



CAMMINO DIRITTO

Rivista di informazione giuridica
<https://rivista.camminodiritto.it>



APPALTI PUBBLICI: LEGITTIMO L’AFFIDAMENTO DIRETTO A SOCIETÀ IN HOUSE SE PIÙ CONVENIENTE

Con sentenza n. 5437 del 22 novembre 2017 il Consiglio di Stato, Sez. V, ha stabilito che le amministrazioni pubbliche possono affidare in house a una propria società la gestione di un servizio precedentemente affidato a un operatore economico con gara se è dimostrato che c’è una maggiore convenienza economica rispetto al precedente affidamento.

di **Virginia Galasso**

IUS/09 - ISTITUZIONI DI DIRITTO PUBBLICO

Articolo divulgativo - ISSN 2421-7123

Direttore responsabile

Raffaele Giaquinto

Publicato, Martedì 13 Marzo 2018

Sommario: 1. La questione affrontata dal T.a.r. Napoli; 2. L'in house providing; La motivazione del Consiglio di Stato.

1. La questione affrontata dal T.a.r. Napoli.

Il caso de quo ha a oggetto l'affidamento del servizio di gestione dell'impianto di depurazione di Napoli Est da parte della Regione Campania.

Il predetto impianto veniva realizzato dal Consorzio Fu.G.I.S.T. giusta contratto sottoscritto il 21.7.1982 con la Cassa per il Mezzogiorno (al quale subentrò l'Agensud e poi la Regione Campania) e gestito - fin dalla sua entrata in esercizio - dallo stesso Consorzio. Tale gestione proseguiva senza soluzione di continuità fino al D.G.R. n. 4618/2001 con il quale veniva individuato il termine di scadenza delle prestazioni gestorie nella data di aggiudicazione della gara che sarebbe stata indetta per l'individuazione mediante procedura ad evidenza pubblica dell'operatore economico cui affidare la gestione dell'impianto stesso.

Orbene, suddetta gara non veniva espletata a causa di interventi legislativi e, in particolare, della L. Reg. Campania n. 15 del 2015 che individuava i criteri per l'individuazione del gestore del servizio idrico integrato per l'ambito distrettuale di competenza.

Il rapporto tra la Regione e il Consorzio Fu.g.i.s.t. proseguiva fino all'adozione del decreto dirigenziale 1.7.2016, n. 414 con il quale, si stabiliva di affidare (a decorrere da tale data) la gestione del depuratore di Napoli Est alla società regionale in house providing S.M.A Campania S.p.a.

Senonché, il Consorzio Fu.g.i.s.t, che tramite la propria consorziata T.M.E Termomeccanica Ecologica s.p.a., aveva gestito sino a quel momento il servizio, impugnava tale provvedimento dinanzi il Tribunale regionale amministrativo di Napoli.

Con sentenza n. 5509 del 28.11.2016 i Giudici di primo grado dichiaravano il ricorso inammissibile rilevando, tra l'altro, che nessuna censura era "stata dedotta avverso la motivazione sostanziale che ha indotto l'Amministrazione regionale ad optare per la gestione in house providing del servizio afferente il depuratore di Napoli est ed incentrata, come si desume dalle premesse del decreto gravato, nella contrazione delle spese generali che la gestione del depuratore e dei collettori de quibus comportato rispetto al 15% riconosciuto al Consorzio Fugist nonché nell'elisione dell'utile di impresa riconosciuto,

nella misura del 10%, al predetto Consorzio ricorrente fino al 30.6.2016. Sul punto, infatti, il ricorrente ha genericamente contestato unicamente la carenza di requisiti di esperienza e professionalità in capo alla S.M.A. Campania nella gestione di impianti depuratori, ma non ha spiegato censure avverso l'addotto risparmio di risorse che deriverebbe, secondo il decreto impugnato, dall'affidamento in house della gestione dell'impianto di depurazione di Napoli Est".

Avverso predetta pronuncia il Consorzio interponeva appello, insistendo per l'illegittimità dei provvedimenti impugnati.

Con sentenza n. 5437 del 22.11.2017 i Giudici del Consiglio di Stato confermano la sentenza di primo grado.

2. L'in house providing.

Prima di esaminare la decisione del Consiglio di Stato si rende necessaria una breve ricostruzione istituzionale delle società in house providing.

Con l'espressione in commento si indica la situazione in cui, un'Amministrazione pubblica - al fine di realizzazione opere pubbliche o nella gestione di servizi pubblici - deroghi alle regole della concorrenza per il mercato provvedendovi in proprio, ossia avvalendosi di una società esterna che però presenti delle caratteristiche tali da poter essere considerato alla stregua di una longa manus dell'Amministrazione stessa.

Trattasi, quindi, di un modello organizzativo in cui, la pubblica amministrazione si avvale di propri organismi appartenenti all'organizzazione amministrativa che fa loro capo. Il modello dell'"in house providing" ha trovato la sua prima affermazione nell'ambito della giurisprudenza comunitaria, con la nota "sentenza Teckal" del 18 novembre 1999 (procedimento C-107/98).

È stata, infatti, la giurisprudenza comunitaria a individuare i due requisiti necessari per l'affidamento in house, ovvero: **a.) Il "controllo analogo"**. A tal fine è necessario che l'Amministrazione, socio al 100%, abbia l'effettiva possibilità di influenzarne sia le decisioni importanti sia, di conseguenza, gli obiettivi strategici della società controllata (Corte di Giustizia UE, 13 ottobre 2005, C-458/03, caso Parking Brixen). **b.) La prevalenza dell'attività svolta dalla società a favore dell'Ente pubblico controllante.** Con il concetto di attività prevalente si fa riferimento alla necessità che le prestazioni della società siano destinate in via principale all'Amministrazione e che, viceversa, ogni altra attività d'impresa abbia solo un mero carattere marginale (Corte di Giustizia UE, 13

novembre 2008, C-340/04, caso Carbotermo).

Nonostante ciò, la società in house deve essere considerata come una vera e propria società di natura privata dotata di una sua autonoma soggettività giuridica.

Tale impostazione trova una corrispondenza nel D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, recante il nuovo Codice dei contratti pubblici ed in cui il legislatore, recependo le Direttive n. 2014/23/UE, n. 2014/24/UE e n. 2014/25/UE, disciplina anche l'istituto dell'in house providing.

In particolare il Codice dei contratti pubblici, all'art. 5^[1] - riprendendo l'articolo 12 della Direttiva n. 2014/24/UE in materia di appalti pubblici - individua le condizioni affinché si possa procedere all'affidamento in house. Infine, il Codice all'art. 192^[2] stabilisce l'istituzione presso l'ANAC di un elenco delle Amministrazioni aggiudicatrici e degli Enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società in house. L'iscrizione avviene a domanda dell'amministrazione, dopo che sia stata riscontrata l'esistenza dei requisiti di cui all'articolo 5, ed è sufficiente la presentazione della domanda di iscrizione per consentire alle Amministrazioni di effettuare affidamenti diretti dei contratti all'ente strumentale.

La norma de qua richiede una preventiva valutazione della congruità economica dell'offerta del soggetto in house, senonché dei benefici per la collettività.

3. La motivazione del Consiglio di Stato.

Con la sentenza n. 5437/2017 i Giudici di Palazzo Spada hanno confermato la legittimità della scelta della Regione Campania.

Tale scelta è giustificata dall'economicità della gestione del servizio affidato direttamente a una società controllata e dall'evidente riduzione delle spese generali rispetto al modulo con gara. Le condizioni meno onerose rispetto al modulo gestionale, derivante dall'affidamento con gara, costituiscono motivo adeguato per fare ricorso all'in house (l'esplicitazione di tali condizioni è peraltro obbligatoria in base a quanto previsto dal citato articolo 192, comma 2 del Dlgs 50/2016). Ma vi è di più.

La sentenza evidenzia come, nell'ordinamento nazionale ed eurounitario, l'in house providing rappresenti un'eccezione rispetto alla regola generale dell'affidamento a terzi selezionati mediante gara a evidenza pubblica, che si giustifica per il fatto che, in presenza delle condizioni enucleate dalla giurisprudenza (e, oggi, dal legislatore: articolo 5 del Dlgs

50/2016; articolo 16 del Dlgs 175/2016), tra l' ente pubblico affidante e l' operatore in house non è ravvisabile un rapporto contrattuale intersoggettivo, essendosi piuttosto in presenza di un modello organizzativo qualificabile in termini di delegazione interorganica.

Orbene, in conclusione, i Giudici di secondo grado hanno integralmente respinto l'appello, confermando la legittimità del ricorso all' in house.

Note ^[1] Art. 5 Codice dei Contratti pubblici - 1. Una concessione o un appalto pubblico, nei settori ordinari o speciali, aggiudicati da un'amministrazione aggiudicatrice o da un ente aggiudicatore a una persona giuridica di diritto pubblico o di diritto privato non rientra nell'ambito di applicazione del presente codice quando sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni: a) l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore esercita sulla persona giuridica di cui trattasi un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi; b) oltre l'80 per cento delle attività della persona giuridica controllata è effettuata nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'amministrazione aggiudicatrice controllante o da altre persone giuridiche controllate dall'amministrazione aggiudicatrice o da un ente aggiudicatore di cui trattasi; c) nella persona giuridica controllata non vi è alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati le quali non comportano controllo o potere di veto previste dalla legislazione nazionale, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata. 2. Un'amministrazione aggiudicatrice o un ente aggiudicatore esercita su una persona giuridica un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi ai sensi del comma 1, lettera a), qualora essa eserciti un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della persona giuridica controllata. Tale controllo può anche essere esercitato da una persona giuridica diversa, a sua volta controllata allo stesso modo dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore. 3. Il presente codice non si applica anche quando una persona giuridica controllata che è un'amministrazione aggiudicatrice o un ente aggiudicatore, aggiudica un appalto o una concessione alla propria amministrazione aggiudicatrice o all'ente aggiudicatore controllante o ad un altro soggetto giuridico controllato dalla stessa amministrazione aggiudicatrice o ente aggiudicatore, a condizione che nella persona giuridica alla quale viene aggiudicato l'appalto pubblico non vi sia alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto prescritte dalle legislazione nazionale, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata. 4. Un'amministrazione aggiudicatrice o un ente aggiudicatore può aggiudicare un appalto pubblico o una concessione senza applicare il presente codice qualora ricorrano le condizioni di cui al comma 1, anche in caso di controllo congiunto. 5. Le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori esercitano su una persona giuridica un controllo congiunto quando sono soddisfatte tutte

le seguenti condizioni: a) gli organi decisionali della persona giuridica controllata sono composti da rappresentanti di tutte le amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori partecipanti. Singoli rappresentanti possono rappresentare varie o tutte le amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori partecipanti; b) tali amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori sono in grado di esercitare congiuntamente un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative di detta persona giuridica; c) la persona giuridica controllata non persegue interessi contrari a quelli delle amministrazioni aggiudicatrici o degli enti aggiudicatori controllanti. 6. Un accordo concluso esclusivamente tra due o più amministrazioni aggiudicatrici non rientra nell'ambito di applicazione del presente codice, quando sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni: a) 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; b) l'attuazione di tale cooperazione è retta esclusivamente da considerazioni inerenti all'interesse pubblico; c) le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori partecipanti svolgono sul mercato aperto meno del 20 per cento delle attività interessate dalla cooperazione. 7. Per determinare la percentuale delle attività di cui al comma 1, lettera b), e al comma 6, lettera c), si prende in considerazione il fatturato totale medio, o una idonea misura alternativa basata sull'attività, quale i costi sostenuti dalla persona giuridica o amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore nei settori dei servizi, delle forniture e dei lavori per i tre anni precedenti l'aggiudicazione dell'appalto o della concessione. 8. Se, a causa della data di costituzione o di inizio dell'attività della persona giuridica o amministrazione aggiudicatrice o ente aggiudicatore, ovvero a causa della riorganizzazione delle sue attività, il fatturato o la misura alternativa basata sull'attività, quali i costi, non è disponibile per i tre anni precedenti o non è più pertinente, è sufficiente dimostrare, segnatamente in base a proiezioni dell'attività, che la misura dell'attività è credibile. 9. Nei casi in cui le norme vigenti consentono la costituzione di società miste per la realizzazione e gestione di un'opera pubblica o per l'organizzazione e la gestione di un servizio di interesse generale, la scelta del socio privato avviene con procedure di evidenza pubblica. ^[2] Art. 192 Codice dei Contratti pubblici - 1. E' istituito presso l'ANAC, anche al fine di garantire adeguati livelli di pubblicità e trasparenza nei contratti pubblici, l'elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società in house di cui all'articolo 5. L'iscrizione nell'elenco avviene a domanda, dopo che sia stata riscontrata l'esistenza dei requisiti, secondo le modalità e i criteri che l'Autorità definisce con proprio atto. L'Autorità per la raccolta delle informazioni e la verifica dei predetti requisiti opera mediante procedure informatiche, anche attraverso il collegamento, sulla base di apposite convenzioni, con i relativi sistemi in uso presso altre Amministrazioni pubbliche ed altri soggetti operanti nel settore dei contratti pubblici. La domanda di iscrizione consente alle amministrazioni aggiudicatrici e agli enti aggiudicatori sotto la propria responsabilità, di effettuare affidamenti diretti dei contratti all'ente strumentale. Resta fermo l'obbligo di pubblicazione degli atti connessi all'affidamento diretto medesimo secondo quanto

previsto al comma 3. 2. 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. 3. Sul profilo del committente nella sezione Amministrazione trasparente sono pubblicati e aggiornati, in conformità alle disposizioni di cui al decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, in formato open-data, tutti gli atti connessi all'affidamento degli appalti pubblici e dei contratti di concessione tra enti nell'ambito del settore pubblico, ove non secretati ai sensi dell'articolo 162.
