

## Prestazione di servizi pubblici tra gara d'appalto e affidamento *in-house*

di Enrico Ajmar

**Title:** Public services between competitive procedures and in-house providing

**Keywords:** In-house providing; Teckal; Dir. 2014/24/UE.

1. – Con la pronuncia che si va ad annotare è stata definita dalla Quarta Sezione della Corte di giustizia dell'Unione europea la causa avente ad oggetto una domanda di pronuncia pregiudiziale formulata dalla Corte suprema di Lituania, concernente l'individuazione della disciplina applicabile *ratione temporis* all'appalto pubblico conteso e la compatibilità rispetto al diritto eurounitario di una normativa interna che preveda limiti più stringenti all'affidamento diretto (tale è il fulcro della questione, come efficacemente sintetizzato dall'Avvocato generale nelle sue conclusioni).

Il caso in esame prende avvio dall'aggiudicazione di una gara per la fornitura di plurimi servizi a favore degli amministratori della città di Kaunas (Lituania) nel 2014. All'esito di tale procedura, la società Irgita risultava la vincitrice e veniva stipulato un contratto di durata triennale che prevedeva, tra gli altri aspetti, un limite massimo al volume di servizi che potevano essere chiesti all'appaltatrice, senza però stabilire una soglia minima di affari garantiti all'impresa e prevedendo un tariffario commisurato alle prestazioni effettivamente svolte.

Due anni dopo, quindi con ancora in esecuzione il contratto predetto, l'amministrazione aggiudicatrice, a seguito dell'autorizzazione da parte dell'Autorità per gli appalti pubblici lituana, procedeva ad effettuare un'operazione interna di *in-house providing* a favore di una società il cui capitale era detenuto totalmente dalla stessa aggiudicatrice ed il cui fatturato era stato generato, per l'anno precedente, in suo favore per una quota pari al 90,07%. L'oggetto dell'aggiudicazione era il medesimo di quello della gara d'appalto di due anni prima.

La società Irgita procedeva allora all'impugnativa dell'operazione, con esito negativo in primo grado ma positivo in appello.

Il caso arrivava così alla Corte suprema, che rilevava che «la causa del procedimento principale solleva la questione generale del rapporto tra operazioni interne e rispetto del principio della libera concorrenza tra operatori indipendenti» (cfr. par. 22 della pronuncia in commento).

Tale assunto si basa anche sulla posizione della giurisprudenza amministrativa nazionale che subordina la legittimità di un'operazione di *in-house providing* non solo al rispetto dei requisiti previsti dalla già menzionata sentenza Teckal, ma anche alla sua conformità ai criteri di continuità, buona qualità e accessibilità del servizio nonché della

parità di trattamento e della capacità di competere degli operatori economici fornitori di servizi (cfr. par 23 della pronuncia in commento).

Ebbene, il giudice del rinvio, dubitando della conformità di siffatta disciplina al diritto europolitario, operava un rinvio pregiudiziale *ex art. 267 TFUE* domandando se tali ulteriori restrizioni fossero compatibili con il diritto UE e se fosse legittima la loro origine giurisprudenziale.

2. – Prima di passare all'analisi del merito della controversia e della decisione della Corte, è d'uopo delineare il contesto normativo di riferimento.

Orbene, a livello europolitario la disciplina relativa all'affidamento dei pubblici servizi è stata oggetto di continui sviluppi pretori e legislativi. Trattasi infatti di un ambito di forte interesse per l'Unione, in cui si vogliono garantire la libera concorrenza tra operatori economici e la fruizione dei servizi da parte della collettività degli amministratori.

Un punto fermo che costituisce la base di partenza della successiva disciplina legislativa è la nota sentenza Teckal (sentenza 18 dicembre 1999, C-107/98), citata infatti nella pronuncia in commento, che ha sancito i requisiti per la legittimità delle operazioni di *in-house providing*. Trattasi del c.d. controllo analogo e dello svolgimento della parte più rilevante dell'attività societaria a favore delle pubbliche amministrazioni.

Più in particolare, il "controllo analogo" «tende ad assicurare che tra amministrazione pubblica titolare delle partecipazioni nella società *in-house* e quest'ultima intercorra un rapporto così stretto da assimilarla ad un organo interno della prima», rendendosi pertanto necessario che la totalità della partecipazione sia pubblica (cfr., per tutti, M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2019, p. 354).

Alla base di tale requisito vi è l'imprescindibile elemento per cui «un contratto non può essere considerato come stipulato tra persone distinte se l'operatore realizza la parte più importante della propria attività con l'ente territoriale che lo controlla» (cfr. par. 50 sentenza Teckal).

Il secondo requisito è invece finalizzato a scongiurare un'alterazione della concorrenza da parte della società pubblica che, del resto, è resa forte dalla posizione privilegiata dettata dall'affidamento diretto e dal capitale pubblico.

Sulla scia di tale storica pronuncia si è innestato un florilegio di contributi giurisprudenziali che hanno permesso di specificare i due requisiti sanciti dalla CGUE.

Tra gli altri, con la sentenza CGCE 11 gennaio 2005 (causa C-26/03) si è precisato che, nell'ambito di un rapporto intercorrente tra un'amministrazione aggiudicatrice ed una società da essa giuridicamente distinta, nella quale tale amministrazione detenga una partecipazione insieme con una o più imprese private, non è ravvisabile una situazione di controllo analogo a quello esercitato dall'ente sui propri servizi (cfr. D. Rosato, *Appalti in house: rassegna critica della giurisprudenza*, in *Rassegna avvocatura dello Stato*, n. 4/2006, pp. 46 ss. Per un autorevole commento critico, cfr. G. F. Ferrari, *Servizi pubblici locali ed interpretazione restrittiva delle deroghe alla disciplina dell'aggiudicazione concorrenziale*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 2/2005, pp. 834 ss.).

La successiva sentenza CGCE 13 ottobre 2005 (causa 458/03) ha ulteriormente sancito la necessità della stabilità del requisito del controllo analogo. Più specificamente, non vi è controllo analogo quando l'ente aggiudicatore è gravato dall'obbligo di liberarsi da parte delle quote della società affidataria, con ciò comportando la sostanziale terzietà della stessa (cfr. D. Rosato, *op. cit.*, p. 50).

Ancora, la Corte di giustizia ha avuto, tra l'altro, modo di: precisare che l'interpretazione dei requisiti Teckal deve essere restrittiva, svolgere alcune ulteriori riflessioni sull'ipotesi di partecipazione di un socio privato scelto tramite gara e sulla

prestazione, che deve avere ad oggetto l'interesse pubblico e non quello privato, per quanto meritevole di tutela e rivolto a fini sociali [cfr., rispettivamente, sentenze 6 aprile 2006 (causa C-410/04), 15 ottobre 2009 (causa C-196/08), 19 giugno 2014 (causa C-574/12), tutte annotate da G. F. Ferrari: *Ancora sui requisiti Teckal: la coperta è sempre più corta*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 3/2006, pp. 1367 ss.; *Società miste e affidamento diretto di servizi*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 1/2010, pp. 251 s.; *La Corte di giustizia tiene il punto sui requisiti Teckal*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 3/2014, pp. 1373 s.].

Nel 2014 è tuttavia intervenuta una direttiva, da recepire entro il 18 aprile 2016, la n. 2014/24/UE (c.d. direttiva appalti), che, all'art. 12, par. 1, lett. c), stabilisce che, ai fini del controllo analogo, «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» (di tale novità, che impone una parziale modifica degli orientamenti sviluppati dalla sentenza Teckal, dà ancora conto, tra gli altri, G. F. Ferrari, *La Corte di Giustizia chiude senza novità l'era "Teckal"*, in *Questa rivista*, n. 2/2017, pp. 347 s.).

Si consentono quindi partecipazioni private, pur nei limiti sopra descritti, ampliando così le strette maglie della sentenza Teckal.

Tale direttiva, peraltro, non 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» (cfr. considerando 5, richiamato nella pronuncia in commento).

3. – Dato questo preambolo sul diritto eurounitario rilevante per la risoluzione del caso di specie, l'attenzione si può focalizzare sulle disposizioni interne richiamate dal giudice del rinvio.

In particolare, la legge lituana sugli appalti pubblici riporta al par. 1 dell'art. 10 i requisiti appena menzionati, sancendo però che «nell'autorità aggiudicatrice (rectius, aggiudicataria) controllata non vi è partecipazione diretta di capitali privati», con ciò escludendo la partecipazione del privato che ormai la direttiva 2014/24/UE ammette, pur con i limiti sopra richiamati.

Inoltre, «un'operazione interna può essere conclusa solo in casi eccezionali quando siano soddisfatte le condizioni di cui al par. 1 e la continuità, la buona qualità e la disponibilità dei servizi non possano essere garantite acquistando tali servizi per mezzo di procedure di appalto pubblico», con ciò esprimendo un favor per l'esternalizzazione.

Per il periodo 2014-2017, quindi quello in cui è stata eseguita l'operazione di in-house providing oggetto del contendere, era anche necessaria un'autorizzazione da parte dell'Autorità degli appalti pubblici (come già accennato supra).

4. – Nel panorama comparato, può essere interessante un accenno al diritto italiano, che ha conosciuto in questo settore diverse discipline che si sono succedute nel tempo.

In ultimo, il T.U. in materia di società a partecipazione pubblica (d.lgs. n. 175/2016) ha definito il requisito della prevalenza, fissando all'80% il limite minimo di fatturato che deve essere conseguito per conto dell'amministrazione pubblica (cfr. art. 16, comma 3).

A differenza del diritto lituano, non si prevede l'autorizzazione da parte di un'autorità indipendente, per vero – come accennato – non più prescritta.

Il legislatore esprime però un particolare favor per l'affidamento dei servizi al mercato poiché «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» (cfr. art. 192, comma 2, Codice dei contratti pubblici).

Le pubbliche amministrazioni hanno quindi un onere motivazionale da rispettare che consente di ritenere che vi sia un rapporto regola-eccezione tra l'affidamento al mercato e l'in-house providing. A tal proposito, particolarmente significativa e attinente al caso in commento è la decisione del Consiglio di Stato di proporre una questione pregiudiziale ex art. 267 TFUE per valutare la compatibilità con il diritto eurounitario di tale gerarchia interna (cfr., ex plurimis, Cons. Stato, sez. V, ord. n. 296/2019).

Per vero, il diritto UE non esprime una particolare preferenza per l'uno o l'altro regime, lasciando liberi gli Stati di decidere, pur nel rispetto dei requisiti più volte qui riportati e dei principi di matrice europea, quale quello della libera concorrenza (cfr. ancora, in particolare, il considerando n. 5 della direttiva 2014/24/UE. Così anche l'Avvocato generale al par. 51 delle sue conclusioni al caso in commento).

5. – Ebbene, in primo luogo i giudici di Lussemburgo osservano che la disciplina applicabile al caso di specie è costituita dalla direttiva 2014/24/UE, atteso che bisogna guardare alla normativa in vigore al momento della decisione definitiva di ricorrere ad un'operazione interna. Tale soluzione è suggerita anche dall'Avvocato generale nelle sue conclusioni (par. 30), non rappresentando certamente un novum atteso che si pone in linea di continuità con la precedente giurisprudenza della Corte [cfr. Sentenze del 5 ottobre 2000, Commissione/Francia (C-337/98); dell'11 luglio 2013, Commissione/Paesi Bassi (C-576/10); del 10 luglio 2014, Impresa Pizzarotti (C-213/13), e dell'8 febbraio 2018, Lloyd's of London (C-144/17)].

Peraltro non si può mancare di osservare come tale profilo, sollevato dal giudice a quo, seppur in astratto interessante, rischi di peccare nel caso concreto di specifica rilevanza. Vero è che, essendo l'amministrazione aggiudicatrice esclusiva proprietaria della società in-house, non sarebbero ravvisabili comunque profili di censura rispetto alla previgente – e più stringente – disciplina.

Ancora, la Corte di giustizia, ridefinendo i confini della poco chiara domanda posta dai giudici lituani, chiosa che la direttiva 2014/24/UE, lungi dal privare gli Stati membri della libertà di favorire una modalità di prestazione di servizi a scapito di altre, si limita ad autorizzare gli stessi Stati membri ad escludere l'applicazione della direttiva stessa nel caso di operazioni interne rispettose dei requisiti sopra precisati (controllo analogo e attività prevalente. Cfr. parr. 43 e 44 della pronuncia in commento).

Infine, i giudici eurounitari precisano che l'art. 12, par. 1 della direttiva appalti, letto alla luce del principio di trasparenza, «deve essere interpretato nel senso che le condizioni cui gli Stati membri subordinano la conclusione di operazioni interne devono essere fissate mediante norme precise e chiare del diritto positivo... che devono essere sufficientemente accessibili e prevedibili nella loro applicazione, al fine di evitare qualsiasi rischio di arbitrarietà» (cfr. par. 57 della pronuncia in commento). Tale principio di diritto invero sorprende e disattende le conclusioni dell'Avvocato Hogan, che appaiono invece lineari e condivisibili (cfr. parr. 55 ss.). Se è vero, infatti, che tra i principi del diritto europeo vi è quello della certezza del diritto, è anche vero che – come più volte ribadito – nulla obbliga allo Stato di prevedere requisiti più stringenti per procedere ad operazioni di in-house providing; men che meno la direttiva sembra

suggerire o addirittura imporre lo strumento mediante il quale prevedere eventuali limitazioni.

Ad ogni modo, in conclusione, spetta al giudice del rinvio valutare se l'operazione interna eseguita nel corso dell'esecuzione del contratto d'appalto precedentemente stipulato con l'impresa privata abbia dato luogo a violazioni del contratto medesimo o del principio di trasparenza enucleato in sentenza.

In proposito, assume senz'altro importanza il profilo del legittimo affidamento, da valutare in concreto tenuto anche in considerazione che, come accennato supra, la stazione appaltante non ha contrattualmente garantito un volume minimo di affari all'impresa.

Enrico Ajmar  
Dip.to di Giurisprudenza  
Università degli Studi di Genova  
*enricojmar@gmail.com*