



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI TERAMO

Diritto degli appalti pubblici

Prof. Simona D'Antonio

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

A.A. 2024/2025

Argomento 5 - II

Contratti esclusi e *in house providing*

Contratti esclusi dall'applicazione del codice

- I principi desumibili dal Trattato in materia di tutela della concorrenza valgono anche per i contratti «altruistici» o «gratuiti»
- Idem per i contratti «attivi»
- Art. 13, c. 2: «esclusi», «attivi», «a titolo gratuito»
- Art. 13, c. 5: richiama i principi del risultato, della fiducia e dell'accesso al mercato (artt. 1, 2 e 3)

Appalti esclusi nei settori ordinari (art. 56)

- contratti relativi al settore delle comunicazioni elettroniche;
- contratti aggiudicati in base a norme internazionali;
- acquisto o locazione di terreni, fabbricati e immobili;
- acquisto di programmi destinati ai servizi di media audiovisivi o radiofonici;
- servizi di arbitrato e di conciliazione; alcuni servizi legali;
- servizi finanziari (emissione e vendita titoli) e prestiti;
- contratti di lavoro;
- servizi di difesa civile, di protezione civile e di prevenzione forniti da onlus;

(segue)

- servizi di trasporto pubblico per ferrovia o metropolitana;
- servizi connessi a campagne politiche;
- acquisti di modico valore di prodotti agricoli e alimentari;
- contratti nel settore dei beni culturali; servizi sociali;
- contratti nel settore della sicurezza e della difesa; contratti «secretati».
- opera pubblica realizzata esclusivamente a cura e spese del privato (c. 2).

In house providing: condizioni e modelli

- *in house providing* ≠ *contracting out* o *outsourcing*

→ autoproduzione ≠ esternalizzazione

In house providing (art. 7)

- Principio di **auto-organizzazione amministrativa** e connessa possibilità di autoproduzione, in alternativa all'esternalizzazione (c. 1).
- L'autoproduzione si realizza attraverso l'affidamento diretto a società *in house* di lavori, servizi o forniture (c. 2):
 - nel rispetto dei principi di cui agli articoli 1, 2 e 3;
 - con provvedimento motivato, nel quale occorre dare conto dei vantaggi per la collettività, anche in relazione ad obiettivi di universalità, socialità, efficienza, economicità, qualità della prestazione, celerità del procedimento e razionale impiego di risorse pubbliche.

«affidamento *in house*» (art. 3, c. 1, lett. e) All. I.1)

- affidamento di un contratto di appalto o di concessione effettuato direttamente...
- ... a una persona giuridica di diritto pubblico o di diritto privato definita dall'art. 2, c. 1, lettera o), TUSP (d. lgs. n. 175/2016)...
- ... alle condizioni indicate dagli artt. 12, dir. 24/2014/UE; 17, dir. 23/2014/UE; 28, dir. 25/2014/UE.

... a una persona giuridica di diritto pubblico o di diritto privato...

- neutralità del diritto dell'U.E. rispetto alla natura pubblica o privata dell'affidatario (ente pubblico, società di capitali); nella prassi prevale però la forma organizzativa della società di capitali;
- «persona giuridica», che può assumere forma societaria (in tal caso si applica il TUSP, che all'art. 3 prevede solo le forme della s.p.a. o della s.r.l.);
- solo formalmente è un soggetto distinto dalla P.A.;
- la disciplina della società di capitali subisce importanti deroghe (causa del contratto, meccanismi di *governance*).

natura degli atti tra provvedimento e contratto

- L'atto costitutivo della società è adottato con un provvedimento amministrativo;
- l'atto di affidamento del servizio è un provvedimento amministrativo ma i rapporti tra ente affidante e società affidataria dovrebbero trovare disciplina in un accordo;
- l'art. 3, c. 1, lett. e) All. I.1 parla di un «contratto di appalto o di concessione»;
- la relazione di controllo analogo tuttavia priva gli organi di gestione della società di qualunque margine decisionale e quindi potere contrattuale nella definizione delle condizioni delle prestazioni.

... definita dall'art. 2, c. 1, lettera o), TUSP...

- «società *in house*»: le società sulle quali un'amministrazione esercita il controllo analogo o più amministrazioni esercitano il controllo analogo congiunto, nelle quali la partecipazione di capitali privati avviene nelle forme di cui all'art. 16, c. 1, e che soddisfano il requisito dell'attività prevalente di cui all'art. 16, c. 3.

... alle condizioni indicate dalle direttive UE

- a) l'amministrazione aggiudicatrice esercita sulla persona giuridica un controllo analogo a quello da essa esercitato sui propri servizi;
- b) oltre l'80 % delle attività della persona giuridica controllata sono effettuate nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'amministrazione aggiudicatrice controllante;
- c) nella persona giuridica controllata non vi è alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto, prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata.

(art. 12 dir. 24/2014/UE)

Le 3 condizioni

1) controllo analogo

2) attività prevalente

3) proprietà pubblica (partecipazione di capitali privati ammessa solo entro certi limiti)

Controllo analogo

- Si ritiene che un'amministrazione aggiudicatrice eserciti su una persona giuridica un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi qualora essa eserciti un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della persona giuridica controllata. → **controllo diretto**
- Tale controllo può anche essere esercitato da una persona giuridica diversa, a sua volta controllata allo stesso modo dall'amministrazione aggiudicatrice. → **controllo indiretto** (c.d. *in house* «a cascata»)
- *in house* «orizzontale» (la controllata aggiudica l'appalto ad altra controllata)
- *in house* «verticale invertito» (la controllata aggiudica l'appalto alla controllante)

Controllo analogo congiunto

Si ha quando:

- a) l'amministrazione aggiudicatrice eserciti **congiuntamente** con altre amministrazioni aggiudicatrici un controllo sulla persona giuridica analogo a quello da esse esercitato sui propri servizi;
- b) oltre l'80 % delle attività di tale persona giuridica siano effettuate nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dalle amministrazioni aggiudicatrici controllanti;
- c) nella persona giuridica controllata non vi sia alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati che non comportino controllo o potere di veto prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati, che non esercitino un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata.

(segue)

È inoltre necessario che:

- i) gli organi decisionali della persona giuridica controllata siano composti da rappresentanti di tutte le amministrazioni aggiudicatrici partecipanti; singoli rappresentanti possono rappresentare varie o tutte le amministrazioni aggiudicatrici partecipanti;
- ii) tali amministrazioni aggiudicatrici siano in grado di esercitare congiuntamente un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative della persona giuridica;
- iii) la persona giuridica controllata non persegua interessi contrari a quelli delle amministrazioni aggiudicatrici controllanti.

Controllo analogo e disciplina delle società

- controllo effettivo, strutturale e funzionale (CGUE, C-182/11 e C-183/11 Econord)
- subordinazione gerarchica (Cass. SSUU n. 14040/2016; Corte cost. n. 50/2013)
- controllo organico (Cons. Stato n. 3716/2015); derivazione o longa manus (Ad. Plen. n. 1/2008)
- poteri superiori a quelli tipici del diritto societario, previsti nell'atto costitutivo, nello statuto o in appositi patti parasociali (Linee guida ANAC n. 7)
- possibile contrasto con l'art. 2380-bis cod. civ. secondo il quale la gestione dell'impresa spetta solo agli amministratori (norma imperativa)
- possibilità di derogare all'art. 2380-bis cod. civ. nello statuto (art. 16 TUSP)
- maggiore problematicità in caso di «controllo indiretto» (tramite *holding*)
- ai fini del «controllo congiunto» possibile creazione di *organi atipici* o stipula di *patti parasociali* [art. 16, c. 2, lett. c) TUSP] che però hanno effetti obbligatori e non reali.

Attività prevalente

- Oltre l'80% delle attività della persona giuridica controllata deve consistere nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'amministrazione controllante o da altre persone giuridiche controllate dalla medesima controllante;
- a tal fine rileva il fatturato totale medio, o una idonea misura alternativa basata sull'attività, come i costi sostenuti dalla persona giuridica controllata, nel settore di cui si tratta, per i tre anni precedenti l'aggiudicazione;
- in mancanza di tali dati, è sufficiente dimostrare – in base a proiezioni dell'attività – che la misura dell'attività sia credibile.

Proprietà pubblica

- Nella persona giuridica controllata non deve esservi alcuna partecipazione diretta di capitali privati;
- ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati previste dalla legislazione nazionale in conformità dei Trattati;
- a condizione che tali forme di partecipazione non comportino controllo o potere di veto e non esercitino un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata.

Disciplina dettata dal codice previgente (d. lgs. n. 50/2016)

- Era previsto un regime speciale degli affidamenti *in house* imperniato su una serie di adempimenti in materia di pubblicità e trasparenza.
- Per poter affidare contratti in via diretta a proprie società *in house* le amministrazioni aggiudicatrici dovevano essere iscritte in un apposito elenco tenuto dall'ANAC: previsione superata.
- La stazione appaltante doveva valutare preventivamente la congruità economica dell'offerta del soggetto *in house* e dare conto, nella motivazione del provvedimento di affidamento, delle ragioni del mancato ricorso al mercato e dei benefici per la collettività del modello prescelto, in relazione agli obiettivi del servizio pubblico (universalità e socialità, efficienza, economicità e qualità del servizio, ottimale impiego delle risorse pubbliche): previsione confermata (v. art. 7, c. 2).

Onere motivazionale rafforzato (art. 7, c. 2)

- La verifica, preliminare all'affidamento, della congruità economica dell'offerta del soggetto *in house* risponde agli interessi costituzionalmente tutelati della trasparenza amministrativa e della tutela della concorrenza ed è «espressione di una linea restrittiva del ricorso all'affidamento diretto che è costante nel nostro ordinamento da oltre dieci anni, e che costituisce la risposta all'abuso di tale istituto da parte delle amministrazioni nazionali e locali» (Corte cost. n. 100/2020).
- È compatibile con il diritto europeo che gli Stati membri siano liberi di «subordinare la conclusione di un'operazione interna all'impossibilità di indire una gara d'appalto e, in ogni caso, alla dimostrazione, da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, dei vantaggi per la collettività specificamente connessi al ricorso all'operazione interna» (CGUE C-89/19 e C-91/19, Rieco).

Distinzione tra prestazioni rivolte all'utenza e prestazioni strumentali

- Nel caso di prestazioni rivolte all'utenza occorre dare «conto dei vantaggi per la collettività, delle connesse esternalità e della congruità economica della prestazione, anche in relazione al perseguimento di obiettivi di universalità, socialità, efficienza, economicità, qualità della prestazione, celerità del procedimento e razionale impiego di risorse pubbliche».
- Nel caso di prestazioni strumentali (i.e. rivolte all'amministrazione controllante) è sufficiente dare conto «dei vantaggi in termini di economicità, di celerità o di perseguimento di interessi strategici».

Analisi di pronunce giurisprudenziali

in tema di *in house providing*

Origini e sviluppo dell'istituto nella giurisprudenza della Corte di Giustizia U.E.

- CGUE causa C-107/1998, Teckal (8.11.1999)
- CGUE causa C-26/2003, Stadt Halle
- CGUE causa C-458/2003, Parking Brixen
- CGUE causa C-340/2004, Carbotermo
- CGUE causa C-324/2007, Coditel Brabant
- CGUE causa C-573/2007, Sea srl
- CGUE causa C-182/2011 e C-183/2011, Econord (29.11.2012)
- CGUE causa C-553/2015, Undis

Natura giuridica della società in house: tesi pubblicistica

- Cons. Stato, Ad. Plen., 3 marzo 2008, n. 1: «delegazione interorganica».
- Cons. Stato, sez. VI, 11 dicembre 2015, n. 5643: «la società *in house* è un'articolazione della PA».
- Cass. SS.UU. 23 novembre 2013, n. 26283: è patrimonio separato dell'ente pubblico controllante; in caso di danno patrimoniale causato all'ente controllante dagli amministratori della società *in house* la giurisdizione è della Corte dei conti (Cass. SS.UU. 26 marzo 2014, n. 7177; 1 dicembre 2016, n. 24591).
- Tra ente controllante e società controllata non intercorre un vero e proprio rapporto contrattuale intersoggettivo secondo Corte cost. 20 marzo 2013, n. 46.

(segue) tesi privatistica

- Si tratta comunque di società sottoposte alla disciplina del TUSP secondo Cons. Stato, sez. III, 25 febbraio 2020, n. 1385.
- Si tratta comunque di persona giuridica distinta ed autonoma secondo Cons. Stato, parere 21 aprile 2016, n. 968; cfr. anche Cass. SS.UU., 8 luglio 2020, n. 14236; Cass., sez. I, 22 febbraio 2019, n. 5346.
- Le due impostazioni (inesistenza/esistenza di alterità soggettiva) sono riassunte in Cons. Stato, comm. spec., parere n. 438 del 16 marzo 2016.

Controllo analogo in generale

TAR Abruzzo, sez. I, 17 marzo 2022 n. 92

- Ruzzo Reti S.p.a., società a capitale interamente pubblico che gestisce il servizio idrico integrato in tutti i comuni della provincia di Teramo, aveva bandito una gara per l'affidamento in concessione mediante *project financing* dell'installazione di centrifughe di drenaggio presso i propri impianti di depurazione.
- Conclusasi la gara, l'Ente Regionale per il Servizio Idrico integrato (E.R.S.I.), esercitante il controllo analogo su Ruzzo Reti S.p.a., aveva espresso parere non favorevole alla stipula del contratto.
- La società aggiudicataria della gara propone ricorso al TAR avverso il silenzio rifiuto di Ruzzo Reti S.p.a. per mancata convocazione dell'impresa ai fini della stipulazione del contratto.

(segue)

- Il TAR dichiara inammissibile il ricorso per mancata tempestiva impugnazione del parere non favorevole espresso dall'E.R.S.I., al quale doveva riconoscersi carattere non solo obbligatorio ma anche vincolante (proprio perché si potesse configurare una relazione di controllo analogo).
- Infatti Ruzzo Reti S.p.a. è sottoposta al controllo analogo da parte di E.R.S.I. (ex Autorità d'ambito) ai sensi della L.R. n. 9/2011, la quale era stata dichiarata illegittima da Corte cost. n. 50/2013 per violazione dell'art. 117, c. 1, Cost. nella parte in cui prevedeva che il controllo analogo fosse esercitato da E.R.S.I. «nel rispetto dell'autonomia gestionale del soggetto gestore» attraverso parere (soltanto) obbligatorio sugli atti fondamentali del soggetto *in house*.
- Il ricorso viene comunque ritenuto anche infondato nel merito poiché il parere negativo dell'E.R.S.I. rappresentava giusta causa ostativa alla stipulazione del contratto.

Controllo analogo congiunto

Cons. Stato, sez. V, 30 aprile 2018, n. 2599

- Il Comune di Atesa (CH) aveva affidato *in house* il servizio di igiene urbana alla Ecolan S.p.a., società partecipata da vari enti locali della provincia di Chieti, della quale il Comune affidante era socio al 6,53% del capitale.
- Il gestore uscente (una s.r.l.) aveva impugnato gli atti di affidamento, censurando l'assenza dei requisiti dell'*in house providing*.
- Il TAR aveva accolto il ricorso ritenendo che il Comune di Atesa non disponesse dei necessari poteri di controllo analogo, essendo a tal fine insufficiente la partecipazione all'apposito comitato assembleare, privo di poteri tali da vincolare l'operato dell'organo di amministrazione della società.

(segue)

- Il Consiglio di Stato accoglie l'appello: il requisito del controllo analogo è soddisfatto nel caso di specie poiché i singoli enti pubblici possono, attraverso la partecipazione all'assemblea dei soci, nominare l'organo amministrativo ed approvare gli atti più importanti della società; inoltre l'apposito comitato assembleare dispone di poteri, nei confronti del consiglio di amministrazione, tali da rafforzare il controllo sulla società.

Attività prevalente

Cons. Stato, sez. V, ord. n. 4793/2015

- Il Comune di Sulmona aveva affidato il servizio di gestione del ciclo integrato dei rifiuti urbani alla Cogesa s.p.a., società a capitale interamente pubblico partecipata da vari comuni della Regione Abruzzo, tra i quali il medesimo Comune affidante, che deteneva il 16,6% del capitale sociale.
- La Regione Abruzzo con proprio provvedimento imponeva alla Cogesa di trattare e smaltire i rifiuti urbani di taluni Comuni della Regione che non erano soci di tale società.
- La Undis s.r.l. (società operante nel settore) impugnava l'atto di affidamento dinanzi al TAR Abruzzo, sostenendo che non vi fossero i presupposti per l'affidamento *in house*. Il TAR Abruzzo respingeva il ricorso.

(segue)

- In sede di appello, il Consiglio di Stato con l'ordinanza in epigrafe rimette alla Corte di giustizia le seguenti questioni pregiudiziali:
 - a) *«se, nel computare l'attività prevalente svolta dall'ente controllato, debba farsi anche riferimento all'attività imposta da un'amministrazione pubblica non socia a favore di enti pubblici non soci».*
 - b) *«se, nel computare l'attività prevalente svolta dall'ente controllato, debba farsi anche riferimento agli affidamenti nei confronti degli enti pubblici soci prima che divenisse effettivo il requisito del cd. controllo analogo».*

→ CGUE causa C-553/2015, Undis (8.12.2016)

- a) In materia di affidamenti diretti degli appalti pubblici detti «*in house*», al fine di stabilire se l'ente affidatario svolga l'attività prevalente per (...) gli enti territoriali che siano suoi soci e che lo controllino, non si deve ricomprendere in tale attività quella imposta a detto ente da un'amministrazione pubblica, non sua socia, a favore di enti territoriali a loro volta non soci di detto ente e che non esercitino su di esso alcun controllo. Tale ultima attività deve essere considerata come un'attività svolta a favore di terzi.
- b) Al fine di stabilire se l'ente affidatario svolga l'attività prevalente per gli enti territoriali che siano suoi soci e che esercitino su di esso un controllo analogo a quello esercitato sui loro stessi servizi, occorre tener conto di tutte le circostanze del caso di specie, tra le quali, all'occorrenza, l'attività che il medesimo ente affidatario abbia svolto per detti enti territoriali prima che divenisse effettivo tale controllo congiunto.

Proprietà interamente pubblica

Cons. Stato, sez. III, 25 febbraio 2020, n. 1385

- Un concorrente in un concorso pubblico (INPS) impugna l'esito del concorso. Per la prima prova il punteggio minimo era 21: il concorrente aveva ottenuto 19,5 punti.
- Viene in questione la risposta data al seguente quesito: «Una società in house:
 - a) non ha un organo amministrativo autonomo;
 - b) si occupa esclusivamente di gestione immobiliare;
 - c) è sempre privata;
 - d) è sempre pubblica».

La risposta data dal concorrente (lett. a) era stata considerata errata, mentre era stata indicata come corretta la risposta di cui alla lett. d).

(segue)

- Il CDS ritiene equivoca la risposta indicata dall'INPS, la quale non può considerarsi in assoluto come la sola corretta.
- Viene ricostruita la giurisprudenza (non univoca) in tema di natura giuridica della società in house; ed affrontata la questione della possibile presenza in essa di capitali privati.
- Il CDS ritiene che possa considerarsi corretta sia la risposta fornita dal ricorrente, sia quella indicata dall'INPS, e ritiene quindi fondata la censura, attribuendo 0,5 punti aggiuntivi, senza che però questo consenta al ricorrente di raggiungere il punteggio minimo di 21.