



IL PRINCIPIO DI AUTOORGANIZZAZIONE AMMINISTRATIVA

PROF. SERGIO FOÀ

PROVINCIA DI MODENA - 27 NOVEMBRE 2025

ART. 7 D.LGS. 36/2023

2

Prof. Sergio Foà

► Art. 7. (Principio di auto-organizzazione amministrativa)

1. Le pubbliche amministrazioni organizzano autonomamente l'esecuzione di lavori o la prestazione di beni e servizi attraverso l'auto-produzione, l'esternalizzazione e la cooperazione nel rispetto della disciplina del codice e del diritto dell'Unione europea.



LA TENDENZIALE EQUIPARAZIONE TRA MODELLI DI «ACQUISIZIONE» DELLE PRESTAZIONI

ART. 7 D.LGS. 36/2023

3

Prof. Sergio Foà

LE NOVITÀ DEL CODICE DEL 2023 RISPETTO AL PRECEDENTE:

- Il principio di auto-organizzazione viene riferito non solo ai lavori e ai servizi **ma anche ai beni**, in modo da coprire l'intero panorama dei contratti pubblici e superare alcuni dubbi interpretativi suscitati dalla limitazione ai soli servizi della formulazione dell'art. 192, comma 2, del precedente Codice, d.lgs. n. 50 del 2016.

- Il nuovo Codice interviene specificamente sulla motivazione per il ricorso all'in house, chiarendo che il ricorso a tale modello gestionale è accomunato all'affidamento mediante il ricorso al mercato **dall'applicazione dei medesimi principi indicati agli artt. 1, 2 e 3**



(principio del risultato, principio della fiducia, principio dell'accesso al mercato)

ART. 7 D.LGS. 36/2023

4

Prof. Sergio Foà

LE NOVITÀ DEL CODICE DEL 2023 RISPETTO AL PRECEDENTE:

La concorrenza, in particolare, è funzionale a conseguire il miglior risultato possibile nell'affidare ed eseguire i contratti. Si collega così il risultato, inteso come fine, alla concorrenza, intesa come metodo (sulla scorta di quanto avviene per l'art. 97 Cost., in cui il buon andamento è legato all'imparzialità, al punto da essere stati considerati per lungo tempo una vera e propria endiadi).

In questa direzione, la "concorrenza" è funzionale a perseguire un risultato "virtuoso", che accresca la qualità, diminuisca i costi, aumenti la produttività, etc. L'affermazione interessa ovviamente anche le scelte di auto-produzione della pubblica amministrazione, non potendosi ammettere una diversa lettura secondo la quale la P.A. non cura più l'interesse pubblico, perché il suo obiettivo diventa la gara.



LA NUOVA LETTURA DEL PRINCIPIO DI CONCORRENZA

ART. 7 D.LGS. 36/2023

5

Prof. Sergio Foà

LE NOVITÀ DEL CODICE DEL 2023 RISPETTO AL PRECEDENTE:

L'ALLINEAMENTO ALLA GIURISPRUDENZA DELLA CGUE

Con specifico riguardo al rapporto tra in house e mercato, la Corte di giustizia UE ha ribadito (pur salvando la disciplina italiana sui limiti all'in house) che **il diritto UE non impone il mercato, ma solo il rispetto della concorrenza se l'amministrazione sceglie di rivolgersi al mercato**. Ne consegue che se un "risultato" può essere realizzato meglio in «autoproduzione», la P.A. lo può (e forse lo deve) fare, perché il suo compito è curare gli interessi della collettività, che non necessariamente coincide con la sollecitazione pro-concorrenziale degli interessi economici delle imprese a competere per avere un contratto.



Cons. Stato, Sez. V, ord. 7 gennaio 2019, n. 138, cui è seguita la pronuncia in via pregiudiziale della **Corte di Giustizia UE, ord. 6 febbraio 2020, in cause riunite da C-89/19 a C-91/19, Rieco S.p.a.** Con riferimento alla disciplina del Codice del 2016, cfr. S. FOÀ, L'ostilità italiana verso gli affidamenti in house (al vaglio della Corte di Giustizia UE e della Corte costituzionale), in *Dir. econ. impresa*, n. 1/2019, 9 ss.

ART. 7 D.LGS. 36/2023

6

Prof. Sergio Foà

LE NOVITÀ DEL CODICE DEL 2023 RISPETTO AL PRECEDENTE:

L'ALLINEAMENTO ALLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE

Anche la Corte costituzionale con **sentenza n. 131 del 2020**, sui rapporti tra tutela della concorrenza, da un lato, e solidarietà/sussidiarietà orizzontale dall'altro, afferma che la concorrenza non è un fine, ma uno strumento, che può essere “sacrificato” se ci sono interessi superiori da realizzare ⁹⁶. Si tratta di una lettura che orienta la scelta tra mercato e autoproduzione, recuperando la c.d. “amministrazione del fare”, per troppo tempo sacrificata in base a visioni nazionali prive di fondamento nel diritto UE, a favore di un'amministrazione che si limita, con l'obbligo di esternalizzazione, a “far fare agli altri” (così si esprime letteralmente la Relazione al Codice).



Cons. Stato, Sez. V, ord. 7 gennaio 2019, n. 138, cui è seguita la pronuncia in via pregiudiziale della **Corte di Giustizia UE, ord. 6 febbraio 2020, in cause riunite da C-89/19 a C-91/19, Rieco S.p.a.** Con riferimento alla disciplina del Codice del 2016, cfr. già S. FOÀ, L'ostilità italiana verso gli affidamenti in house (al vaglio della Corte di Giustizia UE e della Corte costituzionale), in *Dir. econ. impresa*, n. 1/2019, 9 ss.

Autoproduzione Vs. Esternalizzazione secondo il Consiglio di Stato (prima del d.lgs- 36/2023)

7

Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza 23 febbraio 2021, n. 1596

Vantaggi in house: riserva in capo all'ente comunale maggiore controllo rispetto alle decisioni strategiche e alla gestione del servizio, nonché flessibilità dell'organizzazione delle attività rispetto alle previsioni contrattuali, insite nel rapporto organico che intercorre tra amministrazione e società in house. Tale controllo rappresenta un elemento da non sottovalutare affatto, soprattutto considerando alcuni aspetti delicati che si presentano nel corso della gestione di un servizio pubblico locale, come i sistemi tariffari a carico degli utenti, nonché il rischio che dalla gestione privata possano generarsi degli extraprofitti a scapito di una più efficiente gestione del servizio.

La gestione in house eviterebbe potenziali contenziosi che, invece, potrebbero sorgere nell'ambito del rapporto pubblico-privato.

Debolezze in house: maggiori vincoli negli investimenti da effettuare, l'assenza di competizione sul prezzo che vi sarebbe stata, invece, qualora fosse stata esperita una gara, nonché l'impossibilità di applicare penali nel caso in cui la società controllata sia inadempiente rispetto agli obblighi di servizio.

L'affidamento ad un operatore economico terzo consentirebbe di evitare le criticità di cui sopra e, altresì, di avvalersi del *know how*, della professionalità nonché del maggior rischio del privato.

ART. 7 D.LGS. 36/2023

► Art. 7. (Principio di auto-organizzazione amministrativa)

2. Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti possono affidare direttamente a società in house lavori, servizi o forniture, nel rispetto dei principi di cui agli articoli 1, 2 e 3. Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti adottano per ciascun affidamento un provvedimento motivato in cui danno 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. In caso di prestazioni strumentali, il provvedimento si intende sufficientemente motivato qualora dia conto dei vantaggi in termini di economicità, di celerità o di perseguimento di interessi strategici. I vantaggi di economicità possono emergere anche mediante la comparazione con gli standard di riferimento della società Consip S.p.a. e delle altre centrali di committenza, con i parametri ufficiali elaborati da altri enti regionali nazionali o esteri oppure, in mancanza, con gli standard di mercato.



LA MOTIVAZIONE PER L'AFFIDAMENTO IN HOUSE

I contenuti della motivazione per l'affidamento in house

- ▶ 1) Il rispetto dei tre principi: (Principio del risultato) (Principio della fiducia) (Principio dell'accesso al mercato)
- ▶ 2) 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
- ▶ 3) per prestazioni strumentali (quindi NON di servizio pubblico): vantaggi in termini di economicità, di celerità o di perseguimento di interessi strategici (mediante standard Consip, centrali di committenza, standard di mercato)

- ▶ È sufficiente una motivazione più semplice con riferimento alla riduzione di tempi e costi sulla base di parametri predeterminati e oggettivi di raffronto, sul modello dell'art. 10 d.l. 31 maggio 2021 n. 77 (c.d. decreto semplificazioni-bis, convertito in legge n. 108 del 2021) relativo alle convenzioni aventi ad oggetto il supporto tecnico operativo delle società in house. Ai fini della legittimità dell'affidamento *in house* occorrerà, quindi, una motivazione concentrata prevalentemente su ragioni di convenienza economica, anche con riferimento a parametri oggettivi e predeterminati di rapporto qualità/prezzo.
- ▶ riferimento agli standard della società Consip S.p.a. (società per azioni, partecipata al 100% dal Ministero dell'Economia e delle Finanze, che opera, secondo gli indirizzi strategici dell'azionista, al servizio esclusivo della pubblica amministrazione, intervenendo con strumenti e metodologie per la digitalizzazione degli acquisti pubblici). Essa trova il suo fondamento normativo, anche nella funzione di *benchmark* svolta dalle convenzioni quadro dalla stessa stipulate. Accanto agli standard Consip sono indicati altri parametri a cui è possibile fare riferimento tenuto conto della tipologia di prestazione e, in mancanza, agli standard di mercato: si tratta di parametri accomunati dalla predeterminazione e dell'oggettività.

L'affidamento dei SIEG locali

11

Prof. Sergio Foà

- ▶ Art. 7 d. lgs. n. 36/2023

3. L'affidamento in house di servizi di interesse economico generale di livello locale è disciplinato dal decreto legislativo 23 dicembre 2022, n. 201.



- ▶ Rinvio al Testo unico sui servizi locali, che a sua volta rinvia al Testo unico sulle società partecipate

L'affidamento dei SIEG locali

12

Prof. Sergio Foà

- ▶ L'articolo 14, comma 2, del D. lgs. 201/2022 prevede un **minimo comun denominatore di requisiti che devono essere rispettati al fine di motivare correttamente la scelta della modalità di gestione**. In particolare:
 - ▶ l'analisi delle caratteristiche tecniche ed economiche del servizio da prestare;
 - ▶ la situazione delle finanze pubbliche, nonché dei costi per l'ente locale e per gli utenti;
 - ▶ l'analisi dei risultati che si avrebbero nel caso in cui si ricorresse a forme alternative di gestione;
 - ▶ l'esame della precedente gestione del medesimo servizio sotto il profilo degli effetti sulla finanza pubblica, della qualità del servizio offerto, dei costi per l'ente locale e per gli utenti e degli investimenti effettuati

L'affidamento dei SIEG locali

13

Prof. Sergio Foà

- ▶ L'articolo 14, comma 3, del D. lgs. 201/2022: la Relazione prima di avviare «la procedura di affidamento»
- ▶ 3. Degli esiti della valutazione di cui al comma 2 si dà conto, **prima dell'avvio della procedura di affidamento del servizio, in un'apposita relazione nella quale sono evidenziate altresì le ragioni e la sussistenza dei requisiti previsti dal diritto dell'Unione europea per la forma di affidamento prescelta**, nonché illustrati gli obblighi di servizio pubblico e le eventuali compensazioni economiche, inclusi i relativi criteri di calcolo, anche al fine di evitare sovracompensazioni”.

L'affidamento dei SIEG locali

14

Prof. Sergio Foà

► Ad esempio:

Corte dei Conti, Sez. controllo per la Regione siciliana, deliberazione 26 settembre 2023, n. 315

con riferimento alla scelta di cui all'art. 14 del D.lgs. n. 201/2022 ha stabilito che **sia necessaria una SWOT Analysis**, da intendersi come uno strumento di pianificazione strategica per il raggiungimento di un obiettivo.

In particolare, tale analisi implica che per ciascuna delle opzioni praticabili debbano individuarsi:

- punti di forza (strength);
- debolezza (weakness);
- opportunità (opportunities);
 - minaccia (threat).

DECRETO LEGISLATIVO 23 dicembre 2022, n. 201.

Riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica

15

Prof. Sergio Foà

- ▶ Art. 17. Affidamento a società in house
- ▶ 1. Gli enti locali e gli altri enti competenti possono affidare i servizi di interesse economico generale di livello locale a società in house, nei limiti e secondo le modalità di cui alla disciplina in materia di contratti pubblici e di cui al decreto legislativo n. 175 del 2016.



- ▶ Il rinvio, oltre al d.lgs. 36/2023, è all'art. 16 del d.lgs. 175/2026 (TUSP), che prevede i requisiti per l'affidamento in house: controllo analogo, vincolo dell'80% del fatturato a favore delle p.a. (e deroghe) e irregolarità (e possibile sanatoria) in caso di violazione

DECRETO LEGISLATIVO 23 dicembre 2022, n. 201. Riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica

16

► Art. 17. Affidamento a società in house

2. Nel caso di affidamenti in house di importo superiore alle soglie di rilevanza europea in materia di contratti pubblici, fatto salvo il divieto di artificioso frazionamento delle prestazioni, gli enti locali e gli altri enti competenti adottano la deliberazione di affidamento del servizio sulla base di una **qualificata motivazione** che dia espressamente conto delle ragioni del mancato ricorso al mercato ai fini di un'efficiente gestione del servizio, illustrando, anche sulla base degli atti e degli indicatori di cui agli articoli 7, 8 e 9, i benefici per la collettività della forma di gestione prescelta con riguardo agli investimenti, alla qualità del servizio, ai costi dei servizi per gli utenti, all'impatto sulla finanza pubblica, nonché agli obiettivi di universalità, socialità, tutela dell'ambiente e accessibilità dei servizi, anche in relazione ai risultati conseguiti in eventuali pregresse gestioni in house, tenendo conto dei dati e delle informazioni risultanti dalle verifiche periodiche di cui all'articolo 30.



LA MOTIVAZIONE PER L'AFFIDAMENTO IN HOUSE DELLA GESTIONE DEI SIEG

LA MOTIVAZIONE «QUALIFICATA» PER L'AFFIDAMENTO IN HOUSE DEI SIEG (SOPRA SOGLIA) E IL SUO CONTENUTO SPECIALE RISPETTO A QUELLA DEL CODICE APPALTI

► Qualificata motivazione:

- 1) che dia espressamente conto delle ragioni del mancato ricorso al mercato ai fini di un'efficiente gestione del servizio,
- 2) illustrando, anche sulla base degli atti e degli indicatori di cui agli articoli 7, 8 e 9 (cioè indicazioni delle autorità di regolazione dei servizi a rete e non a rete e misure di coordinamento delle Province)
- 3) i benefici per la collettività della forma di gestione prescelta con riguardo agli investimenti, alla qualità del servizio, ai costi dei servizi per gli utenti, all'impatto sulla finanza pubblica, ...
- 4) nonché agli obiettivi di universalità, socialità, tutela dell'ambiente e accessibilità dei servizi, anche in relazione ai risultati conseguiti in eventuali pregresse gestioni in house, tenendo conto dei dati e delle informazioni risultanti dalle **verifiche periodiche di cui all'articolo 30.**



Tale ricognizione rileva, per ogni servizio affidato, il concreto andamento dal punto di vista economico, della qualità del servizio e del rispetto degli obblighi indicati nel contratto di servizio, in modo analitico, tenendo conto anche degli atti e degli indicatori di cui agli articoli 7, 8 e 9 (appendice alla Relazione di cui all'art. 20 TUSP)

Le verifiche periodiche di cui all'art. 30 d. lgs. 201/2022

18

Prof. Sergio Foà

- “I comuni o le loro eventuali forme associative, con popolazione superiore a 5.000 abitanti, nonché le città metropolitane, le province e gli altri enti competenti, in relazione al proprio ambito o bacino del servizio, effettuano la ricognizione periodica della situazione gestionale dei servizi pubblici locali di rilevanza economica nei rispettivi territori. Tale ricognizione rileva, per ogni servizio affidato, il concreto andamento dal punto di vista economico, della qualità del servizio e del rispetto degli obblighi indicati nel contratto di servizio, in modo analitico, **tenendo conto anche degli atti e degli indicatori di cui agli articoli 7, 8 e 9. La ricognizione rileva altresì la misura del ricorso all'affidamento a società in house, oltre che gli oneri e i risultati in capo agli enti affidanti.** 2. La ricognizione di cui al comma 1 è contenuta in un'apposita relazione ed è aggiornata ogni anno, contestualmente all'analisi dell'assetto delle società partecipate di cui all'articolo 20 del decreto legislativo n. 175 del 2016. Nel caso di servizi affidati a società in house, la relazione di cui al periodo precedente costituisce appendice della relazione di cui al predetto articolo 20 del decreto legislativo n. 175 del 2016. (...).”

L'ULTERIORE RAFFORZAMENTO DELLA MOTIVAZIONE «QUALIFICATA» PER I SERVIZI A RETE

19

- Art. 17 co. 4 d.lgs. 201/2022: Per i servizi pubblici locali a rete, alla deliberazione di cui al comma 2 è allegato un piano economico-finanziario che, fatte salve le discipline di settore, contiene anche la proiezione, su base triennale e per l'intero periodo di durata dell'affidamento, dei costi e dei ricavi, degli investimenti e dei relativi finanziamenti, nonché la specificazione dell'assetto economico-patrimoniale della società, del capitale proprio investito e dell'ammontare dell'indebitamento, da aggiornare ogni triennio. Tale piano deve essere asseverato da un istituto di credito o da una società di servizi iscritta all'albo degli intermediari finanziari ai sensi dell'articolo 106 del testo unico di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, o da una società di revisione ai sensi dell'articolo 1 della legge 23 novembre 1939, n. 1966, o da revisori legali ai sensi del decreto legislativo 27 gennaio 2010, n. 39.



Le autorità di regolazione individuano, per gli ambiti di competenza, i costi di riferimento dei servizi, lo schema tipo di piano economico-finanziario, gli indicatori e i livelli minimi di qualità dei servizi (art. 7, co. 1):

servizio idrico integrato, rifiuti, TPL su strada

Corte conti, sez. contr. reg.le Lombardia, sent. 25 ottobre 2022, n. 161

- “Sempre a titolo esemplificativo, si rileva che nell'ambito di un'analisi comparativa dei punti di forza e debolezza dei tre modelli gestionali **per lo svolgimento del servizio di igiene urbana**, è stata considerata adeguata la motivazione che rimanda ad una relazione che 'sottolinea i vantaggi della scelta del modello in house, dati tra l'altro: dalla riserva in capo all'ente comunale della direzione strategica e dalla maggiore capacità di controllo sulla gestione; dall'esperienza maturata dalla società in house nella gestione del servizio, tale da consentirle di offrire un progetto maggiormente rispondente alle esigenze dello stesso; dalla maggiore flessibilità nell'organizzazione delle attività rispetto alle previsioni contrattuali, insite nel rapporto organico tipico dell'in house providing, e dalla riduzione di organico. Non manca al riguardo una disamina delle criticità insite nel modello in questione, individuate tra l'altro nei maggiori vincoli agli investimenti in risorse umane e strumentali; nell'assenza di competizione sul prezzo quale vi sarebbe stata in gara e nell'impossibilità di applicare penali in caso di inadempienze contrattuali. (...)”

Corte conti, sez. contr. reg.le Lombardia, sent. 25 ottobre 2022, n. 161

La relazione svolge quindi un'analoga analisi per il modello del ricorso al mercato, del quale sono individuati quali punti di forza: la professionalità e l'esperienza nel settore; l'assunzione di responsabilità per l'esecuzione del servizio in via esclusiva in capo all'operatore privato; la competizione sul prezzo in sede di gara; una maggiore capacità di investimenti, cui però si contrappone l'assenza delle sinergie tipiche dell'in house providing derivanti dall'alterità soggettiva dell'appaltatore rispetto all'amministrazione; e i rischi di contenzioso tra le due parti (Cons. St., sent. n. 1596 del 23 febbraio 2021).

Una volta evidenziati i punti di forza' e debolezza' dei diversi modelli (ivi compresa la società mista), la metodologia della attribuzione di punteggi in relazione ai singoli punti di forza e debolezza per giungere alla decisione finale sul modello gestorio da scegliere è corretta”.

- Relativamente ai servizi pubblici locali non a rete, per i quali non opera un'Autorità di Regolazione, il Ministero delle Imprese e del Made in Italy, con Decreto Direttoriale n. 639 del 31/08/2023, pubblicato in data 25/09/2023, in attuazione di quanto disposto dall'art. 8 del D. Lgs. n. 201/2022, ha adottato le linee guida necessarie alla redazione del Piano Economico Finanziario e lo schema contenente l'individuazione degli indicatori di qualità



Ad esempio:

parcheggi, impianti sportivi, servizi cimiteriali, luci votive, trasporto scolastico

► **T.A.R. Roma, (Lazio) sez. I, 07/02/2025, n. 2865**

L'art. 3, co. 1, lett. e), dell'Allegato I.1. del d.lgs. 36/2023 subordina gli affidamenti in house « alle condizioni rispettivamente indicate dall'art. 12, paragrafi 1, 2 e 3, della Direttiva 24/2014/UE e dall'art. 17, paragrafi 1, 2 e 3 della Direttiva 23/2014/UE », cioè ai medesimi presupposti per l'affidamento di contratti a società in house « in deroga » alle disposizioni in materia di evidenza pubblica precedentemente recepiti nell'art. 5 del d.lgs. 50/2016. Ciò rende attuale la questione controversa, che attiene alla possibilità per un Comune e gli altri enti soci di affidare l'attività di committenza ad ASMEL quale società in house.

Giurisprudenza amministrativa

24

Prof. Sergio Foà

- ▶ **LA POSIZIONE DI ANAC DOPO L'ABROGAZIONE DELL'ART. 192 D.LGS. 50/2016**
- ▶ l'Autorità, premettendo di avere interesse ad una decisione di merito in quanto titolare, anche dopo l'abrogazione dell'art. 192 del d.lgs. 50/2016, di poteri di vigilanza sugli affidamenti in house, ai sensi dell'art. 222, co. 3, lett. a) e g), del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36,
- ▶ mette in luce come la giurisprudenza amministrativa abbia, a più riprese, rilevato l'insussistenza delle condizioni per la qualificazione di ASMEL come organismo di diritto pubblico, necessaria ad operare come centrale di committenza, propendendo per la sua «natura privatistica» (Cons. Stato, V, 6 dicembre 2021, n. 8072) - anche per la forma giuridica prescelta, non rientrante tra quelle previste dagli artt. 30 e ss. del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, per l'aggregazione della funzione di committenza di più enti locali - e dichiarato l'illegittimità delle clausole dei documenti di gara che imponevano il pagamento di un contributo a favore della società da parte degli aggiudicatari per contrasto con l'art. 41, co. 2-bis, d.lgs. 50/2016 (Cons. Stato, V, 6 maggio 2021, n. 3538 e 14 marzo 2022, n. 1782), aggiungendo, tra l'altro, che la stessa ASMEL ha reiteratamente rivendicato, nei contenziosi in cui non è coinvolta l'A.n.a.c., di non rientrare nel novero degli organismi di diritto pubblico;

Segue...

- ▶ **LA POSIZIONE DI ANAC DOPO L'ABROGAZIONE DELL'ART. 192 D.LGS. 50/2016**
- ▶ ANAC insiste, poi, sull'incompatibilità tra l'esercizio del controllo analogo congiunto e la struttura di ASMEL, partecipata da centinaia di enti locali, sulla presenza costante di soggetti privati negli organi decisionali della società, accertata anche dalla Guardia di Finanza, che avrebbe contestualmente verificato la mancanza di un'effettiva partecipazione alle vicende della società dei soci pubblici, nemmeno informati del provvedimento di diniego dell'A.n.a.c. e della proposizione dei ricorsi dinanzi a questo Tribunale, e, più in generale, sul carattere imprenditoriale dell'attività svolta, anche per effetto dei collegamenti, assicurati da alcune persone fisiche, con altre società.

► LA POSIZIONE DI ANAC DOPO L'ABROGAZIONE DELL'ART. 192 D.LGS. 50/2016

T.A.R. Roma, (Lazio) sez. I, 07/02/2025, n. 2865

- pur non essendo più in vigore, ad oggi, il d.lgs. 50/2016 e, quindi, il suo art. 192 sull'elenco dei soggetti che operano mediante affidamenti in house gestito dall'A.n.a.c., abrogato dall'art. 226, co. 1, del d.lgs. 36/2023 dal 1° luglio 2023, permane integro il potere di controllo su tali affidamenti da parte dell'A.n.a.c., alla quale l'art. 222, co. 3, del nuovo codice devolve il compito di vigilare «... sui contratti esclusi dall'ambito di applicazione del codice» (lett. a) e «...sul divieto di affidamento dei contratti attraverso procedure diverse rispetto a quelle ordinarie» (lett. g), tra i quali quelli a società in house.

T.A.R. Roma, (Lazio) sez. I, 07/02/2025, n. 2865: difetto del controllo analogo (per «dipendenza economica» dei soci dalla società in house)

- Non può che concludersi, quindi, per la ragionevolezza e la logicità del provvedimento gravato nella parte in cui rileva che **l'allentamento della condizione di dipendenza economica tra i soci e la ricorrente che il sistema di remunerazione utilizzato nell'ambito del sistema ASMEL è idoneo a generare si traduce in un depotenziamento del controllo dei soci sulla società**, con conseguente difetto del requisito di cui all'art. 12, par. 1, lett. b), della direttiva 24/2014/UE.

T.A.R. Roma, (Lazio) sez. I, 07/02/2025, n. 2865: difetto del controllo analogo (per partecipazione pulviscolare)

Prof. Sergio Foà

- ▶ L'A.n.a.c., infatti, rilevando un «continuo aggiornamento della compagine societaria con nuovi soci in entrata e in uscita», ha concluso che «la partecipazione di un elevatissimo numero di comuni associati (oggi risultano ufficialmente **843 gli enti soci**) comporta che il singolo Comune socio abbia in concreto un potere sempre più parcellizzato e diluito in quanto condiviso con un elevatissimo numero di soci (in continua evoluzione) e, pertanto, alquanto limitato sulla vita societaria».
- ▶ «una partecipazione pulviscolare è in principio inidonea a consentire ai singoli soggetti pubblici partecipanti di effettivamente incidere sulle decisioni strategiche della società, cioè di realizzare una reale interferenza sul conseguimento del c.d. fine pubblico di impresa (come in precedenza ricostruito) in presenza di interessi contrastanti e, in ultimo, impeditivi. La particolare modestia della partecipazione al capitale normalmente si riflette infatti in **una debolezza sia assembleare sia, di riflesso, amministrativa** (la quale può di fatto essere compensata solo in situazioni eccezionali dove altri equilibri refluiscano a compensare questa debolezza). Ciò avviene in modo difficilmente rimediabile nei casi in cui, per fronteggiare questa debolezza, tra i vari enti pubblici così partecipanti in termini minimali non siano stati previsti strumenti negoziali – ad es., patti parasociali – che possano dar modo alle amministrazioni pubbliche di coordinare e dunque rinforzare la loro azione collettiva e, in definitiva, di assicurare un loro controllo sulle decisioni più rilevanti riguardanti la vita e l'attività della società partecipata...[sicché]... **una partecipazione pulviscolare priva di adeguati strumenti di coordinamento con le partecipazioni di altri soggetti pubblici, non consente o mette in discussione il raggiungimento di tale obiettivo**»
- ▶ (Cons. Stato, V, 23 gennaio 2019, n. 578).

- ▶ **T.A.R. Roma, (Lazio) sez. V, 15/07/2024, n.14395**
- ▶ Nel settore del trasporto pubblico locale, l'in house providing è una modalità ordinaria di affidamento dei servizi, perfettamente alternativa al ricorso al mercato, secondo quanto previsto dall'art. 32, d.lg. 23 dicembre 2022 n. 201 («Riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica»), il quale richiama in materia il regolamento Ce n. 1370/2007 del 23 ottobre 2007 (relativo ai servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovie e che abroga i regolamenti del Consiglio Cee n. 1191/69 e n. 1107/70).

Segue...

- ▶ **T.A.R. Roma, (Lazio) sez. V, 15/07/2024, n.14395**
- ▶ In tale esatto contesto, con la successiva d.G.R. n. 1253 del 29 dicembre 2022, si è provveduto ad approvare la documentazione di affidamento redatta in conformità alla deliberazione ART n. 154/2019 ed è stato dato mandato ad ASTRAL S.p.A. – società regionale che svolge il ruolo di Soggetto attuatore e stazione appaltante per interventi in materia di viabilità e trasporti – in ossequio alla l.r. n. 28/2019, art.7, commi 31-35 e ss.mm.ii., di pubblicare l'avviso per l'affidamento mediante procedura competitiva dei servizi nelle 11 unità di rete, ai sensi dell'art. 5, par. 2 del Regolamento CE n. 1370/2007.
- ▶ **La scelta della Regione di affidare i servizi urbani ed interurbani delle unità di rete mediante procedure competitive evidenzia la volontà di non sottrarre “aprioristicamente” il TPL al mercato**, ma di applicare le varie modalità di affidamento previste dal legislatore, nonché i diversi modelli di programmazione dei servizi (diversi bacini per i servizi urbani ed interurbani, un bacino unico regionale per i servizi extraurbani).

Segue...

- ▶ **T.A.R. Roma, (Lazio) sez. V, 15/07/2024, n.14395**
- ▶ **La deroga alla regola/eccezione del precedente Codice contratti pubblici:**
- ▶ Ed infatti non trova in questo settore applicazione la regola prevista dall'art. 192, comma 2, d.lgs. n. 50 del 2016 incentrata sulla comparazione tra gli opposti modelli di gestione dell'in house providing e del ricorso al mercato, giacché non è qui previsto un rapporto di regola ed eccezione fra l'uno e l'altra (cfr., al riguardo, CGUE, 24 ottobre 2019, causa C-515/18, in cui si pone in risalto che le autorità nazionali competenti che intendano procedere all'aggiudicazione diretta di un contratto di servizio pubblico di trasporto pubblico locale non sono tenute né a pubblicare o comunicare agli operatori economici potenzialmente interessati tutte le informazioni necessarie affinché essi siano in grado di predisporre un'offerta sufficientemente dettagliata e idonea a costituire oggetto di una valutazione comparativa, né a svolgere una valutazione comparativa tra tali offerte; la decisione, pur riferita al trasporto ferroviario, afferma principi ben estensibili al trasporto su strada).

Segue...

- ▶ **T.A.R. Roma, (Lazio) sez. V, 15/07/2024, n.14395**
- ▶ **La deroga alla regola/eccezione del precedente Codice contratti pubblici:**
- ▶ Tale impostazione è confermata a livello nazionale dall'art. 61 della legge n. 99 del 2009 (recante Disposizioni per lo sviluppo e l'internazionalizzazione delle imprese, nonché in materia di energia), secondo cui «anche in deroga alla disciplina di settore» le amministrazioni competenti all'aggiudicazione di contratti di servizio di trasporto pubblico locale «possono avvalersi delle previsioni» di cui al citato art. 5, par. 2, Regol. n. 1370/2007.
- ▶ Così già art. 18, comma 1, lett. a), d.lgs. n. 50 del 2016 esclude dalla propria applicazione le «concessioni di servizi di trasporto pubblico di passeggeri ai sensi del regolamento (CE) n. 1370/2007» **(nello stesso senso, cfr. oggi l'art. 149, comma 4, d.lgs. n. 36 del 2023).**

- ▶ T.A.R. Venezia, (Veneto) sez. III, 13/03/2024, n.480: la perduranza dell'obbligo di motivazione
- ▶ In base all'art. 192, comma 2, del d.lgs. n. 50 del 2016, per poter ricorrere al modello dell'in house, devono essere esplicitate in modo chiaro le ragioni del relativo affidamento, con specifico riferimento alla prospettiva economica, sicché la p.A. deve valutare in modo specifico la convenienza dell'affidamento del servizio secondo lo schema dell'in house rispetto all'alternativa costituita dal ricorso al mercato, attraverso una comparazione tra dati da svolgersi mettendo a confronto operatori privati operanti nel medesimo mercato, al fine di dimostrare che quello fornito dalla società in house è il servizio economicamente più conveniente ed in grado di garantire la migliore qualità ed efficienza; **e l'importanza della comparazione con le offerte reperibili sul mercato, in termini di convenienza economica, emerge da ultimo anche dall'art. 7, comma 2, del d. lgs. n. 36 del 2023.**

T.A.R. Milano, (Lombardia) sez. I, 28/02/2024, n. 536

- Nel sotto sistema dei servizi pubblici locali di rilevanza economica disciplinati dal Decreto Legislativo 23 dicembre 2022, n. 201, la scelta del modello di gestione è sindacabile da un'impresa del settore solo nel momento in cui la società in house è posta in grado di operare sul mercato con l'atto di affidamento del servizio, in quanto solo in quel momento si crea quel danno concorrenziale che comporta la lesività degli atti per gli altri operatori del settore; a sostegno di questa tesi deve rammentarsi che le ragioni del mancato ricorso al mercato di cui all'art. 17 c. 2 d.lgs. n. 201 del 2022 non possono che essere valutate al momento di entrata della società sul mercato; a ciò si aggiunge che, ai sensi dell'art. 5 del Decreto Legislativo 19 agosto 2016, n. 175, la costituzione di una società da parte della pubblica amministrazione o l'acquisto di partecipazioni, anche indirette, da parte di amministrazioni pubbliche in società già costituite è soggetto a controllo della Corte dei Conti e ad impugnazione all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, a conferma che il controllo di legalità di questi atti fuoriesce dalle strette maglie dell'interesse a ricorrere personale e diretto tipico del processo amministrativo e si conforma a modelli di controllo posti nell'interesse pubblico generale, confermando quindi che la lesività di tali atti nei confronti degli interessi legittimi dei privati è soltanto indiretta e dev'essere mediata da un altro atto qual è l'affidamento diretto del servizio.

- ▶ **T.A.R. Parma, (Emilia-Romagna) sez. I, 13/12/2023, n. 354**
- ▶ All'internalizzazione operata con l'affidamento in house providing non si applicano le regole concorrenziali per la scelta del contraente, in ragione dell'assenza di effettiva terzietà tra soggetto affidatario e soggetto affidante, venendo in rilievo (nel rispetto del requisito strutturale del controllo analogo, di quello funzionale della destinazione dell'attività prevalente e di quello sostanziale della partecipazione pubblica quasi totalitaria, nonché di un obbligo di motivazione rafforzato che dia conto del fallimento del mercato, della congruità economica dell'offerta dell'affidatario e dei benefici per la collettività dell'opzione di internalizzazione) una scelta espressione del potere di autorganizzazione dell'Amministrazione, con esclusione del ricorso al mercato.

- ▶ **T.A.R. Parma, (Emilia-Romagna) sez. I, 13/12/2023, n. 354**
- ▶ Àncora Servizi Società Cooperativa Sociale, parte ricorrente, società che gestisce strutture e servizi nei settori socioassistenziali e sociosanitari, alcuni dei quali forniti in regime di accreditamento, ai sensi della Legge 8 novembre 2000, n. 328 e della Legge Regionale dell'Emilia-Romagna 12 marzo 2003 n. 2, nell'ambito territoriale di competenza dell'Unione Montana dei Comuni dell'Appennino Reggiano (in seguito Unione Montana), promuove l'odierno gravame **contestando la scelta di internalizzazione operata dalle amministrazioni resistenti con riferimento ai servizi alla stessa direttamente accreditati fino al 31 dicembre 2022.**

- ▶ **T.A.R. Parma, (Emilia-Romagna) sez. I, 13/12/2023, n. 354**
- ▶ All'internalizzazione operata con l'affidamento in house providing non si applicano le regole concorrenziali per la scelta del contraente, in ragione dell'assenza di effettiva terzietà tra soggetto affidatario e soggetto affidante, venendo in rilievo, sempre nel rispetto degli indicati presupposti applicativi, una scelta espressione del potere di autorganizzazione dell'Amministrazione, con esclusione del ricorso al mercato.
- ▶ Devono, pertanto, ritenersi infondate le censure relative alla mancata partecipazione alla procedura dell'operatore uscente, alla luce del consolidato orientamento per cui l'obbligo di comunicare l'avvio del procedimento non opera nei confronti di quanti subiscano solo effetti riflessi dal provvedimento emanando e che, pur potendo essere legittimati ad impugnarlo, non siano da considerarsi tecnicamente come suoi destinatari. Nella circostanza, a ben vedere, **una volta scaduto l'«accreditamento» a suo tempo concesso alla ricorrente, era pienamente e liberamente tornato all'Amministrazione il potere decisionale circa le modalità di gestione del servizio, con decisione finale che quindi ha prodotto solo effetti riflessi sulla posizione dell'operatore uscente, a questo punto equiparato a quanti, nel settore, hanno astratto interesse all'affidamento del servizio, e per questo neppure titolare di una posizione differenziata rispetto agli altri aspiranti gestori.**

- ▶ T.A.R. Reggio Calabria, (Calabria) sez. I, 06/04/2023, n. 305: motivazione lacunosa
- ▶ Illegittimamente l'amministrazione motiva la scelta per l'affidamento diretto ex art. 192, comma 2, d.lg. n. 50/2016 concentrando e (sostanzialmente) limitando le proprie valutazioni sul solo profilo della convenienza della scelta di internalizzazione del servizio, omettendo, invece, di esplicitare, attraverso un'analisi economica approfondita basata su dati oggettivi e non elusiva del disposto normativo, le ragioni di preferenza per l'affidamento in house rispetto al ricorso all'evidenza pubblica in punto di convenienza economica. Invero, il parametro della valutazione sulla congruità economica non confluisce — per come suggerito dal carattere 'preventivo' imposto per la relativa verifica — nel quadro della più complessiva valutazione inerente all'opportunità della scelta di internalizzazione del servizio, ancorata agli ulteriori parametri normativi previsti dalla norma di cui alla norma citata. I due profili valutativi hanno, infatti, autonoma rilevanza (nella fattispecie, il collegio ha osservato che la valutazione operata figura comunque lacunosa e contraddittoria, essendo stata condotta, in assenza di indagini di mercato e richieste di preventivi ad altri operatori, ponendo ad unico dato di confronto l'offerta presentata dalla stessa ricorrente nell'ambito di una pregressa procedura per la fornitura di software. Vizio aggravato dal rifiuto, per mere ragioni formali, di acquisire la più recente proposta economica trasmessa dall'interessata proprio in vista dell'imminente scadenza della proroga del contratto. Tale *modus procedendi* contrasta, secondo il collegio, con la disciplina che — come indicato dall'ANAC nello schema di linee guida in tema — presuppone l'acquisizione di informazioni sul contesto concreto e attuale al momento dell'affidamento).

- ▶ **Cassazione civile sez. un., 28/02/2023, ord. n. 5972**
- ▶ Le controversie relative al rinnovo o alla proroga di un precedente contratto stipulato da una società "in house" appartengono alla giurisdizione del giudice ordinario, dal momento che concernono comportamenti rispetto ai quali le parti assumono posizioni paritetiche e non già l'esercizio, anche mediato, di poteri autoritativi della pubblica amministrazione, non implicando un sindacato amministrativo la scelta della società di stipulare polizze senza ricorrere a una gara o ad una nuova procedura di affidamento diretto.

- ▶ **T.A.R. Bologna, (Emilia-Romagna) sez. II, 18/01/2023, n. 18**
- ▶ Nel caso in cui un servizio pubblico sia stato affidato ad una società in house senza indizione di gara, l'acquisizione di detta società da parte di un altro operatore economico durante il periodo di validità dell'affidamento diretto è tale da costituire un cambiamento di una condizione fondamentale dello stesso affidamento e comporta la necessità di indire una gara.



L'operazione di fusione per incorporazione di società in house società terza (non avente gli stessi requisiti) dopo l'entrata in vigore dell'art. 34 comma 22 legge n. 221/2012 determina la perdita dei requisiti essenziali per affidamento diretto di servizi pubblici.