



SISMA2009

Struttura di Missione per il coordinamento dei processi di ricostruzione
e di sviluppo dei territori colpiti dal sisma del 6 aprile 2009



RICOSTRUISCI ABRUZZO

Il codice dei contratti pubblici (D.lgs. n. 50/2016)

GLI AFFIDAMENTI IN HOUSE

Relatore: avv. Salvatore Capezzuto

Esercitazione del 20 novembre 2020



AFFIDAMENTO IN HOUSE

Domanda

- Nei casi di affidamento in house, a chi compete eseguire la valutazione di congruità economica dell'appalto ?

Risposta/1

- 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 (T.A.R. Liguria Genova Sez. II, 02/10/2020, n. 680).



FALLIMENTO SOCIETA' IN HOUSE

Domanda

- Una società in house può fallire ?

Risposta

- La società di capitali con partecipazione in tutto o in parte pubblica, è assoggettabile al **fallimento** in quanto soggetto di diritto privato agli effetti dell'art. 1 l.fall., essendo la posizione dell'ente pubblico all'interno della società unicamente quella di socio in base al capitale conferito, senza che gli sia consentito influire sul funzionamento della società avvalendosi di poteri pubblicistici.
- Né detta natura privatistica della società è incisa dall'eventualità del cd. controllo analogo, mediante il quale l'azionista pubblico svolge un'influenza dominante sulla società, così da rendere il legame partecipativo assimilabile ad una relazione interorganica che, tuttavia, **non incide affatto sulla distinzione sul piano giuridico-formale, tra P.A. ed ente privato societario**, che è pur sempre centro di imputazione di rapporti e posizioni giuridiche soggettive diverso dall'ente partecipante (**Cass. civ. Sez. I Sent., 22/02/2019, n. 5346**).



ASSUNZIONI SOCIETA' IN HOUSE

Domanda

Le assunzioni nelle società in house avvengono mediante concorso pubblico ?

Risposta

- L'art. 19, comma 2, del D.Lgs. 175/2016 prevede che : *«Le società a controllo pubblico stabiliscono, con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale **nel rispetto dei principi, anche di derivazione europea, di trasparenza, pubblicità e imparzialità** e dei principi di cui all'articolo 35, comma 3, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165. In caso di mancata adozione dei suddetti provvedimenti, trova diretta applicazione il suddetto articolo 35, comma 3, del decreto legislativo n. 165 del 2001».*



RESPONSABILITA' PERSONALE SOCIETA' IN HOUSE

Domanda

- Il personale delle società in house è soggetto alla responsabilità per danno erariale ?

Risposta/1

- L'art. 12 del D.Lgs. 175/2016 stabilisce che i componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società partecipate sono soggetti alle azioni civili di responsabilità previste dalla disciplina ordinaria delle società di capitali, salva **la giurisdizione della Corte dei conti per il danno erariale causato dagli amministratori e dai dipendenti delle società in house.**
- Costituisce danno erariale il danno, patrimoniale o non patrimoniale, subito dagli enti partecipanti, ivi compreso il danno conseguente alla **condotta dei rappresentanti degli enti pubblici partecipanti** o comunque dei titolari del potere di decidere per essi, che, nell'esercizio dei propri diritti di socio, abbiano con dolo o colpa grave pregiudicato il valore della partecipazione.



RESPONSABILITA' PERSONALE SOCIETA' IN HOUSE

Risposta/2

- L'amministratore unico di una società in **house** di un Ente locale risponde di danno alla finanza pubblica in relazione al riconoscimento ad un dipendente della medesima società di un **compenso aggiuntivo e non spettante**, in ragione delle disposizioni di settore per lo svolgimento dell'incarico di responsabile per la prevenzione della corruzione (**Corte dei Conti Sardegna Sez. giurisdiz. Delib., 07/02/2019, n. 52**).



MOTIVAZIONE AFFIDAMENTO APPALTO IN HOUSE

Domanda

Le amministrazioni devono motivare la convenienza economica di un appalto in house ?

Risposta/1

L'art. 192, comma 2, del D.Lgs. n. 50 del 2016 dispone che ai fini dell'affidamento in house di un contratto, le stazioni appaltanti effettuano **preventivamente la valutazione sulla congruità economica dell'offerta dei soggetti in house**, dando atto nella motivazione del provvedimento di affidamento delle ragioni del mancato ricorso al mercato, nonché dei benefici per la collettività.

L'affidamento in **house** di servizi pubblici è **illegittimo nel caso in cui non ci sia convenienza economica rispetto alla esternalizzazione dello stesso**; l'in **house** providing riveste infatti carattere eccezionale rispetto all'ordinaria modalità di scelta del contraente ed è possibile solo qualora sussista per l'amministrazione una reale convenienza rispetto alle condizioni economiche offerte dal mercato. (Cons. Stato Sez. V, 27/01/2020, n. 681).

MOTIVAZIONE AFFIDAMENTO APPALTO IN HOUSE

Risposta/2

- La Corte Costituzionale ha dichiarato **non fondata la questione di legittimità costituzionale** dell'art. 192, c. 2, del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (codice dei contratti pubblici), nella parte in cui prevede che le stazioni appaltanti diano conto, nella motivazione del provvedimento di affidamento in house, delle ragioni del mancato ricorso al mercato.
- La specificazione introdotta dal legislatore delegato è riconducibile all'esercizio dei normali margini di discrezionalità ad esso spettanti nell'attuazione del criterio di delega, ne rispetta la ratio ed è coerente con il quadro normativo di riferimento (**Corte cost., 27/05/2020, n. 100**).



SUPERAMENTO LIMITI FATTURATO SOCIETA' IN HOUSE

Domanda

- L'art. 5 del D.Lgs. 50/2016 prevede che oltre l'ottanta per cento del fatturato della società in house sia effettuato nello svolgimento dei compiti a esse affidati dall'ente pubblico o dagli enti pubblici soci. Cosa succede se questo limite viene superato ?

Risposta

- La società in house può sanare l'irregolarità se, entro tre mesi dalla data in cui la stessa si è manifestata, **rinunci a una parte dei rapporti con soggetti terzi, sciogliendo i relativi rapporti contrattuali, ovvero rinunci agli affidamenti diretti da parte dell'ente o degli enti pubblici soci, sciogliendo i relativi rapporti.**
- In quest'ultimo caso le attività precedentemente affidate alla società controllata devono essere riaffidate, dall'ente o dagli enti pubblici soci, **mediante procedure competitive** regolate dalla disciplina in materia di contratti pubblici, entro i sei mesi successivi allo scioglimento del rapporto contrattuale. Nelle more dello svolgimento delle procedure di gara i beni o servizi continueranno ad essere forniti dalla stessa società controllata.



PARTECIPAZIONE AD HOLDING DI SOCIETA' IN HOUSE

Domanda

- E' legittimo l'affidamento diretto ad opera di un comune del servizio relativo alla gestione dei rifiuti solidi urbani e dei servizi complementari in "**house** providing" ad una società da esso partecipata, insieme ad altri comuni della Provincia, attesa la partecipazione da parte della società "in **house**" ad altra società holding a capo di un gruppo societario formato da numerose società operative prevalentemente attive sul mercato libero in tutto il territorio nazionale?

Risposta/1

- La partecipazione da parte di una società "in **house**" ad altra società holding, a capo di un gruppo societario formato da numerose società operative prevalentemente attive sul mercato libero in tutto il territorio nazionale, implica che **alla stessa società "in house" si estenda, a ritroso, la vocazione commerciale della partecipata**, in tal modo "contagiando" la natura della società "in **house**", che **da entità strumentale dei soci diviene pure operatore di mercato** (e come tale dotata di un'autonomia e vocazione imprenditoriale incompatibile con l'essere qualificabile come braccio operativo delle amministrazioni socie).



PARTECIPAZIONE AD HOLDING DI SOCIETA' IN HOUSE

Risposta/2

- Riguardo poi al requisito dello svolgimento della parte più importante dell'attività in favore degli enti soci ed affidanti, ovvero della **soglia massima di fatturato (20%)** conseguibile da soggetti terzi non soci al di fuori dei compiti affidati dagli enti soci, l'anzidetta partecipazione nel gruppo societario attivo in prevalenza sul mercato, comporta che **si debba tener conto, pro quota, del fatturato del gruppo societario partecipato.** (Cons. Stato Sez. V, 12/11/2019, n. 7752).



MODALITA' CONTROLLO ANALOGO SOCIETA' IN HOUSE

Domanda

- Quali sono le modalità di svolgimento del controllo analogo ?

Risposta

Il requisito del c.d. "controllo analogo" pur concretizzandosi nell'esercizio di un controllo di tipo amministrativo, paragonabile a quello che l'ente partecipante esercita sui propri organi, diverso da quello tipico del diritto societario, tanto da comportare l'assimilazione della società in **house** ad un ente pubblico, non esclude affatto l'osservanza dei principi della **sana gestione finanziaria** e, primo tra tutti, quello di assicurare, attraverso la governance, l'equilibrio economico-finanziario dell'organismo partecipato (**Corte dei Conti Veneto Sez. contr. Delib., 20/02/2017, n. 111**).



PARTECIPAZIONE PRIVATI IN SOCIETA' IN HOUSE

Domanda

- E' legittima una legge regionale che consente l'ingresso di capitali privati in società *in house* (art. 4 della legge della Regione Piemonte n. 14/2016) e lo statuto della società in questione che, poi, consentiva la partecipazione di capitali privati nel limite del 33%?

Risposta

- Il Consiglio di Stato ha chiarito 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»*.



INTERESSE A RICORRERE CONTRO AFFIDAMENTI IN HOUSE

Domanda

- E' possibile per una impresa ricorrere avverso l'affidamento diretto di un appalto ad una società in house ritenuto illegittimo ?

Risposta/1

- Per proporre ricorso con cui si contesta in radice l'ammissibilità dell'affidamento diretto è **sufficiente la dimostrazione della qualità di impresa operante nel settore**; il ricorrente non dovrà fornire prove circa la dotazione dei requisiti di ammissione ad una (eventuale) gara, ma dimostrare di essere abilitato ad eseguire appalti analoghi (Cons. Stato, sez. III, 7 settembre 2015, n. 4133; vedi anche Cons. Stato, sez. III, 17 giugno 2013, n. 3324; T.A.R. Piemonte-Torino, sez. I, 3 aprile 2014, n. 56; T.A.R. Abruzzo-L'Aquila, sez. I, 2 maggio 2014, n. 402; Cons. Stato, sez. VI, 10 dicembre 2014, n. 6048; T.A.R. Umbria-Perugia, sez. I, 16 febbraio 2015, n. 69; Cons. Stato, sez. IV, 16 giugno 2015, n. 2982; T.A.R. Puglia-Lecce, sez. II, 1° dicembre 2014, n. 2986; Corte Giust. Amm. Sic., 21 gennaio 2015, n. 41).



INTERESSE A RICORRERE CONTRO AFFIDAMENTI IN HOUSE

Quesito

- Un operatore economico – che gestiva il servizio di parcheggio a pagamento per conto della stazione appaltante essendo risultato aggiudicatario di una gara regolarmente bandita in precedenza – impugnava innanzi al TAR i provvedimenti con cui la stazione appaltante aveva affidato il servizio con procedimento *in house* e senza gara ad una società da quest'ultima interamente partecipata.
- Il gestore uscente lamentava che tale scelta **non era stata adeguatamente motivata**: la stazione appaltante avrebbe dovuto motivare la preferenza per il modello *in house* e la scelta del modello in questione andava preceduta da una concreta disamina delle alternative esistenti, sotto i profili della comparazione tra le varie forme di gestione, delle valutazioni economico/qualitative dei servizi offerti e della verifica della effettiva capacità del gestore di svolgere correttamente il servizio affidato – così come previsto dall'art. 192 Codice.



INTERESSE A RICORRERE CONTRO AFFIDAMENTI IN HOUSE

Risposta

- *L'affidamento in house* ha natura secondaria e residuale e la S.A. ha l'obbligo di **motivare in maniera puntuale** l'affidamento in autoproduzione di servizi disponibili sul mercato, evidenziando in modo specifico le ragioni che hanno determinato il mancato ricorso al mercato.
- Afferma il TAR che *“la relazione ex art. 34, c. 20, del D.L. n. 179/2012 sulle modalità di affidamento del servizio non possa essere degradata a mero orpello procedimentale, e come, nel caso in cui si opti per l'affidamento diretto in house, sia richiesto un **onere motivazionale rafforzato e più incisivo circa la praticabilità delle scelte alternative**”* con la conseguenza che vi è violazione del citato art. 192 del Codice in quanto *“le delibere gravate affidano la motivazione della scelta esclusivamente alle valutazioni contenute nella relazione illustrativa predisposta dal Comune ai sensi dell'articolo 34 comma 20 del D.L. 179/2012...**che si limita a valutare la convenienza economica dell'affidamento in house...ma nulla dice circa le ragioni del mancato ricorso al mercato**”* (T.A.R. Liguria Genova Sez. II, 02/10/2020, n. 680).

ACCORDI DI COLLABORAZIONE ULTERIORI

Domanda

- Nell'ambito di un accordo di collaborazione sottoscritto da due amministrazioni pubbliche per la realizzazione di un progetto di interesse pubblico, è possibile che uno o entrambi i partner di progetto sottoscrivano, a loro volta, accordi di collaborazione con altri enti pubblici per la realizzazione di specifiche azioni progettuali?

Risposta/1

- Tale modalità di attuazione, pur non essendo espressamente prevista dagli accordi di collaborazione stipulati, **non può essere tuttavia negata in linea di principio**, tenendo conto sia della generale valenza precettiva del citato art. 15 L. 241/1990 e sia, soprattutto, del contesto istituzionale complessivo entro cui si inserisce il ricorso allo strumento convenzionale come forma di regolazione di questioni di pubblico interesse.

ACCORDI DI COLLABORAZIONE ULTERIORI

Risposta/2

- La normativa nazionale, ai sensi dell'art. 5, comma 6, del d.lgs. 50/2016 e s.m., prevede che le disposizioni del Codice dei contratti pubblici non trovano applicazione agli accordi conclusi *“esclusivamente tra due o più amministrazioni aggiudicatrici”* quando sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni:
- l'accordo stabilisce o realizza una **cooperazione tra le amministrazioni aggiudicatrici** o gli enti aggiudicatori partecipanti, finalizzata a garantire che i servizi pubblici che essi sono tenuti a svolgere siano prestati nell'ottica di conseguire gli obiettivi che essi hanno in comune;
- l'attuazione di tale cooperazione è retta esclusivamente da considerazioni inerenti **all'interesse pubblico**;
- le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori partecipanti **svolgono sul mercato aperto meno del 20 per cento delle attività interessate dalla cooperazione.**

ACCORDI DI COLLABORAZIONE ULTERIORI

Risposta/3

- In tale ottica, dunque, qualora un'amministrazione si ponga rispetto all'accordo come un operatore economico, prestatore di servizi e verso un corrispettivo, anche non implicante il riconoscimento di un utile economico ma solo il rimborso dei costi, **non è possibile parlare di una cooperazione tra enti pubblici per il perseguimento di funzioni di servizio pubblico comune**, ma di uno scambio tra i medesimi.
- Negli accordi tra amministrazioni pubbliche ex art. 15 l. 241/1990, dunque, assume rilievo la posizione di **equiordinazione** tra le stesse, al fine di coordinare i rispettivi ambiti di intervento su oggetti di interesse comune.
- In questa prospettiva, devono essere attentamente valutati i contenuti e le finalità degli accordi di cooperazione con altre amministrazioni pubbliche, limitando le ipotesi pattizie ai soli casi in cui siano necessarie alla migliore realizzazione della particolare azione ritenuta di comune interesse, ricorrendo all'accordo allo scopo di apprestare le risorse, personali e materiali, necessarie per lo **svolgimento di una missione di pubblico interesse comune alle parti contraenti**.



FINALITA' GENERALI DEGLI ACCORDI

- Deve essere riconosciuta valenza generale agli **accordi** organizzativi di cui all'art.15 l.241/1990, in forza del quale gli enti pubblici possono "sempre" utilizzare lo strumento convenzionale per concludere tra loro **accordi** organizzativi volti a disciplinare lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune.
- Una cooperazione del genere tra autorità pubbliche non può interferire con l'obiettivo principale delle norme comunitarie in materia di **appalti** pubblici, vale a dire la libera circolazione dei servizi e l'apertura alla concorrenza non falsata in tutti gli Stati membri, poiché l'attuazione di tale cooperazione è retta unicamente da considerazioni e prescrizioni connesse al perseguimento di obiettivi d'interesse pubblico e poiché viene salvaguardato il principio della parità di trattamento degli interessati di cui alla direttiva 92/50, cosicché nessun impresa privata viene posta in una situazione privilegiata rispetto ai suoi concorrenti (**Cons. Stato Sez. III, 16/12/2013, n. 1837**).