

**NOTA A CONSIGLIO DI STATO – SEZIONE QUINTA,
ORDINANZE DI RIMESSIONE ALLA CORTE DI GIUSTIZIA DELL’UNIONE
EUROPEA**

7 gennaio 2019, n. 138 e 14 gennaio 2019, n. 296

In house, libera concorrenza e rimessione alla Corte di Giustizia europea

Di CAROLA PARANO

Abstract

Le ordinanze di rimessione in esame inducono a riflettere sulla violazione dei principi di discrezionalità della P.A. e di libera concorrenza e di libero mercato in riferimento all’ affidamento in house. Problemi antichi e proiezioni future.

L’affidamento in house tra norme interne e diritto europeo

Le decisioni del Consiglio di Stato n. 239/2019 e n.138/19 di rimessione alla Corte di Giustizia Europea “ se il diritto dell’Unione Europea osti ad una disciplina nazionale che impedisca ad una 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 intenda comunque acquisire in futuro una posizione di controllo congiunto e quindi la possibilità di procedere ad affidamenti diretti in favore dell’organismo pluripartecipato” riaprono un argomento, in verità sempre molto dibattuto, dell’affidamento in house della p.a. , del relativo controllo analogo, nello specifico, di tipo congiunto e dei principi di derivazione europea di libera concorrenza e di libero mercato.

Le due ordinanze nate per riformare le sentenze del Tar Abruzzo n. 33/2018 e n. 34/ 2018 evidenziano la presunta violazione della normativa eurounitaria in materia di affidamento in house con particolare riferimento alla forma del pluripartecipato o in regime di controllo analogo congiunto.



Per entrare nel merito dell'ordinanza di revisione alla CGE si ritiene necessaria una disamina sull'evoluzione del concetto di servizio pubblico nell'ordinamento interno ed europeo, sulle caratteristiche dell'in house providing quale tecnica di affidamento diretto nella normativa comunitaria ed interna, sui principi di libero mercato e libera concorrenza nonché sull'evoluzione della giurisprudenza del Consiglio di Stato e della Corte di Giustizia Europea

Si ricorderà che con la legge Giolitti molti servizi pubblici vennero gestiti dagli enti locali mentre altri restarono nella piena amministrazione dello Stato centrale.

Con il passar del tempo però a causa di inefficienze e difficoltà di gestione iniziò il processo di privatizzazione delle aziende pubbliche cui seguì a poco a poco quello di liberalizzazione.

Ma quale sia la definizione di servizio pubblico non è delineato né dall'ordinamento interno né da quello europeo, la si può riscontrare solo negli artt. 357 e 358 del TUEL o nel dlgs 80/98

Tant'è che il Consiglio di Stato con la sentenza n. 2396/2013 ha definito la qualifica di servizio pubblico locale quale "attività caratterizzata dal perseguimento degli scopi sociali e di sviluppo della società civile, quanto alla destinazione delle risorse economiche disponibili ed all'ambito di intervento e dalla riconduzione diretta o indiretta ad una figura soggettiva di rilievo pubblico".

A questo primo concreto tentativo di definizione del servizio pubblico se ne aggiunge un altro di pari importanza che distingue il servizio pubblico economico da quello non economico, il primo consiste in attività imprenditoriali con scambio di beni e servizi, nel secondo manca lo scopo di lucro. E ancora il Consiglio di Stato con la sentenza n. 3120/15 ha affermato che "la nozione di servizio pubblico si fonda su due elementi: la preordinazione dell'attività a soddisfare in modo diretto esigenze proprie di una platea indifferenziata di utenti e la sottoposizione del gestore ad una serie di esercizi e tariffari volti a confermare l'espletamento delle attività a regole di continuità, regolarità, capacità tecnico – professionali e qualità".

Affinchè si possa parlare di servizio pubblico, assoggettato al regime pubblico speciale è necessario allora che ci sia la regolarità e la continuità nell'attività del servizio stesso, la parità di trattamento tra gli utenti e l'obbligo di prestare un minimo di servizio a prescindere dal profitto.

Nel momento in cui la p.a. decide di assumere a pubblico servizio una attività lo fa con atto discrezionale decidendo su come erogare il servizio e stabilendo un rapporto di utenza con chi ne facesse richiesta.

Fondamentale appare allora il richiamo all'obbligo di motivazione delle scelte come ci ricorda il Consiglio di Stato con la pronuncia n. 3554/17 nella quale specifica che "la scelta dell'in house providing va motivata ma costituisce un percorso ordinario alternativo all'esternalizzazione".

E arriviamo ad punto importante per la ricostruzione dell'istituto, richiamando la direttiva europea n. 23/14 nella quale sono presenti i tre modelli equiordinati della libertà della p.a. e cioè l'autoproduzione, la cooperazione tra amministrazioni e la esternalizzazione tramite le gare d'appalto.

Sulla possibilità della gestione diretta utilizzata per servizi dal valore esiguo e per la gestione indiretta mediante la nascita di un ente pubblico ad hoc, così come per le concessioni quali strumento nel quale si ha la scissione tra gestione del servizio al privato e titolarità del servizio che resta in capo alla p.a., non si ritiene di doversi soffermare dal momento che la nota de quo si riferisce al concetto di affidamento in house e di società partecipate.

L'art. 4 del dlgs 175/16 specifica quali siano le attività per le quali la p.a. può costituire e acquisire o mantenere partecipazioni in società e cioè:

- Produzione di un interesse generale, ivi inclusa la realizzazione e la gestione delle reti e degli impianti funzionali ai servizi medesimi
- Progettazione e realizzazione di un'opera pubblica sulla base di un accordo tra amministrazioni pubbliche ex art 193 del dlgs 50/16
- Realizzazione e gestione di un'opera pubblica e gestione di un servizio di interesse generale attraverso un contratto di partenariato di cui all'art. 180 del dlgs 50/16
- Autoproduzione di beni e servizi strumentali all'ente o agli enti pubblici partecipanti o allo svolgimento delle loro funzioni
- Servizi di committenza apprestati a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici di cui all'art. 3 c.1 del dlgs 50/16

In combinato con l'art. 4 va richiamato l'art.2 del dlgs 175/16 il quale recita le definizioni di controllo analogo di controllo congiunto e di società in house:

controllo analogo: la situazione in cui l'amministrazione esercita su una società di controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, esercitando un' influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della società controllata. Tale controllo può anche essere esercitato da una persona giuridica diversa a sua volta controllata allo stesso modo dall'amministrazione partecipante.

controllo analogo congiunto: la situazione in cui l'amministrazione esercita congiuntamente con altre amministrazioni su una società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi.

Società in house: le società sulle quali un'amministrazione esercita il controllo analogo o più amministrazioni esercitano il controllo analogo congiunto solo se non vi sia 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.

Oggi l'affidamento in house anche a seguito di spinte giurisprudenziali ha una propria codificazione all'interno del codice dei contratti agli artt. 5 e 192

Degno di nota è il richiamo al Trattato comunitario nel quale non si trova l'obbligo per la p.a. di esternalizzare considerato che i principi europei a tutela della libera concorrenza non impongono alla p.a. di rivolgersi al mercato.

Sicché, a seguito dell'attivazione delle procedure di infrazione nei confronti dell'Italia, la Corte di Giustizia Europea con la sentenza Teckal per l'affidamento diretto, stigmatizzò la pronuncia italiana definendo eccezionale l'affidamento in house.

Da ciò derivò l'inserimento dell'art.23 bis della L.133/08 e anche dell'art. 15 del dl.135/09 tramite il quale la p.a. poteva esternalizzare alle società miste nonché usare la procedura in house.

Nasce così una regola generale: trasmissione dell'esito della gara e della motivazione alla AGCM per un parere preventivo non vincolante.

Ma a seguito della profonda crisi finanziaria italiana si arrivò ad abrogare l'art.23 bis ed a sostituirlo con l'art. 4 della L. n. 138/11 con il quale si riaffermarono i principi dominanti del libero mercato e della libera concorrenza, imponendo alla p.a. di dare prova del fallimento del mercato in regime concorrenziale e che solo così dovesse ricorrersi all'affidamento in house

A ciò si aggiunse l'obbligo di inserire le società in house nel patto di stabilità interno e di favorire le aggregazioni tra società pubbliche per evitare l'eccessiva frammentazione delle pubbliche utilities accrescendo sempre più l'utilizzo dell'in house

Di contro, il Consiglio di Stato con la pronuncia n. 4452/11 intervenne in modo restrittivo nei confronti dell'uso dell'in house specificando che "le disposizioni che derogano alla regola della procedura di evidenza pubblica, in quanto eccezionali rispetto ai principi che informano la materia, sono di stretta interpretazione".

A ciò si aggiunse un ulteriore stravolgimento della Corte Costituzionale che portò all'abrogazione dell'art. 4 e quindi alla riespansione del modello Teckal cioè il controllo analogo, il carattere prevalente dell'attività esercitata dal controllante e la natura pubblicistica del gestore.

Nel frattempo si palesò un'altra novità normativa con la legge 124/15 nella quale veniva affidato al Governo il compito di disciplinare le società in house al fine di armonizzarle sulle modalità, sui termini e sul rapporto con il diritto comune.

Si ritiene a questo punto di voler ricordare che con tale normativa si è avuta una parziale apertura al capitale privato e alla natura sempre più imprenditoriale delle società in house tanto che l'art. 14

c.1 del TUSP prevede che anche le società in house possono essere travolte da procedure concorsuali e fallimentari.

Come appare evidente le oscillazioni in materia di in house sono state e continuano ad essere tali anche adesso.

Ecco infatti, le ordinanze oggetto della nota dimostrano che nonostante l'apparente pacificità codicistica, il rapporto tra il principio di libertà amministrativa della p.a. di scegliere tra esternalizzazione del servizio tramite gara d'appalto o autoproduzione o acquisizione e il principio europeo di libera concorrenza e di libertà dei mercati, manifesta sempre una certa conflittualità

Il Consiglio di Stato con la pronuncia nella quale richiama il considerando n.5 della direttiva 2014/24/UE ricorda la piena libertà per le amministrazioni di organizzare i propri servizi e attività e in particolare recita: e' opportuno rammentare che nessuna disposizione della presente direttiva obbliga gli Stati membri ad affidare a terzi o ad esternalizzare la presentazione di servizi che desiderano prestare essi stessi o organizzare con strumenti diversi dagli appalti pubblici ...e ricordando l'art. 12 : l'amministrazione aggiudicatrice esercita congiuntamente con altre amministrazioni aggiudicatrici un controllo sulla persona giuridica di cui trattasi analogo a quello da esse esercitato su propri servizi; l'80% delle attività di tale persona giuridica sono effettuate nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dalle amministrazioni aggiudicatrici controllanti o da altre persone giuridiche controllate dalle amministrazioni aggiudicatrici ...

E in riferimento al controllo congiunto si aggiunge che le amministrazioni aggiudicatrici lo esercitano su una persona giuridica se gli organi decisionali della persona giuridica controllata sono composti da rappresentanti di tutte le amministrazioni aggiudicatrici partecipanti , se tali amministrazioni sono in grado di esercitare congiuntamente una influenza determinante e se la persona giuridica controllata non persegua interessi contrari a quelli delle amministrazioni aggiudicatrici controllanti.

Per completare il quadro normativo va richiamata la Costituzione che all' art. 41 riconosce allo Stato ed in generale gli enti pubblici , il potere di svolgere attività a carattere imprenditoriale

Ciò, assieme a diverse spinte ad normative di derivazione europea su richiamate , ha spostato il concetto di attività della p.a. verso una forma giuridica più vicina a quella di impresa pubblica, meno rigida, trasformandosi in società di diritto privato.

Si ricorda che la discrezionalità della p.a. non è libera nel senso che deve tener conto delle norme giuridiche: sono liberi i mezzi non i fini quindi l'attività della p.a. è parzialmente libera di scegliere le forme di affidamento di un servizio.

Es la Regione non può decidere se regolamentare un'attività prevista *ex lege* ma potrà definire le modalità della regolamentazione dell'attività stessa.

L'attività discrezionale si combina con l'attività di merito della p.a. nel rapporto tra valutazioni da fare e scelte dei mezzi da adottare.

Pertanto, la p.a. non potrà prescindere dalla comparazione degli interessi collegati, dovendo effettuare una ponderazione comparativa dell'interesse pubblico con gli interessi secondari, pubblici privati e collettivi, ad esso collegati.

Sicchè, si assiste al momento in cui si esprime il giudizio attraverso una precisa attività istruttoria e quello della scelta attraverso cui la p.a. abbraccia una soluzione piuttosto che un'altra ritenendola opportuna per l'interesse pubblico.

Ecco che ritorna il richiamo all'art. 7 della l.241/90 e ss. il quale prevede la partecipazione al procedimento amministrativo di tutti i portatori di interesse antagonisti e concorrenti i quali potranno esternare le proprie ragioni nel procedimento amministrativo.

All'analisi dell'art. 7 va aggiunta quella dell'art. 3 della stessa legge sull'obbligo di motivazione del provvedimento amministrativo che non è altro che "l'esplicitazione di come si sia svolta l'attività istruttoria e del perché un interesse sia stato, nella necessaria valutazione di comparazione ponderata, ritenuto prevalente sugli altri che sono confluiti del procedimento" (Consiglio di Stato n. 1971/2007)

Come su richiamato, invece, l'art.41 della Costituzione riconosce la libertà di iniziativa economica privata.

Nel nostro ordinamento però non esiste una definizione di concorrenza intesa come elemento necessario per il libero scambio fondato sul pluralismo di mezzi e di prodotti offerti per il consumatore finale.

Solo l'art. 2595 c.c. recita: "la concorrenza deve svolgersi in modo da non ledere gli interessi dell'economia nazionale e nei limiti stabiliti dalla legge "specificando che la libertà contrattuale e di commercio trova come limite le norme e l'intervento dello Stato.

Ciò premesso, per il Consiglio di Stato, con le suddette ordinanze, l'obbligo di motivazione non appare più sufficiente come giustificazione per la scelta dell'affidamento in house, apparendo altresì in posizione contrapposta al principio del libero mercato.

E prima ancora il Tar Liguria con la pronuncia n.886/18 aveva già sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art.192 c.2 del dlgs 50/16 "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.

Parafrasando un passaggio della sentenza del Tar si specifica che “il principio per cui l’in house providing non si configura nei poteri eccezionali e derogatori di gestione dei servizi pubblici rispetto all’ordinario espletamento di una procedura di evidenza pubblica ma costituisce una delle ordinarie forme di conferimento della titolarità del servizio, la cui individuazione è rimessa alle amministrazioni, sulla base di un mero giudizio e convenienza economica”.

Ecco allora che le due posizioni oggetto di rimessione appaiono in contrasto: la prima fondata sul principio di libera discrezionalità della p.a. ex art 192 del codice dei contratti si mostra subordinata alla seconda posizione quella cioè dettata dal diritto dell’Unione Europea ; così come l’art. 12 paragrafo 3 della direttiva 2014/24/UE in tema di controllo analogo appare ostativo all’applicazione dell’art. 4 c.1 TUSP che impedisce ad una p.a. di acquisire una quota di partecipazione di un organismo pluripartecipato qualora la p.a. potesse avere posizione dominante futura e potendo procedere quindi all’affidamento in house in favore dell’organismo pluripartecipato.

Vediamo allora come la giurisprudenza del Consiglio di Stato e della Corte di Giustizia si siano già pronunciati sugli argomenti che continuano ad emergere, tanto da far scaturire le ordinanze in oggetto.

Il Consiglio di Stato con la pronuncia n. 6456/18 specifica che nell’ottemperare all’obbligo di motivazione “ è onere dell’autorità amministrativa affidante quello di rendere comunque comparabili i dati su cui il confronto viene reso con necessaria allegazione dei dati di dettaglio”.

E ancora, i giudici di Palazzo Spadaricordano che “l’affidamento diretto di attività remunerate da parte della p.a. in favore di soggetti privati in house, non può giustificarsi solo in forza di una valutazione giuridico – formale, ma deve essere sorretto dalla dimostrazione della ragionevolezza economica della scelta compiuta” . Così come alcuni Tar hanno annullato affidamenti in house perchè la motivazione della scelta della p.a. non contiene alcune valutazioni di tipo concreto, riscontrabile, controllabile, intellegibile e pregnante sui profili della convenienza della gestione prescelta.

Così come si richiama il Tar Lombardia sez. IV n.694/2017 in cui si specifica che “ la valutazione della congruità delle offerte sui soggetti in house non può essere confusa con una sorta di gara alla quale l’ente affidante dovrebbe invitare le imprese del settore fra le quali il gestore uscente del servizio”; piuttosto che il Tar Sardegna nella pronuncia n.405/2018 si specifica che “ ricorrere all’in house e non esternalizzare è ampiamente discrezionale e quindi sindacabile in sede giurisdizionale nei soli casi di illogicità manifesta ovvero di altrettanto manifesto travisamento dei fatti”.

Va aggiunto che la presunta illegittimità costituzionale dell’art.192 sollevata dal Tar Liguria per eccesso di delega richiama la pronuncia della Corte Costituzionale n. 104/17 dove si specifica che



“avere conferito al Governo l’esercizio di una posizione di funzione legislativa impone a circoscrivere adeguatamente l’ambito, predeterminandone i limiti di oggetto, di contenuto e di tempo.

A questo punto appare utile richiamare la pronuncia della Corte di Giustizia Europea n. 4973/15 la quale ha chiarito che il criterio dell’attività prevalente appare necessario per individuare un legittimo affidamento in house.

Pertanto in materia di affidamento in house, al fine di stabilire se l’ente affidatario svolga l’attività prevalente per gli enti territoriali che siano suoi soci e che esercitino un controllo analogo, occorre tener conto di tutte le circostanze del caso di specie tra le quali, l’attività che il medesimo ente affidatario abbia svolto per detti enti territoriali prima che divenisse effettivamente compiuto tale controllo.

In riferimento al controllo analogo va richiamata la nota pronuncia Econord del 2012 nella quale si chiarisce che il controllo analogo sussiste qualora l’affidatario è assoggettato al controllo effettivo, strutturale e funzionale dell’amministrazione aggiudicatrice la quale deve essere in grado di influenzare in maniera determinante sia gli obiettivi strategici sia le decisioni maggiormente rilevanti; così come la pronuncia Technische/13 sull’in house orizzontale nella quale si stabilisce che un contratto avente ad oggetto la fornitura di prodotti, concluso tra un’impresa di diritto privato detenuta dallo Stato federale e degli Stati federali, costituisce un appalto pubblico e pertanto è assoggettato alle norme di aggiudicazione di appalti pubblici previsti da detta direttiva.

Alla luce delle suddette pronunce appaiono ancora aperte le posizioni sull’elasticità della motivazione del provvedimento discrezionale così come sull’estensione del controllo analogo e sul ricorso alla esternalizzazione del servizio e certamente tali resteranno in attesa della pronuncia della Corte di Giustizia europea sull’ordinanza di remissione del Consiglio di Stato.