

Col nuovo codice degli appalti più trasparenza anche nei rapporti tra gli stessi enti pubblici

Con il nuovo Codice degli appalti il legislatore, in attuazione di quanto previsto dalle direttive comunitarie, ha disciplinato per la prima volta l'istituto dell'in house providing, una modalità alternativa all'appalto pubblico, con cui l'Amministrazione, tramite un soggetto controllato, autoproduce anziché acquisire sul mercato i beni e i servizi di cui ha bisogno. I requisiti dell'in house sono stati elaborati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, a partire dalla sentenza Teckal. Il primo di essi è il controllo analogo: l'Amministrazione deve esercitare sul soggetto affidatario un controllo diretto, analogo a quello esercitato sui propri organi. Corollario di tale requisito è che il soggetto affidatario sia interamente partecipato dall'Amministrazione controllante. Altro requisito, infine, è l'attività prevalente: l'attività dell'affidatario deve essere svolta prevalentemente nell'interesse dell'Ente controllante.

Tali requisiti sono stati interpretati in modo restrittivo dalla Corte di Giustizia, che ha più volte ribadito la natura eccezionale di questo istituto. A oggi, il nuovo Codice degli appalti, recependo in toto le norme comunitarie, ha allargato le maglie dell'in house consentendo un'interpretazione più ampia dei suoi requisiti. Per esempio, con riferimento al requisito del controllo analogo, il legislatore, ha previsto forme di controllo ulteriori al controllo diretto, esercitato direttamente dall'Amministrazione controllante sul soggetto affidatario. Ci si riferisce al controllo cosiddetto indiretto, esercitato dall'Amministrazione tramite un terzo soggetto, a sua volta da essa controllato; oppure al controllo «invertito» o «capovolto», tipico delle ipotesi di bidirezionalità o dei casi in cui il soggetto affida-

DI RAFFAELE FRAGALE*

tario affida a sua volta un contratto all'Amministrazione controllante senza procedura di evidenza pubblica; nonché al controllo orizzontale, in cui l'Amministrazione affidante e il soggetto affidatario sono entrambi controllati da un terzo soggetto. Da ultimo, conformemente all'orientamento già espresso dalla Corte di Giustizia, il nuovo Codice ha introdotto anche il controllo congiunto, esercitato da più amministrazioni nei confronti di un soggetto unico cui è congiuntamente affidato un bene o servizio.

Quanto al requisito dell'attività prevalente, il nuovo Codice, superando i precedenti contrasti giurisprudenziali, ha definito l'attività minima che il soggetto affidatario deve svolgere a favore dell'Amministrazione controllante, che deve essere superiore all'80% delle proprie attività. A questo proposito, va segnalato il particolare meccanismo di sanatoria previsto dallo schema del testo unico sulle società a partecipazione pubblica, ancora in corso di definitiva approvazione. L'art. 16 consente alla società pubblica partecipata, nel caso di violazione della sopraccitata soglia, di rinunciare ai rapporti in eccesso con soggetti terzi, così da rientrare nei limiti di percentuale fissati dal legislatore. Secondo un recente parere del Consiglio di Stato, questa previsione andrebbe eliminata in quanto in contrasto con la struttura dell'in house, come definita dal legislatore e dalla giurisprudenza comunitaria. Con riferimento al requisito della totale partecipazione pubblica, il nuovo Codice, in perfetta linea con le disposizioni comunitarie, ha previsto una rilevante novità. Esso consente

una minima partecipazione di capitali privati al ricorrere delle seguenti condizioni: la partecipazione deve essere prescritta dalla legislazione nazionale; deve essere conforme ai Trattati; non deve comportare il controllo della persona giuridica o il potere di veto; non deve essere tale da determinare un'influenza dominante sulla persona giuridica controllata. Infine, il nuovo Codice prevede due nuovi strumenti idonei a garantire la trasparenza e la pubblicità. Prescrive che ogni atto di affidamento sia adeguatamente motivato, in particolare con riguardo al mancato ricorso al mercato. In secondo luogo, prevede l'istituzione presso l'Autorità Anticorruzione (Anac) di un elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società.

In definitiva, è possibile concludere che l'intervento normativo, pienamente in linea con le direttive comunitarie, assegna all'in house una nuova veste. Certamente, il nuovo Codice definisce aspetti e profili assai delicati, prima oggetto di numerosi dubbi interpretativi, come la configurabilità di forme di controllo indiretto o congiunto. Nel far questo, però, il legislatore si spinge oltre, fino a tollerare una connotazione privatistica dell'in-house (quanto a partecipazione e attività prevalente), che sembra collidere con la sua vocazione originaria e totalmente pubblicistica. In questa metamorfosi dell'in house, sarà senz'altro determinante il ruolo dell'Anac, preposta a una funzione di controllo sia in fase preliminare, al momento dell'iscrizione nell'elenco in house, che successiva, in occasione del suo continuo aggiornamento. (riproduzione riservata)

* studio Satta Romano e Associati

