".[24]

Il medesimo decreto sulle partecipate, in coerenza con quanto già previsto dall'art. 1, comma 611, della legge n. 190 del 2014, non si limita a prevedere che la forma di gestione in house sia potenzialmente conveniente a livello economico, ma richiede ancor prima che la partecipazione sia strettamente necessaria ed indispensabile per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali.

Infatti, l'art. 4 del citato decreto dispone che le amministrazioni pubbliche non possono, direttamente o indirettamente, costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né acquisire o mantenere partecipazioni, anche di minoranza, in tali società.

Nei suddetti limiti, quindi, le amministrazioni pubbliche possono, direttamente o indirettamente, costituire società e acquisire o mantenere partecipazioni in società esclusivamente per lo svolgimento delle attività indicate dall'articolo 4 citato (salve le eccezioni ivi previste), tra cui la produzione di servizi di interesse generale, ivi inclusa la realizzazione e la gestione delle reti e degli impianti funzionali ai servizi medesimi, nonché l'autoproduzione di beni o servizi strumentali all'ente o agli enti pubblici partecipanti, nel rispetto delle condizioni stabilite dalle direttive europee in materia di contratti pubblici e della relativa disciplina nazionale di recepimento.

In questo contesto, invero, la magistratura contabile ha sottolineato come il disfavore legislativo verso il proliferare di servizi locali (o attività strumentali) gestiti mediante società partecipate abbia imposto una loro razionalizzazione, avente come obiettivo la riduzione, per cui il più recente parametro normativo sollecita una motivazione ulteriore rispetto a quella di mera inerenza alle finalità istituzionali o di economicità. Tale necessità si fa maggiormente pressante proprio nel caso della costituzione di una nuova società (che, se non accompagnata da simmetriche operazioni di dismissione, si pone in contrasto con l'obiettivo di razionalizzazione/riduzione imposto dalla legge) e, in particolare, nel caso in cui la stessa legge preveda, per uno specifico servizio, ipotesi alternative di gestione[25].

Inoltre, deve sottolinearsi che, come previsto dall'art. 16 comma 8, dello schema di decreto sulle partecipate, coerentemente all'impostazione in materia, è stabilito che le società previste dallo stesso articolo sono tenute all'acquisto di lavori, beni e servizi secondo la disciplina in materia di contratti pubblici.

Si deve rammentare, infatti, che alla luce dei principi affermati dalla consolidata giurisprudenza comunitaria, a partire dalla sentenza Teckal (Corte di Giustizia in causa C-107/98, sentenza 18

novembre 1999), le società *in house* si configurano, in termini sostanziali, come organo dell'amministrazione controllante, con la conseguenza che esse, sono tenute "ad osservare, per i propri affidamenti "a valle", i principi e le norme dell'evidenza pubblica"[26].

Diversamente, ove si ammettesse la possibilità per l'affidatario *in house* di sub-affidare il servizio a terzi senza l'espletamento di una gara, si aggirerebbe il divieto degli affidamenti diretti, consentiti solo nel caso in cui ricorrano le strette condizioni previste per gli affidamenti *in house*[27].

5. La convenienza economica del modello di gestione prescelto.

In ogni caso, ai fini dell'affidamento *in house* di un contratto avente ad oggetto servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza, non è sufficiente il ricorrere dei soli requisiti del c.d. controllo analogo.

Infatti, l'art. 192 del d.lgs. n. 50/2016 prevede che le stazioni appaltanti effettuano preventivamente la valutazione sulla congruità economica dell'offerta dei soggetti *in house*, avendo riguardo all'oggetto e al valore della prestazione e 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.

La scelta dell'affidamento *in house*, invero, pur avendo carattere discrezionale, in ossequio ai principi di trasparenza e democraticità dei processi decisionali pubblici (sanciti dalla norma cardine dell'art. 3 della l. n. 241 del 1990) impone che detta scelta debba essere adeguatamente motivata circa le ragioni di fatto e di convenienza che la giustificano, tanto più quando la normativa impone un dettagliato e più aggravato onere motivazionale, subordinando la legittimità della scelta della concreta modalità di gestione dei servizi pubblici locali proprio alla redazione di un'apposita relazione che dia conto delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma dell'affidamento prescelta e che definisca i contenuti specifici degli obblighi del servizio pubblico e servizio universale, indicando le compensazioni economiche se previste[28].

In questo senso, allora, la decisione di un ente locale in ordine alla concreta gestione dei servizi pubblici, ivi compresa quella di avvalersi dell'affidamento diretto, *in house* (sempre che ricorrano tutti i requisiti delineatisi per effetto della normativa comunitaria e della relativa giurisprudenza), costituisce frutto di una scelta ampiamente discrezionale che deve essere adeguatamente motivata circa le ragioni di fatto e di convenienza che la giustificano e che, come tale, sfugge al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, salvo che non sia manifestamente inficiata da illogicità, irragionevolezza, irrazionalità ed arbitrarietà ovvero non sia fondata su di un altrettanto macroscopico travisamento dei fatti[29].

A tal riguardo, recente giurisprudenza ha affermato che *“Le pubbliche amministrazioni non hanno alcun obbligo di procedere sempre e comunque all'outsourcing e invece possono, se ciò ritengano, produrre in proprio, ovvero in house, gli stessi beni e servizi che potrebbero comperare sul mercato.*

In base alle norme europee, in particolare a quelle del TFUE, le pubbliche amministrazioni, ove decidano di procedere ad un outsourcing, ovvero di ricorrere al mercato per procurarsi beni e servizi necessari al loro operare, devono senz'altro rispettare le regole della concorrenza, valide per ogni soggetto economico, e quindi indire una pubblica gara; non hanno però, a monte, alcun obbligo di procedere sempre e comunque all'outsourcing in questione, e invece possono, se ciò ritengano, produrre in proprio, ovvero appunto in house, gli stessi beni e servizi che potrebbero comperare sul mercato.

La scelta, espressa da un ente locale, nella specie da un Comune, nel senso di rendere un dato servizio alla cittadinanza con una certa modalità organizzativa piuttosto di un'un'altra, ovvero in questo caso di ricorrere all'in house e non esternalizzare, è ampiamente discrezionale, e quindi, è sindacabile nella presente sede giurisdizionale nei soli casi di illogicità manifesta ovvero di altrettanto manifesto travisamento dei fatti.”[\[30\]](#)

Presupposto di legittimità dell'affidamento diretto, dunque, è che la scelta dell'*in house* deve essere ampiamente motivata circa le ragioni di fatto e di convenienza che la giustificano[\[31\]](#), dando sufficientemente conto della valutazione effettuata, dell'analisi relativa ai costi e alle modalità di gestione, restando ferma, comunque, la necessità che nel procedimento siano acquisiti sufficienti elementi di giudizio affinché l'organo decisionale possa effettuare la scelta nella consapevolezza dei molteplici fattori che ad essa concorrono, ed in primo luogo dei costi (e della corrispondente qualità del servizio) rispetto ad altre modalità di gestione[\[32\]](#).

In altri termini, pur risultando l'*in house* una modalità ordinaria di svolgimento di un servizio pubblico e pur assumendo connotazione discrezionale la scelta dell'Amministrazione di avvalersi di tale forma di gestione, la stessa deve essere, comunque, congruamente motivata circa le ragioni che la giustificano in punto di convenienza rispetto alle altre opzioni gestionali possibili[\[33\]](#).

In questo senso, il Consiglio di Stato-Commissione speciale, nel parere[\[34\]](#) reso sullo schema di decreto legislativo relativo ai servizi pubblici in attuazione della legge delega n. 124/2015 (artt. 16 e 19), ha osservato che *“Il contenuto del provvedimento di scelta del metodo di gestione deve essere ulteriormente motivato nel caso in cui l'amministrazione decida di non rivolgersi al mercato”* e in relazione a ciò ha suggerito *“di prevedere che il provvedimento debba motivare progressivamente in ordine all'impossibilità di utilizzare lo strumento dell'affidamento mediante procedura di evidenza pubblica, ovvero quello di affidamento a società mista o ancora quello di affidamento in house, secondo una logica di preferenza via via decrescente, che metta in luce le ragioni che conducono ad un'eventuale limitazione del ricorso al mercato.”* Pertanto - continua il Consiglio di Stato nel proprio parere - *“Qualora l'amministrazione scelga di non ricorrere al mercato ovvero di utilizzare il modello dell'affidamento in house, o quello della gestione diretta, questa dovrà indicare le ragioni per le quali il ricorso al mercato comparativamente non sia vantaggioso. In caso di mancato ricorso*

al mercato, inoltre, il provvedimento dovrà essere sottoposto alle valutazioni dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, dinanzi alla quale può aprirsi un contraddittorio nel caso in cui quest'ultima nel termine perentorio di 30 giorni chieda chiarimenti."

[1](Per un'interessante ricostruzione dei modelli di gestione dei servizi pubblici locali vedasi Corte dei conti, deliberazione n. 15/SEZAUT/2014/FRG, par. 3.3 : *"dall'art. 22, l. 8 giugno 1990, n. 142, poi trasfusi nell'art. 113, d. lgs. n. 267/2000, passando per l'art. 35, co. 8, l. 28 dicembre 2001, n. 448, che ha prescritto agli enti locali di trasformare, entro il 31 dicembre 2002, le aziende speciali che gestivano i servizi di cui all'art. 113, d. lgs. . n. 267/2000, in società di capitali.*

Nel 2003 il legislatore ha parzialmente mutato indirizzo: con l'art. 113, co. 5, d. lgs. . n. 267/2000, sostituito dall'art. 14, co. 1, lett. d), d.l. 30 settembre 2003, n. 269, convertito dalla l. 24 novembre 2003, n. 326, ha delineato tre modelli organizzativi, con possibilità di affidamento del servizio:

a) a società di capitali individuate attraverso l'espletamento di gare con società nel cui oggetto sociale coesistono servizi pubblici e attività strumentali, nonché il divieto procedura a evidenza pubblica;

b) a società a capitale misto pubblico privato nelle quali il socio privato è scelto attraverso l'espletamento di gare con procedure a evidenza pubblica;

c) a società a capitale interamente pubblico a condizione che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti pubblici che la controllano.

Con l'art. 23-bis, d.l. n. 112/2008, modificato dall'art. 15, d.l. 25 settembre 2009, n. 135, convertito dalla l. 20 novembre 2009, n. 166, il legislatore aveva previsto che gli enti locali potessero scegliere, per la gestione di tutti i servizi pubblici a rilevanza economica, incluso il servizio idrico, tra due modelli di affidamento:

a) a soggetti terzi individuati con gara;

b) a società miste costituite con gara c.d. "a doppio oggetto".

L'affidamento a società in house è rimasto previsto soltanto come ipotesi eccezionale (in presenza di particolari esigenze territoriali e sociali e previo parere dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato).

A seguito dell'abrogazione, per iniziativa referendaria, dell'art. 23-bis, d.l. n. 112/2008, ad opera del d.P.R. 18 luglio 2011, n. 113, si è passati dall'esigenza di garantire la massima concorrenza e di contenere le ipotesi di affidamento diretto alla riviviscenza delle norme

comunitarie che, invece, consentono la gestione in house.

Nella legge di stabilità 2014, è contenuta una disciplina ad hoc delle società che esercitano servizi pubblici locali le quali, anche se titolari di affidamenti in house, restano escluse dai provvedimenti di liquidazione di cui all'art. 1, co. 555, l. n. 147/2013. Nei confronti delle stesse è pure interdetta l'applicazione diretta dei vincoli in materia di spesa di personale che, pur riguardando aziende speciali, istituzioni e società in house, viene esclusa per le società che gestiscono servizi pubblici locali a rilevanza economica, fatta salva l'adozione di atti di indirizzo che restano affidati alla responsabilità degli enti proprietari :art. 1, co. 557, l. n. 147/2013").

[2](La disciplina oggetto del quesito referendario rafforzava l'impostazione comunitaria, prevedendo che nell'affidamento del servizio pubblico la regola fosse il ricorso al mercato e l'eccezione fosse il ricorso all'affidamento in house. Secondo il paradigma comunitario, invece, l'amministrazione può scegliere di esternalizzare il servizio nel rispetto del principio di concorrenza o autoprodurre anche affidando ad un soggetto in house, nel qual caso non si applica la disciplina prevista in materia di contratti pubblici : artt. 11 e 12, dir. 2014/24).

[3](cfr., in particolare, Corte cost., sentenza del 20 luglio 2012, n. 199, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4 d.l. n. 138 del 2011, convertito con modificazioni dalla l. n. 148 del 2011 - nel testo conseguente alle ulteriori modifiche apportate dall'art. 9, comma 2, lett. n), L. 12 novembre 2011, n. 138, dall'art. 25 del d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito con modificazioni dalla L. 24 marzo 2012, n. 27, nonché dall'art. 53, comma 1, lett. h), del d.l. 22 giugno 2012, n. 83 - adottato successivamente all'abrogazione, a seguito di referendum popolare, dell'art. 23-bis del d.l. n. 112 del 2008, convertito con modificazioni dalla l. n. 133 del 2008).

[4](Sulla base di consolidata giurisprudenza, "l'affidamento di un servizio ad una società mista è ritenuto ammissibile a condizione che si sia svolta una unica gara per la scelta del socio e l'individuazione del determinato servizio da svolgere, delimitato in sede di gara sia temporalmente che con riferimento all'oggetto" :cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 30 settembre 2010, n. Sez. VI, 16 marzo 2009, n. 1555 e Corte Giustizia, sez. III, 15 ottobre 2009, C-196/08, Acoset)" (da ultimo Cons. Stato, Sez. V, 15 marzo 2016, n. 1028).

[5](cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 30 settembre 2013, n. 4832; sez. VI, 11 febbraio 2013, n. 762, sez. V, 10 settembre 2014, n. 4599)

[6](cfr., ex multis, C.d.S., Sez. V, 15 marzo 2016 n. 1034).

[7] (In tal senso, CGUE, sentenza 6 aprile 2006 in causa C-410/14 (ANAV))

[8](cfr. TAR Lombardia, Brescia, Sez. II, 22 marzo 2016, n. 431).

[9] (cfr. TAR Liguria, 10 giugno 2016, 606, secondo cui anche la sentenza del Consiglio di Stato, sez. VI, 8 maggio 2014 n. 2362, ammette che le società in house costituite per lo svolgimento di servizi pubblici locali possono svolgere servizi per enti diversi da quelli costituenti, partecipanti o affidanti purché si tratti di soggetti erogatori di servizi pubblici locali. "I predetti servizi potrebbero, di conseguenza, essere svolti anche a favore di soggetti diversi da quelli "costituenti, partecipanti o affidanti", sempre però che si tratti di soggetti erogatori degli stessi, quali sono, appunto, i Comuni : cfr. Cons. Stato, IV, 15 marzo 2008, n. 946; V, 7 luglio 2009, n. 4346, 5 marzo 2010, n. 1282, 10 settembre 2010, n. 6527, 1 aprile 2011, n. 2012).

[10](Requisito che ricorre qualora la PA eserciti 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 o dall'ente aggiudicatore).

[\[11\]](#)(Ossia che non sussista controllo o potere di veto sulla persona giuridica controllata).

[\[12\]](#)(cfr. parere Sez. II, n. 298 del 30 gennaio 2015 nel quale, il Consiglio di Stato, a seguito della Direttiva 2014/24/UE del 26 febbraio 2014, art. 12, par. 1 lett. c), ha aggiunto la condizione innovativa, rispetto alla giurisprudenza comunitaria e nazionale, secondo cui nella persona giuridica controllata forme di partecipazione diretta di capitali privati sono compatibili con il modello in house se costituenti forme di partecipazione di capitali privati che :

-non comportano controllo o potere di veto,

-sono prescritte dalle disposizioni legislative nazionali in conformità dei trattati,

-non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata.

Alla luce della rinnovata interpretazione il Consiglio di Stato, nel caso valutato, ha escluso che un consorzio affidatario del servizio potesse risultare controllato da capitale privato, risultando ciò dallo stesso assetto societario, che lo vedeva stabilmente partecipato al 98% da Pubbliche Amministrazioni, e soltanto in minima parte da persone giuridiche private, certamente prive potere di veto o di condizionamento).

[\[13\]](#)(cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 26 maggio 2015, n. 2660, secondo cui la mera pubblicazione di una direttiva non determina, prima che sia scaduto il termine per il suo recepimento, il superamento automatico e immediato di una disciplina preesistente di derivazione comunitaria).

[\[14\]](#)(cfr. C.d.C. sez. contr. della Campania, deliberazione SRCCAM/108/2016/PAR, secondo cui *“l’espressione “prescritta” di cui alle richiamate disposizioni delle direttive definitive dell’in house – espressione che di per sé appare necessitare di una stretta interpretazione, in quanto determina una deroga principi che hanno fondamento diretto nel diritto dei Trattati – presuppone comunque una disposizione nazionale che tale partecipazione renda necessaria*

(per fini discrezionalmente individuati dal Legislatore interno) e non meramente “possibile”; solo in tal caso sussiste il presupposto per la deroga al pregresso acquis communautaire”.

[15] (Nel parere n. 968 del 21 aprile 2016, infatti, il C.d.S. ha rappresentato la necessità di puntualizzare come la possibilità che della compagine societaria facciano parte privati debba essere “*prescritta*” da specifiche disposizioni di legge, che indichino le ragioni che giustificano tale partecipazione).

[16](cfr. Corte Giust. UE, Sez. III, 29 novembre 2012, C-182/11 e C-183/11).

[17](cfr. Corte di Giustizia U.E., sez. III n. 182/11 cit.).

[18](cfr. Cons. Stato, sentenze n. 2154/2015 e n. 7092/2010 nonché TAR Friuli V.G., sentenza n. 17/2016 : quest’ultima ha escluso l’in houe in relazione ad una partecipazione societaria assolutamente esigua (0,07%) e a un organo esercente il controllo analogo limitato a 7 componenti su un totale di 50 soci e del quale non faceva parte l’ente locale, mancando perciò un controllo analogo sull’affidatario del servizio).

[19] (cfr., in tale senso, T.A.R. Brescia, Sez. II, 23 settembre 2013, n. 780).

[20](cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 28 luglio 2015, n. 3716 e precedenti sentenze 14/10/2014 n. 5080 e 1373/2014 n. 1181).

[\[21\]](#) (cfr. Consiglio di Stato, Sez. III, 27 aprile 2015 n. 2154).

[\[22\]](#) (cfr. parere del 21 aprile 2016, n. 968).

[\[23\]](#)(cfr. parere Cons. Stato n. 968/2016 cit.).

[\[24\]](#)(cfr. Corte Giust. UE 21 luglio 2005, C-231/03, Consorzio Coname, richiamata da Cons. Stato, Sez. VI, 26 maggio 2015, n. 2660).

[\[25\]](#)(cfr. C.d.C. sez. contr. Lombardia, deliberazione n. 140 dell'11 maggio 2016).

[\[26\]](#)(cfr. Cons. Stato, sentenza n. 2765/09).

[\[27\]](#)(cfr. TAR Lazio, Roma, Sez. II, 17 giugno 2016, n. 7032; ANAC Deliberazione n. 77 Adunanza del 1° dicembre 2010).

[\[28\]](#) (cfr. Cons. Stato, Sez. V, sentenza 12 maggio 2016, n.1900).

[\[29\]](#) (cfr. Cons. Stato, sez. V, 30 settembre 2013, n. 4832; sez. VI, 11 febbraio 2013, n. 762).

[\[30\]](#) (cfr. TAR Lombardia, Brescia sez. II, 9 maggio 2016, n. 639).

[\[31\]](#) (cfr. TAR Liguria, 8 febbraio 2016, n. 120).

[\[32\]](#) (cfr. TAR per l'Abruzzo, Pescara, Sez. I, 14 agosto 2015, n. 349, confermata dal Cons. Stato, Sez. V, sentenza n. 1900/2016).

[\[33\]](#) (cfr., Cons. Stato, Sez. V, sentenza n. 4599/2014 e TAR Friuli V.G., sentenza n. 17/2016).

[\[34\]](#)(cfr. parere n. 1075 del 03 maggio 2016).

