

Direttiva Appalti 24/2014/UE

L'analisi delle Regioni

Sala Consiglio – Palazzo della Cooperazione – Roma 9 giugno 2015

La nuova disciplina dell'in-house

Direttiva V Corte Europea di Giustizia ?

L'ESORDIO DELL'*IN HOUSE* NELLE NUOVE DIRETTIVE

1. La disciplina dell'*in house* per la prima volta nelle Direttive
2. L'art. 12 della Direttiva 2014/24/UE è rubricato nella Sezione 3 “**Esclusioni**” con il titolo “**Appalti pubblici tra enti del settore pubblico**”.
3. L'art. 12 della Direttiva 2014/24/UE è riprodotto letteralmente nell'art. 17 della Direttiva 2014/23/UE e nell'art. 28 della Direttiva 2014/25/UE, così per i rispettivi consideranda.

L'ESORDIO DELL'*IN HOUSE* NELLE NUOVE DIRETTIVE

La topografia dell'art. 12

- Art. 12, paragrafi 1 - 3. **In house verticale.** Appalto pubblico aggiudicato da una amministrazione aggiudicatrice a una persona giuridica di diritto pubblico o di diritto privato.
- Art. 12, paragrafo 4. **In house orizzontale.** Contratto concluso tra due o più amministrazioni aggiudicatrici.
- Art. 12, paragrafo 5. Il metodo per determinare la percentuale di attività dell'affidataria sul mercato e nei confronti dell'ente affidante.

IL PRINCIPIO DI CONCORRENZA E QUELLO DI AUTOPRODUZIONE

Considerando 5 della Direttiva 23. Make or Buy ?

“È opportuno rammentare che nessuna disposizione della presente direttiva 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 ai sensi della presente direttiva”.

IL PRINCIPIO DI CONCORRENZA V QUELLO DI AUTOPRODUZIONE

La conferma dell'equiordinazione dei principi:

1. Art. 106 TFUE “Le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme dei trattati, e in particolare alle regole di concorrenza, **nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata**”.
2. Art. 2 Direttiva 2014/23/UE “. La presente direttiva riconosce il principio per cui le autorità nazionali, regionali e locali possono liberamente organizzare l'esecuzione dei propri lavori o la prestazione dei propri servizi in conformità del diritto nazionale e dell'Unione. Dette autorità **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**”.
3. Sentenza Consiglio di Stato Sez. V, n.4599/2014. “**L'affidamento diretto in house lungi dal configurarsi un ipotesi eccezionale o residuale di gestione dei servizi pubblici locali – costituisce invece una delle (tre) forme organizzative delle stesse**”.

PRIMA SOLO I PRINCIPI DELLA CORTE EUROPEA DI GIUSTIZIA

Condizioni della giurisprudenza CEG per l'*in house* verticale:

- **Controllo analogo.** L'ente aggiudicatore deve esercitare sul soggetto aggiudicatario un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi. Si deve trattare di una influenza determinante sugli obiettivi strategici e le scelte importanti.
- **Attività prevalente.** Il soggetto affidatario deve svolgere l'attività prevalente nei confronti del soggetto aggiudicatore mentre le altre attività nel mercato devono avere un carattere marginale.
- **Partecipazione pubblica totalitaria.**
 - a) Il soggetto affidatario deve avere una partecipazione pubblica totalitaria, ed è sufficiente che lo sia al momento dell'affidamento dell'appalto.
 - b) La pluripartecipazione di soggetti pubblici nell'affidatario è ammessa, ciascun soggetto pubblico deve poter esercitare un controllo congiunto sulle scelte del soggetto affidatario.

Le condizioni per *in house* della Direttiva

- 1. Controllo analogo.** L'ente aggiudicatore deve esercitare sul soggetto aggiudicatario un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi. Si deve trattare di una influenza determinante sugli obiettivi strategici e le scelte importanti.
- 2. Attività prevalente.** paragrafo 1, lett. b) art. 12. Il soggetto affidatario deve svolgere l'attività prevalente nei confronti del soggetto aggiudicatore nella misura dell'80% (considerando 32).
- 3. Partecipazione pubblica totalitaria.**
paragrafo 1, lett. c) art. 12. La regola è che il soggetto affidatario deve essere partecipato da soggetti pubblici in modo totalitario.
Partecipazione dei privati (considerando 32) è l'eccezione quando:
 - a) i privati non devono avere controllo o potere di veto;
 - b) i privati non devono avere una influenza determinante sulla persona giuridica controllata;
 - c) la presenza dei privati deve essere prescritta da disposizioni legislative nazionali.

Gli aspetti critici

- **Il recepimento obbligatorio.** Disposizione a recepimento obbligatorio, riguarda l'ambito soggettivo e oggettivo di applicazione della direttiva (Esclusioni). La disciplina dell'*in house* è strumentale alla definizione del perimetro di applicazione della Direttiva, è possibile ampliare le condizioni di ammissibilità nell'ordinamento interno? A) Ampliamento no - es. attività prevalente abbassata 60% - B) restrizioni - es. attività prevalente elevata al 100 % - (divieto di gold plating ?).
- **Attività prevalente** è stata fissata all'80%. Il 20 % dell'attività dell'affidataria può essere realizzato nel libero mercato anche partecipando a gare.
 - Le qualifiche ottenute attraverso l'affidamento diretto possono essere spese per partecipare in gare pubbliche concorrenziali ?
 - La simulazione per le società strumentali ai sensi dell'art. 13, comma 1 del dl 223/2006 (società a capitale pubblico costituite da enti locali o regionali per la produzione di beni e servizi strumentali alla loro attività).
 - La simulazione per le società di servizi pubblici locali con rilevanza economica per effetto della sentenza della Corte Costituzionale 199/2011

Gli aspetti critici

3. La partecipazione dei privati.

Partecipazione dei privati (considerando 32) è l'eccezione quando:

c) la presenza dei privati deve essere prescritta da disposizioni legislative nazionali.

a) i privati non devono avere controllo o potere di veto. Quali sono i limiti quantitativi di partecipazione sociale? Che limiti statutari devono avere le quote/azioni dei privati ? Il privato deve essere scelto mediante procedimento concorrenziale ?

b) i privati non devono avere una influenza determinante sulla persona giuridica controllata. Quale sono i confini di questa disposizione ?;

Simulazione per le società strumentali

DUE SUGGERIMENTI AL LEGISLATORE

1. Pro-concorrenziale. Attribuire ad un organismo di controllo (Anticorruzione/AGCOM) la verifica delle condizioni di ammissibilità degli affidamenti in house.
2. Creare degli standard per definire i confini delle categorie di influenza determinante, controllo e veto che consentono ai privati di essere presenti nel capitale sociale.



Avv. Massimo Ricchi

Componente Esperto Legale della Struttura Tecnica di Missione presso il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti

**Docente e Referente scientifico Master LUISS Business School
EMIC - “Executive Master Imprese di Costruzione”**

Docente Master in “Procurement Management” Roma Università di Tor Vergata

Docente Master “BIM – Building Information modeling” Roma Università “La Sapienza”



+39 347 225 3268



ricchi.massimo@gmail.com