

ARTICOLO 7

L'affidamento a società in house

Luca Tufarelli
Giulia Fabrizi

Soppresso l'elenco dell'ANAC delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società in house

Il Dlgs 36/2023 all'articolo 7 reca la disciplina sull'*in house providing* nell'ambito del "Principio di auto-organizzazione amministrativa". Principio che trova la sua declinazione a livello europeo all'articolo 2 direttiva 2014/23/UE, secondo cui le pubbliche amministrazioni "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".

La novella legislativa, che si applicherà agli affidamenti successivi al 1° luglio 2023, semplifica in parte la preesistente disciplina dell'*in house providing*. La semplificazione, come si vedrà, rileva tanto sotto il profilo dell'onere motivazionale richiesto alle amministrazioni in sede di affidamento, quanto sotto il profilo della soppressione dei controlli *ex ante* demandati all'Anac in relazione ai requisiti richiesti dalla normativa comunitaria per l'affidamento *in house*.

L'istituto dell'*in house providing*

Il cd. "*in house providing*" è un istituto di derivazione comunitaria delineato dalla giurisprudenza

della Corte di Giustizia UE mediante il quale una pubblica amministrazione può affidare l'espletamento di un servizio pubblico in via diretta ed in deroga all'evidenza pubblica ad una società equiparabile, dal punto di vista sostanziale, ad una propria articolazione.

La celebre sentenza della Corte di giustizia CE, 18 novembre 1999, causa C-107/98, *Teckal*, ha fissato gli elementi costitutivi dell'istituto affermando che, per escludere l'applicazione delle direttive in materia di appalti pubblici, occorre che, nel contempo, l'ente eserciti sul soggetto affidatario «**un controllo analogo a quello da esso esercitato sui propri servizi e questa persona realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che la controllano**».

Le direttive europee 23, 24 e 25/2014 hanno positivamente la disciplina dell'istituto, recependo, in gran parte, gli orientamenti espressi in materia dalla Corte di giustizia.

La disciplina europea è stata a sua volta recepita interamente a livello nazionale agli artt. 5 e 192 del Dlgs 50/2016 nonché al decreto legislativo 175/2016 recante il Testo Unico delle Società Pubbliche ("Tusp").

La nuova disciplina

A differenza del Dlgs 50/2016 che all'articolo 5 reca la disciplina sostanziale dell'*in house* e all'articolo 192 la disciplina delle modalità di affidamento, l'articolo 7 del Codice 2023 si occupa in generale dei principi e delle modalità di affidamento senza una disciplina di dettaglio.

La regolamentazione pare doversi definire per il rinvio alle direttive poste dall'art. 3, comma 1, lett. e) dell'All. I.1, dove si definisce «affidamento in house», l'affidamento di un contratto di appalto o di concessione effettuato direttamente a una persona giuridica di diritto pubblico o di diritto privato definita dall'articolo 2, comma 1, lett. o), del Dlgs 175/2016 e alle condizioni rispettivamente indicate dall'articolo 12, par. 1, 2 e 3, della dir. 24/2014/UE e dall'articolo 17, par. 1, 2 e 3 della dir. 23/2014/UE, nonché, per i settori speciali, dall'articolo 28, par. 1, 2 e 3, della dir. 24/2014/UE.

Sul punto va d'altra parte segnalato che per un verso le direttive pongono delle regole self-executing e per altro verso il Tusp reca ancora una serie di disposizioni che costituiscono recepimento delle direttive stesse, anche se con qualche lacuna.