



Osservatorio
Legislativo
Interregionale

Firenze, 21 e 22 novembre 2019

Carlo Sanna - Regione autonoma della Sardegna

L'affidamento in house e la tutela della concorrenza

L'AFFIDAMENTO IN HOUSE E LA TUTELA DELLA CONCORRENZA



1. L'affidamento *in house* e il principio di autoorganizzazione della pubblica amministrazione

L'istituto di derivazione europea, dell'affidamento *in house*, è stato per la prima volta menzionato dal Libro Bianco sugli appalti del 1998 e subito dopo nella cd. sentenza *Teckal* (Corte di Giustizia delle Comunità Europee, 18 novembre 1999, C-107/98) che ha enunciato il fondamentale cardine dell'*in house*, che si verifica quanto l'ente pubblico esercita "sulla persona di cui trattasi un controllo analogo a quello da esso esercitato sui propri servizi e questa persona realizza la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che la controllano". La giurisprudenza europea ha dunque evidenziato, con riferimento in particolare al requisito del controllo analogo, che non esiste una distinzione tra l'amministrazione pubblica affidante e la società affidataria, cosicché non si rientra nell'ambito dell'applicazione della disciplina degli appalti pubblici, che in genere impone di svolgere una gara pubblica rivolgendosi al mercato. Proprio tale aspetto è quello di interesse nella presente trattazione, ovvero sia che rapporto vi sia tra il principio di tutela della concorrenza e l'affidamento *in house*, nei termini che quest'ultimo rappresenta un'eccezione oppure una deroga rispetto al principio di tutela della concorrenza o si ponga come opzione paritaria o pregiudiziale.

L'evoluzione della disciplina dell'affidamento *in house* a livello europeo è culminata con l'approvazione delle tre direttive del 2014, che hanno disciplinato espressamente tale istituto in via legislativa (in precedenza era di fatto regolamentato dalla copiosa giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia). Si tratta in particolare:

- dell'art. 13 della direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione;
- dell'art. 12 della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE;
- dell'art. 28 della direttiva 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali e che abroga la direttiva 2004/17/CE.

Per quanto di interesse, le direttive hanno confermato il primo requisito, quello del controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, che può esercitarsi anche in maniera congiunta.

Il secondo requisito è quello della cd. prevalenza, per cui il soggetto affidatario in base alle modalità dell'*in house* deve svolgere più dell'80% di attività in base ad un affidamento da parte della pubblica amministrazione proprietaria o anche da altri soggetti dalla stessa controllati.

Il terzo elemento è quello della partecipazione pubblica totalitaria. Questo requisito assume carattere autonomo rispetto a quello del controllo analogo, ma rispetto al passato ammette eccezionalmente la partecipazione del capitale privato, sempre che tale partecipazione:

- a) non comporti un controllo o potere di veto;
- b) sia prescritto da disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati;



c) il soggetto privato non eserciti un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata.

Il fenomeno dell'*in house providing* non rappresenta una creazione del diritto europeo ma è estrinsecazione di un principio più generale di autoorganizzazione della pubblica amministrazione, che si esprime a livello dell'ordinamento interno, quale corollario del principio della discrezionalità riconosciuta alla pubblica amministrazione.

La declinazione di tale principio a livello europeo, attraverso l'istituto dell'*in house providing*, non ha dunque introdotto nell'ordinamento la potestà della pubblica amministrazione di poter autoprodurre i beni e i servizi di cui necessita, ma ha invece delimitato e precisato gli ambiti effettivi nei quali un intervento di tale genere è possibile.

È infatti possibile affermare che, alle origini della pubblica amministrazione, la stessa operava in proprio, autoproducendo i beni e servizi di sua necessità. Solo in un momento successivo, con l'ampliamento dei suoi compiti, è emersa la necessità, in molti casi, di rivolgersi all'esterno e dunque al mercato.

L'*in house providing* non è dunque nulla di nuovo nel panorama normativo, ma è il tentativo del legislatore europeo di porre dei limiti specifici, rispettando il quale è legittimo non rivolgersi al mercato. In tal modo, delimitando in maniera precisa la portata applicativa del ricorso all'autoproduzione, si stabilisce che ciò che sta al di fuori dei limiti normativamente previsti (ad es. l'affidamento ad una società che produce solo il 20% del fatturato a favore della p.a. affidataria) non è legittimo in quanto incide sulla tutela della concorrenza ed è necessario rivolgersi al mercato.

Ma, soprattutto si prevede che tutti gli affidamenti effettuati nel rispetto delle regole dell'*in house* consentono di non ricorrere legittimamente al mercato e di procedere all'autoproduzione.

La questione che deve pertanto essere esaminata è quella relativa ai rapporti tra il ricorso all'*in house* e quello al mercato, ovvero, in alternativa:

- 1) L'*in house* precede in via logica l'opzione di ricorrere al mercato;
- 2) L'*in house* sia una opzione equiordinata a quella di ricorrere al mercato;
- 3) L'*in house* sia una opzione cui può ricorrervi solo in casi eccezionali di fallimento del mercato.

Questa ultima opzione è quella adottata dal legislatore statale con l'art. 192, comma 2 del codice dei contratti pubblici (decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50), che testualmente recita "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".

Il legislatore italiano prevede che per ricorrere a tale opzione è necessario fornire una complessa motivazione, che comprende anche le ragioni del mancato ricorso al mercato, ponendo l'*in house* in una posizione aggettivamente subordinata al ricorso al mercato



Osservatorio
Legislativo
Interregionale

Firenze, 21 e 22 novembre 2019

Carlo Sanna - Regione autonoma della Sardegna

L'affidamento in house e la tutela della concorrenza

stesso. Ma questa disciplina è coerente o in contrasto con la normativa europea? Qualche dubbio in materia sussiste, tanto che il Consiglio di Stato, con ordinanza sez. V, 7 gennaio 2019 n. 138, ha rimessa alla Corte di Giustizia dell'Unione europea la questione pregiudiziale del citato art. 192, comma 2 del codice dei contratti pubblici, mentre il TAR Liguria, con ordinanza 15 novembre 2018, n. 886 ha posto questione di legittimità costituzionale sullo stesso articolo.

2. La normativa europea in materia di affidamento *in house*

La questione in esame presuppone l'analisi della disciplina normativa posta a livello europeo, per la quale si concentrerà principalmente l'attenzione sulla direttiva 2014/24/UE, in materia di appalti pubblici (le altre due direttive sovra citate presentano un contenuto pressoché identico e verranno eventualmente indicate ove necessario).

Un primo elemento da valutare si trova nei considerando della direttiva, che come noto costituisce la premessa della normativa adottata ed ha un valore di motivazione anche a fini interpretativi.

Significativo è il considerando n. 5, che testualmente recita: *“È opportuno rammentare che nessuna disposizione della presente direttiva obbliga gli Stati membri ad affidare a terzi o a esternalizzare la prestazione di servizi che desiderano prestare essi stessi o organizzare con strumenti diversi dagli appalti pubblici ai sensi della presente direttiva.”*

Nella direttiva in tema di concessioni, il considerando n. 5 invece stabilisce che *“La presente direttiva riconosce e riafferma il diritto degli Stati membri e delle autorità pubbliche di decidere le modalità di gestione ritenute più appropriate per l'esecuzione di lavori e la fornitura di servizi. In particolare, la presente direttiva non dovrebbe in alcun modo incidere sulla libertà degli Stati membri e delle autorità pubbliche di eseguire lavori o fornire servizi direttamente al pubblico o di esternalizzare tale fornitura delegandola a terzi. Gli Stati membri o le autorità pubbliche dovrebbero rimanere liberi di definire e specificare le caratteristiche dei servizi da fornire, comprese le condizioni relative alla qualità o al prezzo dei servizi, conformemente al diritto dell'Unione, al fine di perseguire i loro obiettivi di interesse pubblico”*.

Dall'insieme di tali considerando emergono alcuni elementi significativi. In primo luogo si prevede che la direttiva non introduce *ex novo* tale diritto, ma lo riconosce e lo riafferma, confermando quanto detto nel paragrafo precedente, ovvero sia che la potestà di autoproduzione preesisteva al diritto europeo e che è innato ad ogni pubblica amministrazione.

La continuità (e non innovatività) delle direttive europee in esame pare confermata dalla stessa giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità europee (e poi dell'Unione europea), come cita correttamente il Consiglio di Stato nella sua ordinanza di rimessione. Si fa in particolare riferimento a:

- Grande Sezione del 9 giugno 2009, in causa C-480/06, Commissione CE c. Governo della Germania federale;
- sentenza della Terza Sezione del 13 novembre 2008 in causa C-324/07, Coditel Brabant;



In particolare la Corte evidenzia che non vi è un obbligo di rivolgersi all'esterno. Anzi, dalle nuove direttive emerge che il ricorso all'*in house* (e dunque all'autoproduzione) sia un vero e proprio diritto, non solo degli Stati membri ma delle stesse autorità pubbliche, aspetto che attiene alla potestà di autoorganizzazione che la Costituzione italiana riconosce alle Regioni e agli enti locali, in particolare alle Regioni anche in termini di potestà legislativa. Tale aspetto verrà meglio approfondito in seguito.

Inoltre si indica che nessuna disposizione della direttiva obbliga a ricorrere all'esterno, evidenziandosi in linea di principio una piena libertà di procedere con le modalità dell'*in house* (confermando le conclusioni della giurisprudenza europea).

Addentrando nel testo della direttiva 2014/23/UE, l'art. 2 statuisce che *“La presente direttiva riconosce il principio per cui le autorità nazionali, regionali e locali possono liberamente organizzare l'esecuzione dei propri lavori o la prestazione dei propri servizi in conformità del diritto nazionale e dell'Unione. Tali autorità sono libere di decidere il modo migliore per gestire l'esecuzione dei lavori e la prestazione dei servizi per garantire in particolare un elevato livello di qualità, sicurezza e accessibilità, la parità di trattamento e la promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utenza nei servizi pubblici.*

Dette autorità possono decidere di espletare i loro compiti d'interesse pubblico avvalendosi delle proprie risorse o in cooperazione con altre amministrazioni aggiudicatrici o di conferirli a operatori economici esterni”.

Anche questa disposizione mette in risalto la libertà riconosciuta alle autorità pubbliche di scegliere le modalità di eseguire le proprie attività, per cui appaiono in una posizione di parità l'opzione di avvalersi delle proprie risorse e quella di conferire lo svolgimento ad operatori economici esterni. Significativo che si faccia riferimento non agli Stati membri, ma direttamente alle autorità pubbliche, di tutti i livelli di governo, potendo dunque la norma anche rientrare nelle direttive *self executing*, di diretta applicazione.

Se poi si analizzano le norme specifiche relative all'affidamento *in house* (già citate in precedenza) spicca il principio che i soggetti qualificabili come *in house* non rientrano nell'ambito di applicazione delle direttive e quindi delle regole di gara pubblica ivi disciplinate.

Conclusioni peraltro che sono condivise anche dalla dottrina, ben prima della introduzione delle nuove direttive, per cui si vedano ad esempio:

- Trimarchi Banfi F., *Procedure concorrenziali e regole di concorrenza nel diritto dell'Unione e nella Costituzione (all'indomani della dichiarazione di illegittimità delle norme sulla gestione dei servizi pubblici economici)*, 2012, in Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario, pag. 735 e seg. da cui emerge che le società *in house* non rappresentano una vera eccezione al principio della gara pubblica, ma piuttosto una non applicazione, in quanto non vi è distinzione soggettiva tra pubblica amministrazione e soggetto *in house*;

- Cavallo Perin R., *Il modulo “derogatorio”: in autoproduzione o in house providing*, in Bonura H, Cassano M, (a cura di) *L'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica*, Torino, pag. 119 e seg., per cui *“La disciplina della concorrenza per l'aggiudicazione degli appalti pubblici e delle concessioni presuppone infatti un rapporto con il mercato, ma la libera decisione dell'amministrazione di rivolgersi ad esso non può essere coartata per realizzare l'apertura al mercato di taluni settori di attività in cui l'amministrazione pubblica vorrebbe invece ricorrere all'autoproduzione, ad esempio*



perché la stessa amministrazione non vuole correre l'avventura ed il conseguente rischio di un affidamento a terzi in un tempo di crisi del mercato anche finanziario”.

In altre parole il soggetto *in house*, non essendo terzo rispetto all'organizzazione della pubblica amministrazione, non è mercato.

La normativa europea appare dunque coerente nel separare il caso dell'affidamento *in house* dalla procedura di gara pubblica e ricorso al mercato, garantendo una piena libertà di fare ricorso a questa prima opzione, senza nessuna posizione ancillare rispetto all'altra.

Anzi il Consiglio di Stato, nell'indicata ordinanza di rimessione alla Corte di Giustizia dell'Unione europea, evidenzia che l'opzione di ricorrere all'autoproduzione rappresenta un *prius* logico rispetto a quello di ricorrere al mercato. Pur nell'equiordinazione tra le due opzioni, il ricorso al mercato presuppone una previa verifica che non è possibile ricorrere a risorse interne. In effetti lo stesso meccanismo vale per il ricorso a professionisti esterni, cui la pubblica amministrazione può ricorrere solo quando non abbia al suo interno le professionalità necessarie. Appare ragionevole che lo stesso iter logico possa essere seguito anche nel caso degli appalti.

3. La normativa nazionale e la giurisprudenza della Corte costituzionale

Sul quadro di una piana disciplina normativa posta a livello europeo, è possibile tornare alla normativa nazionale, al fine di analizzare compiutamente l'art. 192, comma 2 del codice dei contratti pubblici. Questa norma, come già ricordato in precedenza, sottopone la scelta di rivolgersi al proprio interno, a condizioni ulteriori rispetto all'opzione del ricorso al mercato.

In sintesi, come indicato dal Consiglio di Stato nell'ordinanza di rimessione alla Corte di Giustizia, la scelta di ricorrere all'affidamento *in house* ed all'autoproduzione è sottoposta alle seguenti condizioni:

- 1) necessità di dimostrare il “fallimento del mercato” rilevante a causa di prevedibili mancanze in ordine a “gli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche”;
- 2) obbligo di indicare gli specifici benefici per la collettività connessi all'opzione per l'affidamento *in house*.

Come correttamente il Consiglio di Stato ricorda, la normativa in esame non è la prima disposizione statale che pone dei limiti all'utilizzo dell'*in house providing*, disposizioni nel tempo motivate in relazione al contenimento della finanza pubblica, alla tutela della concorrenza, alla lotta alla corruzione.

È quindi di interesse verificare, se in passato, la Corte costituzionale, spesso chiamata a valutare tale normativa, ha ritenuto legittimi tali interventi.

In primo luogo va ricordato che è invece indubbio che il legislatore regionale non può in alcun modo incidere sulla definizione dei soggetti *in house*, come ha ricordato la Corte con sentenza 28 marzo 2013, n. 50.

Tanto rigore della Corte nei confronti dell'intervento regionale non è altrettanto rinvenibile quando è lo Stato ad intervenire, ponendo limiti che portano ad uno snaturamento di quelli che abbiamo visto come principi pacifici di libertà di scelta organizzativa a livello europeo,



Osservatorio
Legislativo
Interregionale

Firenze, 21 e 22 novembre 2019

Carlo Sanna - Regione autonoma della Sardegna

L'affidamento in house e la tutela della concorrenza

attraverso la previsione di ostacoli al ricorso all'affidamento *in house*, come nell'art. 23-bis del decreto-legge n. 112 del 2008.

Con la sentenza n. 325 del 2010, la Corte ha affermato che il diritto dell'Unione europea consente in ogni caso al legislatore interno di prevedere limitazioni dell'affidamento diretto più estese, rappresentando la legislazione europea solo un minimo inderogabile.

Nella successiva sentenza n. 46 del 2013, la Corte stabilisce che *l'in house providing* costituisce un'eccezione rispetto alla regola generale dell'affidamento a terzi mediante gara ad evidenza pubblica, che dunque assume carattere prioritario. In tal senso la disciplina dell'*in house* è di stretta interpretazione. Inoltre si afferma anche che una disciplina che favorisca i soggetti *in house* rispetto all'aggiudicante Amministrazione pubblica si potrebbe porre in contrasto con la stessa disciplina europea.

Sul profilo della legislazione statale deve peraltro ricordarsi che in tema di servizi pubblici locali, l'attuale disciplina (scaturita anche da numerosi interventi della Corte costituzionale), prevede la possibilità di ricorso all'*in house*, senza la necessità di ulteriori motivazioni rispetto al ricorso al mercato.

4. Considerazioni critiche

Dall'analisi appena effettuata emerge una netta cesura tra l'impostazione operata dal legislatore europeo e la visione restrittiva del legislatore statale.

Appare prima di tutto chiara l'impostazione delle direttive europee del 2014, che si deve peraltro ritenere non come una disciplina innovativa rispetto alla passata disciplina. È sancito chiaramente che esiste un diritto od una libertà di autoorganizzazione di ogni autorità pubblica, comprese quelle regionali e locali, che può legittimamente portare alla scelta dell'affidamento *in house*.

La potestà di autoorganizzazione rappresenta uno dei fulcri sia dell'autonomia regionale (che sul punto si esprime anche con potestà legislativa) sia dell'autonomia locale, riconosciuta direttamente dalla Costituzione. Se quindi si affermasse che il legislatore italiano può imporre ulteriori obblighi alle autorità pubbliche, si inciderebbe negativamente sull'autonomia regionale e degli enti locali.

Sul punto dell'autonomia regionale vale peraltro la considerazione che il testo unico in materia di società partecipate prevede all'art. 4, comma 5, rispetto al divieto alle società che operano in autoproduzione a costituire nuove società e di acquisire nuove partecipazioni in società, un'eccezione per le leggi regionali adottate nell'esercizio della potestà legislativa in materia di organizzazione amministrativa.

Ulteriormente le Regioni, nell'ambito delle rispettive competenze, possono deliberare l'esclusione totale o parziale dell'applicazione delle disposizioni dell'art. 4 (che prevede limitazioni all'istituzione e al mantenimento di società partecipate) a singole società, motivata con riferimento alla misura e qualità della partecipazione pubblica, agli interessi pubblici a essa connessi e al tipo di attività svolta.

Nonostante tali eccezioni, rimane il limite generale del ricorso agli affidamenti *in house*, ovviamente anche per le Regioni, in quanto bisogna distinguere tra la fase di creazione del soggetto *in house* e quella di affidamento alla stessa di un determinato appalto.



In effetti la disciplina europea, come anzi detto, delimita il ricorso all'autoproduzione tramite criteri rigorosi. In tal modo pare che il legislatore europeo predetermini i casi in cui non trova applicazione il principio di tutela della concorrenza, dunque rappresentando una sua non applicazione piuttosto che una deroga. Quando invece si superano gli anzidetti limiti si ha un'effettiva interferenza con il principio di tutela della concorrenza ed esso trova applicazione.

Se dunque la necessità di tutelare la concorrenza non pare una giustificazione valida per limitare il ricorso all'affidamento *in house*, ma il legislatore statale, peraltro opera anche in relazione alle motivazioni di contenimento della spesa pubblica e lotta alla corruzione.

Sulla tematica del contenimento della spesa pubblica, si deve ritenere che lo strumento della società *in house* non può essere visto pregiudizialmente come fonte di spesa pubblica indiscriminata, in quanto tutti gli strumenti possono essere utilizzati bene o male. D'altro canto, poi, proprio il testo unico, dirimendo l'annosa questione, ha ammesso che le società pubbliche siano sottoponibili alla procedura del fallimento (art. 14), comportando dunque una limitazione della responsabilità della pubblica amministrazione.

Stesso discorso vale per la lotta alla corruzione, cui la Corte di Giustizia dell'Unione europea si è da poco espressa sul tema del subappalto (causa C-63/18, sentenza 26 settembre 2019) escludendo la conformità di un limite massimo del 30% di ricorso al subappalto. La Corte non considera proporzionato un limite aprioristico, dovendosi valutare le limitazioni solo caso per caso. Discorso molto simile a quello che potrebbe effettuarsi nel caso in esame.

Se dunque non appare ammissibile sottoporre l'affidamento *in house* ad obblighi motivazionali aggravati rispetto al ricorso al mercato, un punto di equilibrio va comunque trovato, in quanto non è credibile che vi possa essere un affidamento *in house* che prescindendo da qualsiasi valutazione di carattere economico. Il principio di economicità, infatti, trova applicazione comunque alla pubblica amministrazione, anche quando opera al suo interno.

Se anche, dunque, venisse meno l'obbligo di motivazione specifica imposto dalla legge, una motivazione vi dovrà comunque essere seppure non nei termini di dimostrare il fallimento del mercato. Una motivazione che, pur non effettuando un diretto confronto con la soluzione di rivolgersi al mercato, dimostri, sotto il profilo della convenienza e dell'economicità, come sia soddisfatto in tal modo l'interesse pubblico sotteso, che il legislatore statale ha da tempo sacrificato o sottoposto al principio onnipotente del contenimento della spesa pubblica.