

*Corso per le imprese pubbliche locali
nell'ambito dei conti pubblici territoriali
del Lazio*

Roma 11.12.18

Docente: Gianluca Formichetti

La gara a doppio oggetto: il Tar Lazio

- Per affidare in via diretta un servizio a una società mista, occorre che il socio privato sia stato scelto con gara a doppio oggetto – per la scelta del socio e per l’affidamento del servizio – e che il servizio da affidare sia ben determinato, sia come ambito che come tempistica, e non sia generico.
- Il Tar Lazio (Tar Lazio, sez. Il bis, 6 luglio 2018, n.7524) si pronuncia sulle condizioni che devono sussistere affinché la gara a doppio oggetto (per la scelta di un socio privato e per l’affidamento del servizio) sia valida ai fini dell’affidamento diretto di un servizio alla società mista medesima.
- La sentenza del Tar premette che le regole applicative che presiedono all’affidamento diretto di servizi a società miste pubblico-private per le quali via stata una previa gara cd. “a doppio oggetto” (per la scelta del socio privato e per l’affidamento del servizio) sono state indicate dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale.
- La giurisprudenza citata muove dalla differenza tra la società in house e la società mista.

La gara a doppio oggetto: il Tar Lazio

- Essa consiste nel fatto che la prima agisce come un vero e proprio organo dell'Amministrazione dal punto di vista sostanziale, mentre la diversa figura della società mista a partecipazione pubblica, in cui il socio privato è scelto con una procedura ad evidenza pubblica, presuppone la creazione di un modello nuovo, nel quale interessi pubblici e privati trovino convergenza.
- In quest'ultimo caso, l'affidamento di un servizio ad una società mista è ritenuto ammissibile a condizione che si sia svolta una unica gara per la scelta del socio e l'individuazione del determinato servizio da svolgere, delimitato in sede di gara sia temporalmente che con riferimento all'oggetto (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 30 settembre 2010, n. Sez. VI, 16 marzo 2009, n. 1555 e Corte Giustizia, sez. III, 15 ottobre 2009, C-196/08, Acoset).
- La Corte di Giustizia ha, così, ritenuto l'ammissibilità dell'affidamento di servizi a società miste, a condizione che si svolgesse in unico contesto una gara avente ad oggetto sia la scelta del socio privato (socio non solo azionista, ma soprattutto operativo) sia l'affidamento del servizio già predeterminato con obbligo della società mista di mantenere lo stesso oggetto sociale durante l'intera durata della concessione.
- La chiave di volta del sistema è, dunque, rappresentato dal fatto che l'oggetto sia predeterminato e non genericamente descritto, poiché altrimenti sarebbe agevole l'aggiornamento delle regole pro-competitive a tutela della concorrenza.
- In particolare, sempre con riferimenti ai requisiti della gara a doppio oggetto, i criteri di scelta del socio privato si devono riferire non solo al capitale da quest'ultimo conferito, ma anche alle capacità tecniche di tale socio e alle caratteristiche della sua offerta in considerazione delle prestazioni specifiche da fornire, in guisa da potersi inferire che la scelta del concessionario risulti indirettamente da quella del socio medesimo.
- La gara a doppio oggetto, dove l'oggetto sociale della società mista era del tutto generico e onnicomprensivo
- Nel caso di specie, oggetto della sentenza del Tar Lazio, è stato ritenuto che l'oggetto sociale della gara del 1997 era del tutto generico ed onnicomprensivo, idoneo a far ricadere, potenzialmente, qualsiasi servizio nel suo perimetro e, per conseguenza, del tutto idoneo a integrare i requisiti per l'affidamento diretto di un servizio.
- In altre parole, non è possibile l'affidamento diretto ad una società ad oggetto "generalista".
- Pertanto, poiché la gara a doppio oggetto del 1997 era stata indetta con un bando che indicava un oggetto eccessivamente ampio, non delimitabile e, pertanto, non determinabile ai fini della tutela della concorrenza, **si devono ritenere carenti le necessarie specificazioni ai fini dell'affidamento dei lavori relativi a degli impianti di depurazione.**

La gara a doppio oggetto: il Tar Lazio

- Altra pronuncia
- Il modulo della società mista, il cui socio privato è da individuarsi all'esito della gara cd. "a doppio oggetto", può essere utilizzata per la realizzazione e gestione di opere pubbliche ovvero di servizi pubblici di interesse generale, con allocazione di tutto o parte del cd. "rischio operativo" in capo alla società affidataria dell'attività gestoria da prestare in favore dell'utenza pubblica.
- Non può al contrario farsi ricorso a tale strumento per i "servizi strumentali" da prestarsi a favore dell'amministrazione affidante nella cornice negoziale di un contratto di appalto pubblico, a fronte di un corrispettivo da quest'ultima erogato e senza alcuna traslazione dei rischi operativi di gestione in capo alla costituenda società mista.
- Questo il principio espresso dal Tar Lazio con la sentenza n. 1089 del 30 gennaio 2018.
- Nel caso di specie l'ente aveva indetto una gara a doppio oggetto per la creazione di una nuova società a capitale misto (49% socio privato di minoranza), alla quale affidare la gestione di alcuni servizi di interesse generale, quali i servizi di ausiliario scolastico, di assistenza al trasporto scolastico, di pulizia nelle strutture educative e scolastiche a gestione diretta e di manutenzione e pulizia del verde (servizi prima affidati nella forma dell'appalto di servizi).
- Tale scelta, già contestata dall'Antitrust nel parere n. AS1456, è stata ritenuta illegittima dai giudici amministrativi in quanto contrastante sia con la disciplina dettata dal d.lgs. 175/2016 sia con i principi operanti nell'ambito dell'affidamento dei contratti pubblici, di cui al d.lgs. 50/2016.

La gara a doppio oggetto: il Tar Lazio

- Gli artt. 4, comma 2, lett. c), e 17 comma 1 del d.lgs. 175/2016 tratteggiano l'istituto dell'affidamento a società mista con gara a doppio oggetto quale possibile strumento di coinvolgimento del capitale privato solo per attività di "*realizzazione e gestione di opere pubbliche o di servizi pubblici di interesse generale*", con allocazione di tutto o parte del "rischio operativo" in capo alla società affidataria dell'attività gestoria da prestare all'utenza pubblica.
- In particolare, i servizi di pulizia o di manutenzione del verde non possono configurarsi in termini di servizi pubblici da rendere all'utenza, essendo ontologicamente strutturati nella forma di attività da rendere alla committenza pubblica nella veste di appalto.
- Inoltre, la scelta di costituire una nuova società partecipata rispetto all'acquisizione dei servizi sul mercato mediante gara ad evidenza pubblica deve essere adeguatamente motivata sotto il profilo economico finanziario, sul piano della convenienza e della sostenibilità finanziaria.
- E' dunque necessario dare evidenza delle ragioni che giustificano la scelta di tale soluzione rispetto alle altre legittimamente prospettabili e concretamente percorribili e, in particolare, rispetto all'acquisizione dei servizi sul mercato mediante gare ad evidenza pubblica.
- Tale soluzione organizzativa, inoltre, nell'ottica di una razionale ed efficiente razionalizzazione delle partecipazioni societarie (artt. 20 e 24 del d.lgs. 175/2016), deve fondarsi su una rigida e accorta ricognizione circa l'impossibilità ovvero la non convenienza ad assegnare le attività alle entità societarie di proprietà o comunque controllate dall'amministrazione già esistenti sul mercato.

La gara a doppio oggetto: l'AGCM

- La costituzione delle società miste, quali strumenti giuridico – organizzativi a disposizione degli enti locali per gestire servizi di interesse generale, richiede molta attenzione e cautela, in specie nella procedura attraverso cui selezionare il partner privato e il contestuale servizio da affidare al medesimo.
- In questo senso, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato con il parere As 1529, pubblicato sul Bollettino del 13 agosto 2018, n. 13, ha ribadito che in fase di costituzione di una società mista, l'acquisto della partecipazione da parte del socio privato deve:
 - -) trovare esatta corrispondenza con il servizio dedotto nell'affidamento indicato nella gara;
 - -) essere coerente con la permanenza del partner privato nel capitale sociale, che deve essere limitata alla durata del contratto di servizio;
 - -) prevedere l'obbligo in capo al socio privato di dismettere la quota al termine dell'affidamento.
- A ciò si aggiunga, che l'Autorità ha ribadito che i servizi messi a gara possono essere accorpati soltanto quando per le attività relative sia possibile dimostrare un'interconnessione operativa con il servizio principale, in forza delle sinergie ricavabili dalla gestione combinata delle prestazioni in capo alla società mista.
- Come è noto, si tratta di principi consolidati in giurisprudenza e codificati nell'art. 17 del Testo unico sulle società a partecipazione pubblica (d. lgs. n. 175/16).

La gara a doppio oggetto: l'AGCM

- Il parere in oggetto permette, dunque, di ricostruire il quadro entro il quale le stazioni appaltanti debbono procedere qualora ritengano di adottare il modello gestionale della società mista per la gestione di un servizio di rilevanza pubblica. Gli enti locali devono:
- -) individuare correttamente l'oggetto statutario della società mista e, in tal senso, "selezionare" in via esclusiva i servizi posti a gara;
- -) prevedere con precisione la disciplina delle prestazioni contrattuali;
- -) definire il periodo di permanenza del soggetto privato nel capitale sociale della società mista, che coincide con la durata complessiva dell'affidamento;
- -) valutare ed evidenziare con chiarezza il rischio da porre in capo al partner privato, che si ricorda deve essere trasferito integralmente a quest'ultimo perché si possa essere in presenza di una società mista (cfr. Linee guida Anac n. 9, delibera n. 318/18).
- In ultima analisi, gli enti locali sono chiamati a prestare molta attenzione alla scelta del modello della società mista: quest'ultima, ancorché possa risultare conveniente e vantaggiosa per molti aspetti (si vedano precedenti contributi pubblicati su questo sito), rimane pur sempre un partenariato pubblico-privato, nell'ambito del quale, al soggetto pubblico è chiesto un "supplemento di indagine". Quest'ultimo si rende vieppiù necessario per definire un modello efficace, efficiente e sostenibile di intervento nel comparto dei servizi di interesse generale.

Spin off e start up: gara

- Il socio privato di spin off o di start up universitari deve essere selezionato mediante procedura ad evidenza pubblica, come previsto dall'art. 5, comma 9, del d.lgs. 50/2016 cui rinvia l'art. 7, comma 5, d.lgs. 175/2016.
- Questo quanto chiarito dall'Anac nel parere sulla normativa n. 620 del 4 luglio 2018.
- Il d.lgs. 175/2016 (Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica), dopo aver stabilito, all'articolo 4, che le p.a. non possono, direttamente o indirettamente, costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né acquisire o mantenere partecipazioni, anche di minoranza, in tali società e dopo aver indicato al comma 2 le attività ammesse, prevede al comma 8 che «E' fatta salva la possibilità di costituire, ai sensi degli articoli 6 e del decreto legislativo 27 luglio 1999, n. 297, le società con caratteristiche di spin off o di start up universitari previste dall'articolo 6, comma 9, della legge 30 dicembre 2010, n. 240, nonché quelle con caratteristiche analoghe degli enti di ricerca. ...».
- Il correlato disposto dell'articolo 26, comma 12-ter del predetto T.U., stabilisce inoltre che «Per le società di cui all'articolo 4, comma 8, le disposizioni dell'articolo 20 [Razionalizzazione periodica delle partecipazioni pubbliche] trovano applicazione decorsi 5 anni dalla loro costituzione».
- Come evidenziato dall'Anac il d.lgs. 175/2016 non prevede espressamente, per le società spin off, l'esclusione dell'applicazione dell'art. 7, comma 5 del predetto decreto legislativo, ai sensi del quale «nel caso in cui sia prevista la partecipazione all'atto costitutivo di soci privati, la scelta di questi ultimi avviene con procedure di evidenza pubblica a norma dell'articolo 5, comma 9, del decreto legislativo n. 50 del 2016».
- In assenza di una deroga espressa, tale norma deve ritenersi applicabile anche nei casi in cui l'università o l'ente di ricerca intendano costituire società spin off, trattandosi di società di capitali con partecipazione di soci privati.

società in house e società mista – differenza ai fini dell'affidamento di un servizio

- In via generale, le regole applicative che presiedono all'affidamento diretto di servizi a società miste pubblico-private per le quali via stata, come nella specie, una previa gara cd. a doppio oggetto (per la scelta del socio privato e per l'affidamento del servizio) sono state indicate dalla giurisprudenza comunitaria e del Consiglio di Stato.
- La differenza tra la società in house e la società mista consiste nel fatto che la prima agisce come un vero e proprio organo dell'amministrazione dal punto di vista sostanziale, mentre la diversa figura della società mista a partecipazione pubblica, in cui il socio privato è scelto con una procedura ad evidenza pubblica, presuppone la creazione di un modello nuovo, nel quale interessi pubblici e privati trovino convergenza.
- In quest'ultimo caso, l'affidamento di un servizio ad una società mista è ritenuto ammissibile a condizione che si sia svolta una unica gara per la scelta del socio e l'individuazione del determinato servizio da svolgere, delimitato in sede di gara sia temporalmente che con riferimento all'oggetto (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 30 settembre 2010, n. Sez. VI, 16 marzo 2009, n. 1555 e Corte Giustizia, sez. III, 15 ottobre 2009, C-196/08, Acoset).
- La Corte di Giustizia ha, infatti, ritenuto l'ammissibilità dell'affidamento di servizi a società miste, a condizione che si svolga in unico contesto una gara avente ad oggetto la scelta del socio privato (socio non solo azionista, ma soprattutto operativo) e l'affidamento del servizio già predeterminato con obbligo della società mista di mantenere lo stesso oggetto sociale durante l'intera durata della concessione.
- l'affidamento diretto di un servizio a una società mista non è incompatibile con il diritto comunitario, a condizione che la gara per la scelta del socio privato della società affidataria sia stata espletata nel rispetto dei principi di parità di trattamento, di non discriminazione e di trasparenza.
- I criteri di scelta del socio privato si riferiscano non solo al capitale da quest'ultimo conferito, ma anche alle capacità tecniche di tale socio e alle caratteristiche della sua offerta in considerazione delle prestazioni specifiche da fornire, in guisa da potersi inferire che la scelta del concessionario risulti indirettamente da quella del socio medesimo (cfr. anche Cons. Stato, sez. II, parere 18 aprile 2007, n. 456).
- Nel caso di specie, è evidente che l'oggetto sociale della gara europea del 1997 era del tutto generico ed onnicomprensivo idoneo a far ricadere, potenzialmente, qualsiasi servizio nel suo perimetro e, per conseguenza, del tutto inidoneo a integrare i requisiti per l'affidamento diretto dello specifico servizio oggetto del presente giudizio.

Affidamento in house (controllo analogo)

- Il punto 50 della sentenza Teckal C. giust. CE, 18 novembre 1999, C-107/98 ha da tempo chiarito come l'affidamento diretto in house sia legittimo se l'affidatario realizza “la parte più importante” (o preponderante o prevalente) della propria attività con l'ente o con gli enti che lo controllano: dunque, non è richiesta l'esclusività dell'attività in favore degli enti controllanti;
- La consolidata giurisprudenza della Sez. V dice che “nel caso di affidamento in house, conseguente all'istituzione da parte di più enti locali di una società di capitali da essi interamente partecipata [...] il requisito del controllo analogo deve essere verificato secondo un criterio sintetico e non atomistico, sicché è sufficiente che il controllo della mano pubblica sull'ente affidatario, **purché effettivo e reale, sia esercitato dagli enti partecipanti nella loro totalità, senza che necessiti una verifica della posizione di ogni singolo ente**” (8 marzo 2011, n. 1447; 24 settembre 2010, n. 7092; 26 agosto 2009, n. 5082; 9 marzo 2009, n. 1365).
- In applicazione di tale criterio e traendo le conclusioni, occorre la sussistenza dei presupposti di cui all'art. 12 della direttiva 2014/24/UE e dell'art. 5 comma 5 D.Lgs. 50/2016 ai fini della legittimità dell'affidamento diretto del servizio e cioè:
 1. la totale partecipazione pubblica del capitale della società incaricata della gestione del servizio;
 2. la realizzazione, da parte della suddetta società, della parte preponderante della propria attività con gli enti controllanti;
 3. il controllo analogo (nella forma del cd. controllo congiunto) sulla società partecipata da parte dei medesimi enti.

Affidamento in house (controllo analogo)

- Cosa riguardava l'afidamento?
- *"affidamento in house providing alla società CUP 2000 scpa di Bologna del servizio triennale eventualmente rinnovabile per ulteriori anni tre, inerente la registrazione dei dati contenuti nelle ricette di prescrizione farmaceutica, il controllo contabile delle fatturazioni e delle distinte contabili emesse dalle farmacie convenzionate, la registrazione e l'elaborazione statistica dei dati ricavabili dalle ricette con prescrizione farmaceutica per l'AUSL della Romagna"*;

La responsabilità e la giurisdizione della Corte dei conti

- Secondo le Sezioni Unite, sentenza 20 marzo 2018, n. 6929, la giurisdizione della Corte dei Conti sulle società pubbliche partecipate, in tema di azioni di responsabilità esercitata nei confronti degli organi e dei dipendenti di società a partecipazione pubblica per i danni da essi cagionati al patrimonio sociale, è di natura eccezionale e sussiste in ipotesi tassative.

Tra le ipotesi previste:

- deve trattarsi di una società in house,
- il danno deve essere provocato direttamente al patrimonio dell'ente pubblico controllante,
- oppure il danno deve essere cagionato dal rappresentante dell'ente pubblico controllante

La responsabilità e la giurisdizione della Corte dei conti

- Natura eccezionale della giurisdizione contabile, spiegando che è possibile di ravvisarla in tre ipotesi:
- in caso di società in house o in house providing (per le quali è ribadita la necessità del triplice presupposto della partecipazione totalitaria da parte di enti pubblici e divieto di cessione delle partecipazioni a privati, dello svolgimento di attività almeno prevalente in favore degli enti soci, nonché del controllo analogo a quello degli enti sui propri uffici con prevalenza sulle ordinarie forme civilistiche; e pur sempre ove tali presupposti sussistano al momento della condotta dannosa);
- in caso di danno provocato direttamente al patrimonio non della società, ma dell'ente pubblico;
- in caso di danno cagionato dal rappresentante dell'ente pubblico partecipante che abbia esercitato od omesso di esercitare il suo potere in modo tale da pregiudicare il valore della partecipazione.

La responsabilità e la giurisdizione della Corte dei conti

- **Le ipotesi di giurisdizione delle Corte dei Conti nell'Ordinanza 30978/2017 delle S.U. della Cassazione**
- Di regola, l'autonoma soggettività della società, specificata come autonomia giuridica e patrimoniale rispetto al socio pubblico, impedisce, per mancanza del rapporto di servizio e per mancanza di un danno immediato e diretto per lo Stato o altro ente pubblico, di radicare la giurisdizione del giudice contabile (Cass., S.U., 1159/2015, S.U. 26806/2009).
- Tali società, infatti, sono organizzate secondo il tipo societario di stampo civilistico e conservano la loro natura privata, essendo pubblico soltanto il soggetto che partecipa ad esse.
- La giurisdizione della Corte dei Conti rappresenta, in questi casi, l'eccezione, ravvisabile in alcune fattispecie e sulla base di ragioni specifiche.

La responsabilità e la giurisdizione della Corte dei conti

- **Il danno diretto al patrimonio dell'ente**
- l'azione di danno deve essere esercitata per far valere “la responsabilità dell'amministratore o del componente di organi di controllo della società partecipata dall'ente pubblico che sia stato danneggiato dall'azione illegittima **non di riflesso**, quale conseguenza indiretta del pregiudizio arrecato al patrimonio sociale, bensì direttamente”. In questi casi, si è “in presenza di un cosiddetto danno erariale, ossia di un danno provocato dall'agente al patrimonio dell'ente pubblico, come ad esempio accade nel caso del danno all'immagine della pubblica amministrazione” (Cass. civ., S. U., 12 dicembre 2013, n. 27733, che richiama, sul punto, Cass. n. 26806 del 2013).

La responsabilità e la giurisdizione della Corte dei conti

- **L'azione nei confronti del rappresentante dell'ente partecipante**
- La seconda fattispecie si ha nel caso in cui l'azione del procuratore contabile è proposta “nei confronti (non già dell'amministratore della società partecipata, per il danno arrecato al patrimonio sociale, bensì) di chi, quale rappresentante dell'ente partecipante o comunque titolare del potere di decidere per esso, abbia colpevolmente trascurato di esercitare i propri diritti di socio, così pregiudicando il valore della partecipazione” (S.U. 19.12.2009 n. 26806).
- Ciò può accadere “quando il socio pubblico, in presenza di atti di mala gestio imputabili agli amministratori o agli organi di controllo della società partecipata, trascuri ingiustificatamente di esercitare le azioni di responsabilità alle quali egli sia direttamente legittimato, ove ne sia derivata una perdita di valore della partecipazione”

La responsabilità e la giurisdizione della Corte dei conti

- **La responsabilità erariale in presenza di società in house e dei loro organi interni**
- Discorso diverso vale per le società in house, terza ipotesi analizzata dalle Sezioni Unite.
- La configurazione delle società in house alla stregua di articolazioni interne alla Pubblica Amministrazione giustifica la giurisdizione della Corte dei conti. Se, infatti, l'attività dell'ente che opera in house e dei suoi organi non è riconducibile ad un soggetto privato dotato di una autonoma soggettività ma resta sostanzialmente imputabile alla Pubblica Amministrazione, il rapporto di servizio con l'ente pubblico è immanente alla formula organizzativa dell'in house providing.
- Corollario di tale configurazione è che il danno arrecato rileva come danno al patrimonio dell'ente pubblico, seppure formalmente separato dallo schermo societario. Il che radica la giurisdizione della Corte dei conti sulla relativa azione di responsabilità

La questione della legittimità della legge della Regione Piemonte 14/2016, la quale prevede la ‘possibile’ presenza di privati nella società in house

- Il Consiglio di Stato si pronuncia sulla possibilità per una Regione di realizzare degli affidamenti diretti a una società in house “mista”, nonostante il fatto che sia possibile la partecipazione dei privati nella medesima società: **la partecipazione privata non impedisce l'affidamento in house, purché sia prevista dalla legge, anche regionale.**
- Il Parere del Consiglio di Stato ([Cons. Stato, Sez. I, 8:11:2018 n. 2583](#)) si occupa della questione della partecipazione dei privati nelle società pubbliche, e in particolare della compatibilità di tale partecipazione con gli affidamenti in house, se è prevista dalla legge regionale.

La questione della legittimità della legge della Regione Piemonte 14/2016, la quale prevede la ‘possibile’ presenza di privati nella società in house

- Osserva il Consiglio che l’art. 16, primo comma, del decreto legislativo 19 agosto 2016, n.175 “Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica”, stabilisce che *“le società in house ricevono affidamenti diretti di contratti pubblici dalle amministrazioni che esercitano su di esse il controllo analogo o da ciascuna delle amministrazioni che esercitano su di esse il controllo analogo congiunto solo se non vi sia partecipazione di capitali privati, ad eccezione di quella prescritta da norme di legge e che avvenga in forme che non comportino controllo o potere di veto, né l’esercizio di un’influenza determinante sulla società controllata”*.

La questione della legittimità della legge della Regione Piemonte 14/2016, la quale prevede la ‘possibile’ presenza di privati nella società in house

- In base a tale disposizione, l'ingresso di capitali privati non impedisce alla società in house di continuare a ricevere affidamenti diretti dall'amministrazione-socia solo nel caso in cui la partecipazione di capitale privato sia prescritta dalla legge, senza tuttavia distinguere tra legge nazionale e regionale, e avvenga in forme che non comportino controllo o potere di veto, né l'esercizio di un'influenza dominante della società.

La questione della legittimità della legge della Regione Piemonte 14/2016, la quale prevede la 'possibile' presenza di privati nella società in house

- Analoga disposizione è contenuta nell'art. 5, comma 1, del decreto legislativo 16 aprile 2016 n. 50 (Codice dei contratti pubblici), ove è, però, previsto che le eventuali forme di partecipazione di capitali privati nella persona giuridica controllata sono consentite se previste dalla legislazione nazionale.
- In sostanza, mentre il Codice dei contratti pubblici consente la partecipazione di soci privati nella società in house solo se previsto da una legge statale, il Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica la consente anche se prevista da una legge regionale.

La questione della legittimità della legge della Regione Piemonte 14/2016, la quale prevede la 'possibile' presenza di privati nella società in house

- Secondo il Consiglio di Stato, si può superare il contrasto ritenendo che quando la persona giuridica è controllata da un ente regionale, in relazione a competenze regionali, l'art. 16, co. 1, d.lgs. n. 175/2016 consente al legislatore regionale di prevedere l'ingresso di capitali privati in società in house, alle condizioni consentite dall'ordinamento e nei limiti delle proprie competenze legislative.

La questione della legittimità della legge della Regione Piemonte 14/2016, la quale prevede la "possibile" presenza di privati nella società in house

- La soglia della partecipazione privata
- Nel caso di specie dinnanzi al Collegio, trattandosi di società inerenti al turismo e all'organizzazione e funzionamento della Regione Piemonte, esisteva tale facoltà per la legge regionale di prevedere l'ingresso dei privati nelle società .
- Quindi, nel caso di specie, l'ingresso di soci privati nella società in house è prevista da una norma di legge (come previsto dall'art. 16, co. 1, d.lgs. n. 175/2016), anche se regionale.
- La normativa regionale, nello specifico, prevede che i privati possano possedere fino a un terzo del capitale.
- Tuttavia, a tale riguardo, il Consiglio di Stato si pone in una posizione di prudenza.
- Anche se la normativa comunitaria e nazionale non fissa una soglia per i soci privati di minoranza -, nel parere si legge che occorre considerare con particolare attenzione, date le sue implicazioni, la scelta di consentire al capitale privato di DMO di giungere al 33,3%, valutando l'opportunità di non raggiungere la citata soglia (pur non essendo la stessa espressamente vietata).
- In ogni caso, conclude il Collegio, la presenza di privati in una società in house è ammissibile alle condizioni previste dalla normativa sopra richiamata, evitando che il privato possa vantare forme di controllo, poteri di veto o un'influenza dominante sulla società e fermi restando gli altri requisiti, presupposti e condizioni utili per configurare una società in house.

Natura e condizioni dell'affidamento in house di un servizio pubblico locale

- L'affidamento in house di un servizio non ha natura eccezionale, ma ordinaria, e non è normalmente contestabile dal privato.
- Il modello in house costituisce un modo di gestione ordinario dei servizi pubblici locali, e la relativa decisione dell'amministrazione, ove motivata, sfugge al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, salva l'ipotesi di macroscopico travisamento dei fatti o di illogicità manifesta.
- Il Tar Brescia si pronuncia sulla natura della scelta, da parte di una pubblica amministrazione, di gestire *in house* un servizio pubblico locale, concludendo per rigettare il ricorso che contestava tale scelta, a danno di un affidamento al mercato dei servizi di igiene ambientale ([Tar Lombardia – Brescia, Sez. I, 12 luglio 2018 n. 269](#)).

Natura e condizioni dell'affidamento in house di un servizio pubblico locale

- I giudici amministrativi bresciani chiariscono che il modello di autoproduzione scelto dal Comune resistente si qualifica come modalità legittima di esercizio di un servizio pubblico locale di rilevanza economica: il modello in house costituisce un modo di gestione ordinario dei servizi pubblici locali, alternativo rispetto all'affidamento mediante selezione pubblica.
- E infatti il quinto considerando della direttiva U.E. 24/2014 sugli appalti pubblici stabilisce sul punto che *“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”*.

Natura e condizioni dell'affidamento in house di un servizio pubblico locale

- A sostegno di tale conclusione il Tar richiama la giurisprudenza del Consiglio di Stato (in particolare Cons. Stato, sez. V – 18/7/2017 n. 3554) il quale pure ha confermato che l'affidamento in house ha natura ordinaria e non eccezionale, e che la relativa decisione dell'amministrazione, ove motivata, sfugge al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, salva l'ipotesi di macroscopico travisamento dei fatti o di illogicità manifesta.

Natura e condizioni dell'affidamento in house di un servizio pubblico locale

- Le motivazioni della scelta della gestione pubblica, invece che privata, di un servizio locale
- Nel caso di specie, il Comune aveva adeguatamente motivato la scelta di affidamento *in house*, sulla base dei maggiori servizi aggiuntivi e gratuiti erogabili tramite la modalità in house, in ragione del risparmio e del numero insufficiente di *competitors* privati sul territorio, nonché sulla base dell'esperienza insoddisfacente del Comune nel momento in cui questo si era rivolto al mercato in precedenza.

Obbligo di motivazione dell'affidamento in house in Corte Costituzionale

- L'onere di motivare l'affidamento in house di un servizio sarebbe incostituzionale per violazione del principio di auto-organizzazione dell'amministrazione
- Il T.a.r. per la Liguria solleva questione di legittimità costituzionale dell'art. 192, comma 2, del d.lgs. n. 50 del 2016, nella parte in cui esso impone all'amministrazione, che voglia avvalersi dell'affidamento in house per servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza, di esternare le ragioni della propria scelta, motivando sulle ragioni del mancato ricorso al mercato ([Tar Liguria, sez. II, ordinanza 15 novembre 2018, n. 886](#))

Obbligo di motivazione dell'affidamento in house in Corte Costituzionale

- L'affidamento *in house* di un'amministrazione comunale veniva contestato perché la stessa non aveva dato adeguatamente conto della preferenza per il modello in house, mentre la scelta del modello in house dovrebbe essere preceduta da una concreta e trasparente disamina delle alternative esistenti: questo perché la gestione diretta sarebbe un'eccezione rispetto a quella tramite gara, ai sensi dell'art. 192 del Codice Appalti.
- **La regola della motivazione per l'affidamento in house**
- Il Tar dubita della legittimità costituzionale del citato articolo del Codice Appalti, nella parte in cui prevede che le stazioni appaltanti diano conto nella motivazione del provvedimento di affidamento in house di un contratto “delle ragioni del mancato ricorso al mercato”.

Obbligo di motivazione dell'affidamento in house in Corte Costituzionale

- *Ai sensi dell'art. 192 comma 2 del D. Lgs. 18.4.2016, n. 50, “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”.*

Obbligo di motivazione dell'affidamento in house in Corte Costituzionale

- Il contrasto della regola della motivazione con la normativa europea e il principio di autorganizzazione
- Secondo l'Ordinanza, deve ritenersi definitivamente acquisito il principio che l'*in house providing* non configura affatto un'ipotesi eccezionale e derogatoria di gestione dei servizi pubblici rispetto all'ordinario espletamento di una procedura di evidenza pubblica, ma costituisce una delle ordinarie forme organizzative di conferimento della titolarità del servizio, la cui individuazione in concreto è rimessa alle amministrazioni, sulla base di un mero giudizio di opportunità e convenienza economica.
- I giudici amministrativi ricordano che il 5° considerando della direttiva n. 2014/24/UE chiarisce che *“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”*.

Obbligo di motivazione dell'affidamento in house in Corte Costituzionale

- La violazione del divieto di *gold plating* e l'eccesso di delega
- Tale essendo il quadro normativo di riferimento, ritiene il collegio che la disposizione di cui all'art. 192 comma 2 del D. Lgs. n. 50/2016, nell'imporre un onere motivazionale supplementare relativamente alle "ragioni del mancato ricorso al mercato" sia incostituzionale per eccesso di delega, perché ha palesemente ecceduto rispetto ai principi ed ai criteri direttivi contenuti nella legge di delega 28.1.2016, n. 11.

La gara aggiudicata alla partecipata

- Le partecipate dirette e indirette degli enti locali non possono partecipare a gare indette dalle amministrazioni socie perché si trovano in conflitto di interesse.
- Il Tar Campania - Salerno, ha affermato questo innovativo principio nella sentenza 524/2018, analizzando il caso di un appalto indetto da un Comune per l'installazione di luci in cui è risultata affidataria (in Rti con altri operatori) una partecipata indiretta dallo stesso ente. I giudici rilevano la sussistenza delle condizioni delineate dall'articolo 42 del Codice appalti, che al comma 2 stabilisce che si ha conflitto d'interesse quando il personale di una stazione appaltante o di un prestatore di servizi che interviene nell'aggiudicazione degli appalti e delle concessioni o può influenzarne il risultato, ha, direttamente o indirettamente, un interesse finanziario, economico o altro interesse personale che può essere percepito come una minaccia alla sua imparzialità.

La gara aggiudicata alla partecipata

- In questo quadro normativo assumono rilevanza tutte le ipotesi di contaminazione della posizione dei dipendenti, o di coloro che in base a un qualunque titolo giuridico siano in grado di impegnare l'amministrazione nei confronti dei terzi, o di coloro che comunque rivestano (di fatto o di diritto) un ruolo tale da poter influenzare l'attività esterna della stazione appaltante (o degli organi di amministrazione e controllo). È quindi necessario che le cautele previste dalla norma e sintetizzate nell'obbligo di astensione siano poste in atto ogni qualvolta un conflitto di interessi tale da mettere in pericolo la concorrenzialità della procedura e l'imparzialità dell'azione amministrativa sia rilevabile immediatamente in capo alla stazione appaltante. **I giudici rilevano che questa situazione ricorre quando la stazione appaltante abbia collegamenti societari con un concorrente**

La gara aggiudicata alla partecipata

- Questi elementi sono rilevabili nella partecipazione (diretta o indiretta) alla società che partecipa alla gara, e nella capacità dell'ente di influenzare le decisioni strategiche dell'azienda con direttive agli amministratori. Quando sono rilevabili questi elementi c'è una cointeressenza di fatto, che deve essere dichiarata dalla partecipata concorrente e che comunque attiva la causa di esclusione prevista dall'articolo 80, comma 5, lettera d) del Codice. In tal caso, tra il Comune appaltante e la partecipata concorrente c'è una relazione che determina l'esclusione dalla gara, perché non si può escludere il rischio di distorsioni nell'azione amministrativa e nei poteri esercitati

Il punto di vista della Corte dei conti, sez. Liguria

- Sull'interpretazione e portata applicativa delle disposizioni di cui all'art.21 c. 1, del d.lgs. n. 175/2016, in relazione alle società partecipate che abbiano adottato un piano di risanamento ai sensi dell'art. 14 del medesimo decreto.
- La Sezione, sulla richiesta avanzata dal Comune di Sanremo, afferma i seguenti principi:
- 1) l'art. 21, comma 1, del D.lgs. n. 175 del 2016, si applica a tutte le società partecipate da enti locali dovendosi considerare il riferimento all'elenco ISTAT citato dalla norma come relativo agli enti locali partecipanti. Tale norma non fa venir meno il principio dell'autonomia patrimoniale sancito dalla disciplina civilistica;
- 2) l'accantonamento previsto dall'art. 21 comma 1, del D.lgs. n. 175 del 2016, deve essere pari al valore dell'intera predita registrata dalla società partecipata e deve essere suddiviso tra gli enti partecipanti in una quota proporzionale al valore della partecipazione. In nessun caso tale accantonamento può essere limitato al valore della quota parte del patrimonio netto della società partecipata detenuta da ogni ente locale.

Il punto di vista della Corte dei conti, sez. Liguria

- 3) per le società che svolgono servizi pubblici a rete di rilevanza economica, per risultato si intende la differenza tra “valore” e “costi” della produzione, ai sensi dell'articolo 2425 del codice civile, nella sua attuale formulazione;
- 4) gli enti locali soci devono procedere all'accantonamento previsto dal comma 1, dell'art. 21 anche nell'ipotesi in cui sia approvato un piano di risanamento, ai sensi dell'art. 14 del D.lgs. n. 175/2016, nel quale, tra le misure di ripristino dell'equilibrio economico-finanziario della società, non sia previsto l'esborso finanziario da parte dei soci a copertura delle perdite;
- 5) gli Enti locali devono procedere con l'accantonamento di cui al comma 1, dell'art. 21 del D.lgs. n. 175 del 2016 nel primo bilancio di previsione successivo alla certificazione del risultato negativo, mediante approvazione del bilancio d'esercizio della società partecipata;
- 6) gli Enti locali possono non procedere all'accantonamento, o ridurre lo stesso, nel primo bilancio di previsione successivo alla certificazione del risultato positivo, mediante approvazione del bilancio d'esercizio della società partecipata.