

IL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

D. Lgs. 36/2023

VENERDÌ 6 OTTOBRE 2023

ORE 8.30 - 16.30

Teatro Lirico Giorgio Gaber

Via Larga, 14

Milano

SECONDA SESSIONE

GIAMPIERO PIZZICONI

Affidamenti in house

- 1) QUALCHE CONSIDERAZIONE**
- 2) ALCUNE SUGGERZIONI**
- 3) CONCLUSIONI**

1) QUALCHE CONSIDERAZIONE

L'ESTERNALIZZAZIONE
TRA ATTIVITA' DI
DIRITTO PRIVATO DELLA
P.A. E PARTECIPAZIONE
SOCIETARIA.

QUINDI IN CONCRETO: CONCETTO DI ESTERNALIZZAZIONE

- FENOMENO CHE VEDE L'ESERCIZIO DI ATTIVITÀ PUBBLICHE (*SERVIZI PUBBLICI, ATTIVITÀ STRUMENTALI* OPPURE – SOLO SE PREVISTO DALLA LEGGE - *FUNZIONI AMMINISTRATIVE*) ATTRIBUITE A SOGGETTI DIVERSI DALLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE.
- **PRESUPPOSTI:**
 1. CHE LA GESTIONE ESTERNA ABBIA COSTI RIDOTTI RISPETTO A QUELLA INTERNA IN OSSEQUIO AI PRINCIPI DI EFFICIENZA ED ECONOMICITÀ (97 cost)
 2. CHE SIANO RISPETTATI DI ADEGUATI *STANDARDS* DI EFFICACIA.


MODALITA' DI ESTERNALIZZAZIONE

- IN SIMMETRIA CON LA DISTINZIONE COMUNITARIA TRA PARTENARIATI PUBBLICO - PRIVATO DI TIPO "CONTRATTUALE" E "ISTITUZIONALE".

A. MEDIANTE RAPPORTI SINALLAGMATICI;

B. OPPURE ASSOCIATIVI.

- IL CANONE DI FONDO È COSTITUITO DALLA **CAPACITÀ NEGOZIALE TENDENZIALMENTE GENERALE** DELLE P.A. AI SENSI DELL'ART. **11** C.C. E DELL'ART. **1 COMMA 1 BIS** DELLA L. N. 241/1990.



IL FRENO NORMATIVO ALLE ESTERNALIZZAZIONI MEDIANTE MODULO ASSOCIATIVO

LIMITAZIONI NORMATIVE: LA SEQUENZA

- **ARTICOLO 13 DEL DECRETO LEGGE 223/2006 "DECRETO BERSANI"** prevedeva dei vincoli per le **"società strumentali"** delle pubbliche amministrazioni regionali e locali.
- **"STRUMENTALITÀ", CHE SUSSISTE "allorquando l'attività che le società sono chiamate a svolgere sia rivolta agli stessi enti promotori o comunque azionisti della società per svolgere le funzioni di supporto di tali amministrazioni pubbliche, secondo l'ordinamento amministrativo" e per il perseguimento dei loro fini istituzionali"** nonché quelle costituite per lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative, sia a capitale interamente pubblico che misto.
- **I vincoli erano, i seguenti:**
- - l'obbligo di operare per oggetto sociale esclusivo con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti;
- - il divieto di svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, sia in affidamento diretto che con gara;
- - il divieto di partecipare ad altre società o enti aventi sede nel territorio nazionale.
- La norma in questione prevedeva che i contratti conclusi in violazione della stessa fossero nulli.

LIMITAZIONI NORMATIVE: LA SEQUENZA DELLE NORME PRINC.

- **DECRETO LEGGE 78/2010 ART. 6 COMMA 19:** Aumenti di capitale, trasferimenti straordinari, aperture di credito e rilascio di garanzie in favore delle società partecipate non quotate
- **DECRETO LEGGE 95/2012 ART. 4. :** Riduzione di spese, messa in liquidazione e privatizzazione di società pubbliche.
- **LEGGE 147/2013 ART 1 COMMI DA 550 A 562**
- **LEGGE 190/2014 ART. 1 COMMI DA 611 A 616**
- **D.LGS 175/2016, (TUSP) ART. 2, COMMA 1, LETTERA o); ART. 16;**
- **LEGGE 118/2022 ART. 8** delega al Governo per il riordino della materia dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, **E 11**
- **D.LGS 201/2022 ART. 14 E 17**
- **D.LGS 36/2023 ART. 7**

CAPACITA' DI DIRITTO PRIVATO: LIMITAZIONI NORMATIVE

■ RAGIONI:

1. TUTELA DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO;
2. ARGINE ALL'ABUSO DI FORME PRIVATISTICHE DA PARTE DEGLI ENTI PUBBLICI, SOVENTE PRESENTI IN SETTORI ESTRANEI ALLA LORO "MISSION";
3. POSSIBILE ELUSIONE DEGLI OBIETTIVI DI STABILITÀ INTERNA;
4. LIMITE ALLA TENDENZA DI TALUNI ORGANISMI PARTECIPATI A NON OPERARE SECONDO CRITERI DI ECONOMICITÀ..

EFFETTO: CONTENIMENTO DEI COSTI E LIMITAZIONE DELLE PARTECIPAZIONI IN SOCIETÀ A SUO TEMPO COSTITUITE O PARTECIPATE DA ENTI PUBBLICI

***PRIMA CONSIDERAZIONE:
Il legislatore interviene per
razionalizzare il sistema delle
partecipazioni e limitare il ricorso
all'esternalizzazione mediante
modulo associativo.***

LA NATURA GIURIDICA
DELLE SOCIETA'
PARTECIPATE DALLE
PUBBLICHE
AMMINISTRAZIONI.

LE SOCIETÀ A PARTECIPAZIONE PUBBLICA (FIMMANO' NDS16/2011)

- SI POTREBBE PARLARE DI SOCIETÀ DI DIRITTO SPECIALE SOLTANTO SE UNA DISPOSIZIONE LEGISLATIVA PREVEDESSE DEROGHE ALLE STATUZIONI DEL CODICE CIVILE. **IL NUOVO TUSP LO FA?**
- NEL SENSO DI ATTUARE UN FINE PUBBLICO INCOMPATIBILE CON LA CAUSA LUCRATIVA PREVISTA DALL'ART. **2247 C. C.**,
- CON LA CONSEGUENTE EMERSIONE NORMATIVA DI **UN NUOVO "TIPO" CON CAUSA PUBBLICA NON LUCRATIVA**

ART. 2247 CC. CONTRATTO DI SOCIETA'

- **Art. 2247 c.c.:** con il contratto di società due o più persone conferiscono beni o servizi per l'esercizio in comune di un'attività economica allo scopo di **dividerne gli utili. (CAUSA LUCRATIVA)**

SECONDA CONSIDERAZIONE

**Seppur il tema sia ampio e complesso
possiamo affermare
che la causa lucrativa, seppur essenziale
atteso che assicura la SANA GESTIONE
SOCIETARIA, può non essere esclusiva?
L'affievolimento dello scopo di lucro: le
società benefit di cui all'art. 1, commi
376-384 legge 208/2015.**

GLI AFFIDAMENTI IN HOUSE.

LA SOCIETA' IN HOUSE

- **L'affidamento *in house* è un modello organizzativo mediante il quale la Pubblica Amministrazione reperisce prestazioni a contenuto negoziale non sul mercato, ma al proprio interno, servendosi di un proprio ente strumentale, da essa giuridicamente distinto sul solo piano formale.**

IL PRINCIPIO DELL'AUTOPRODUZIONE

- **Considerando n. 5 della direttiva settori ordinari n. 2014/24/UE:**
- *“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 DELL'AUTOPRODUZIONE

L'art. 2, paragrafo 1, direttiva, concessioni n. 2014/23/UE dal titolo "Principio di libera amministrazione delle autorità pubbliche" fissa nell'ultimo periodo l'equordinazione dei modelli di autoproduzione (in house), di cooperazione tra amministrazioni e di esternalizzazione (gare).

*"1. 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. Tali autorità sono libere di decidere il modo migliore per gestire l'esecuzione dei lavori e la prestazione dei servizi per garantire in particolare un elevato livello di qualità, sicurezza e accessibilità, la parità di trattamento e la promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utenza nei servizi pubblici. **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"***

LA SOCIETA' IN HOUSE. PRESUPPOSTI NELLE DIRETTIVE

- **Requisito della totale partecipazione pubblica:** è sempre richiesta.
- **Tuttavia una relazione in house viene egualmente configurata anche in presenza di forme di partecipazione diretta di capitali privati, a condizione che:**
 - **non comportino controllo o potere di veto, attraverso le quali non può essere esercitata alcuna influenza determinante sul soggetto affidatario;**
 - **siano prescritte dalle disposizioni legislative nazionali e quindi siano previste dalla legge;**
 - **la legge sia conforme ai trattati.**

LA SOCIETA' IN HOUSE. PRESUPPOSTI: IL PRIMA

il requisito del controllo analogo richiede la necessaria partecipazione pubblica totalitaria, la partecipazione, pur minoritaria, di soggetti privati al capitale di una società, alla quale partecipi anche l'amministrazione aggiudicatrice, esclude in ogni caso che tale amministrazione possa esercitare sulla medesima un controllo analogo a quello che essa svolge sui propri servizi (C. giust. UE 11 gennaio 2005, C-26/03, Stadt Halle; C. giust. UE 21 luglio 2005, C-231/03, Consorzio Coname; C. giust. UE, sez. I, 18 gennaio 2007, C-225/05, Je. Au. E da ultimo Corte di Giustizia (sez. V, 19 giugno 2014, C-574/12).

LE SOCIETA' IN HOUSE NEL TUSP

Art. 2: IL DOPO

1. Ai fini del presente decreto si intendono per:

o) «società in house»: le società sulle quali un'amministrazione esercita il controllo analogo o più amministrazioni esercitano il controllo analogo congiunto, nelle quali la partecipazione di capitali privati avviene nelle forme di cui all'articolo 16, comma 1, e che soddisfano il requisito dell'attività prevalente di cui all'articolo 16, comma 3;

LE SOCIETA' IN HOUSE NEL TUSP

ART.16: IL DOPO

2. Ai fini della realizzazione dell'assetto organizzativo di cui al comma 1:

- a) **gli statuti delle società per azioni possono contenere clausole in deroga delle disposizioni dell'*articolo 2380-bis (amministratore) e dell'articolo 2409-novies del codice civile (consiglio di gestione); RINVIO ALLA QUARTA CONSIDERAZIONE***
- b) **gli statuti delle società a responsabilità limitata possono prevedere l'attribuzione all'ente o agli enti pubblici soci di particolari diritti, ai sensi dell'*articolo 2468, terzo comma, del codice civile;***
- c) **in ogni caso, i requisiti del controllo analogo possono essere acquisiti anche mediante la conclusione di appositi patti parasociali; tali patti possono avere durata superiore a cinque anni, in deroga all'*articolo 2341-bis, primo comma, del codice civile.***



L'AFFIDAMENTO IN HOUSE. LE PREVISIONI DEL D.LGS 201/2022

L'AFFIDAMENTO DEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI A RILEV. ECON.

- Può essere effettuato anche a società in house secondo il diritto dell'Unione europea e le previsioni dell'art. 17 (art. 14);
- se, non a rete, possono essere affidati anche alle aziende speciali (art. 14);
- prevede una motivazione rafforzata per il loro l'affidamento (art. 17);
- nonché una serie di vincoli e limitazioni, quali 5 anni di affidamento come regola generale per i servizi non a rete (art. 19), seppur derogabile;
- Prevede indicatori di efficienza e di qualità (artt. 7, 8 e 9);
- nonché oneri burocratici vari per le pubbliche amministrazioni che optano per tale modalità di affidamento (art. 30).

D.LGS 201/2022 ART. 14. SCELTA MODALITA' DI GESTIONE

1. Tenuto conto del principio di autonomia nell'organizzazione dei servizi e dei principi di cui all'articolo 3, l'ente locale e gli altri enti competenti, nelle ipotesi in cui ritengono che il perseguimento dell'interesse pubblico debba essere assicurato affidando il servizio pubblico a un singolo operatore o a un numero limitato di operatori, provvedono all'organizzazione del servizio mediante una delle seguenti modalità di gestione:

- **a)** affidamento a terzi mediante procedura a evidenza pubblica, secondo le modalità previste dall'articolo 15, nel rispetto del diritto dell'Unione europea;
- **b)** affidamento a società mista, secondo le modalità previste dall'articolo 16, nel rispetto del diritto dell'Unione europea;
- **c) affidamento a società in house, nei limiti fissati dal diritto dell'Unione europea, secondo le modalità previste dall'articolo 17;**
- **d)** limitatamente ai servizi diversi da quelli a rete, gestione in economia o mediante aziende speciali di cui all'articolo 114 del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali di cui al decreto legislativo n. 267 del 2000.

D.LGS 201/2022 ART. 14. SCELTA MODALITA' DI GESTIONE

3. Degli esiti della valutazione di cui al comma 2 **si dà conto, prima dell'avvio della procedura di affidamento del servizio, in un'apposita relazione** nella quale sono evidenziate altresì le ragioni e la sussistenza dei requisiti previsti dal diritto dell'Unione europea per la forma di affidamento prescelta, nonché illustrati gli obblighi di servizio pubblico e le eventuali compensazioni economiche, inclusi i relativi criteri di calcolo, anche al fine di evitare sovracompenzioni.

D.LGS 201/2022 ART. 17.

AFFIDAMENTO IN HOUSE

- 1. Gli enti locali e gli altri enti competenti possono affidare i servizi di interesse economico generale di livello locale a società in house (non si parla di altre modalità organizzatorie se non delle aziende speciali per i servizi non a rete ex art. 14, comma 1, lett. c), nei limiti e secondo le modalità di cui alla disciplina in materia di contratti pubblici e di cui al decreto legislativo n. 175 del 2016.**

D.LGS 201/2022 ART. 17.

AFFIDAMENTO IN HOUSE

- 3. Il contratto di servizio è stipulato decorsi sessanta giorni dall'avvenuta pubblicazione, ai sensi dell'articolo 31, comma 2, della deliberazione di affidamento alla società in house sul sito dell'ANAC (non c'è più l'elenco ANAC delle società in house ma senza la pubblicazione sul sito della delibera il contratto non può stipularsi)** La disposizione di cui al presente comma si applica a tutte le ipotesi di affidamento senza procedura a evidenza pubblica di importo superiore alle soglie di rilevanza europea in materia di contratti pubblici, compresi gli affidamenti nei settori di cui agli articoli 32 e 35.

L'IN HOUSE NEL NUOVO
CODICE APPALTI (D.LGS
36/2023)

L'IN HOUSE NEL D.LGS 36/2023.

ART. 7 COMMA 1

- **Articolo 7. Principio di auto-organizzazione amministrativa**
- 1. Le pubbliche amministrazioni organizzano autonomamente l'esecuzione di lavori o la prestazione di beni e servizi attraverso l'auto-produzione, l'esternalizzazione e la cooperazione nel rispetto della disciplina del codice e del diritto dell'Unione europea.

D.LGS 36/2023. ART. 7 COMMA 2 3 SOCIETA' NON STRUMENTALI.

- 2. Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti possono affidare direttamente a società in house (NON CONTEMPLA ALTRI MODULI ORGANIZZATORI) lavori, servizi o forniture, nel rispetto dei principi di cui agli articoli 1, 2 e 3.
- Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti adottano per ciascun affidamento un provvedimento motivato in cui danno conto dei vantaggi per la collettività, delle connesse esternalità e della congruità economica della prestazione, anche in relazione al perseguimento di obiettivi di universalità, socialità, efficienza, economicità, qualità della prestazione, celerità del procedimento e razionale impiego di risorse pubbliche. ... (NON E' CONTEPLATO IL FALLIMENTO DEL MERCATO DI CUI ALL'ART. 192 D.LGS 50/20216)

D.LGS 36/2023. ART. 7 COMMA 2.

SOCIETA' STRUMENTALI

- **2..... In caso di prestazioni strumentali, il provvedimento si intende sufficientemente motivato qualora dia conto dei vantaggi in termini di economicità, di celerità o di perseguimento di interessi strategici.**
- **I vantaggi di economicità possono emergere anche mediante la comparazione con gli standard di riferimento della società Consip S.p.a. e delle altre centrali di committenza, con i parametri ufficiali elaborati da altri enti regionali nazionali o esteri oppure, in mancanza, con gli standard di mercato.**

D.LGS 36/2023. ART. 7 RINVIO AL D.LGS 201/2022

- **3. L'affidamento in house di servizi di interesse economico generale di livello locale è disciplinato dal decreto legislativo 23 dicembre 2022, n. 201.**

TERZA CONSIDERAZIONE:

Nel nuovo codice dei contratti le previsioni sull'in house sono limitate alle società e si rinvia alla normativa del TUSP . Tuttavia il quadro normativo non contempla la disciplina degli affidamenti tramite moduli non associativi (aziende speciali contemplate solo per i servizi non a rete, fondazioni ecc.) soggetti ora esclusi anche dall'obbligo dell'iscrizione all'elenco ANAC (abrogato ex art. 226 comma 1, d.lgs 36/2023) . Si deve ritenere, quindi che in tali casi la disciplina europea sia direttamente applicabile?

SOCIETA' IN HOUSE E
CONTROLLO ANALOGO.
EVOLUZIONE
GIURISPRUDENZIALE E
NORMATIVA.

SOCIETA' IN HOUSE E CONTROLLO ANALOGO

per configurare il controllo analogo è necessario uno strumento, di carattere societario, parasociale o contrattuale, diverso dai normali poteri che un socio, anche totalitario, esercita in assemblea, che in ogni momento possa vincolare l'affidataria agli indirizzi dell'affidante. Non può certo bastare il potere di nomina degli organi perché questi saranno comunque autonomi nella gestione, salvo la possibilità di revocarli

SOCIETA' IN HOUSE E CONTROLLO ANALOGO: ADUN PLENARIA 1/2008

- 1) il bilancio;**
- 2) la qualità dell'amministrazione;**
- 3) la spettanza di poteri ispettivi diretti e concreti;**
- 4) la totale dipendenza del soggetto affidatario diretto del servizio, dall'ente pubblico per quanto concerne le strategie e le politiche aziendali .**

IL CONTROLLO ANALOGO
APPARE MENO INVASIVO
NEGLI ULTIMI APPRODI
GIURISPRUDENZIALI?

CONTROLLO ANALOGO PER LA CASSAZIONE: S.U. SEN.14236/2020

..... il dato letterale della norma (che) qualificando il controllo esercitato come «analogo», intende propriamente affermare che esso non è uguale ma semplicemente simile a quello esercitato dall'ente pubblico sui propri servizi gestiti direttamente. **Inoltre una interpretazione del «controllo analogo» tale per cui la società in house risulti assoggettata ad un potere di direzione gerarchica indistinguibile da quello esercitato dall'ente pubblico sulle proprie articolazioni interne appare incompatibile con i principi di autonomia patrimoniale e attribuzione della personalità giuridica che il codice civile riconosce alla società di capitali".**

CONTROLLO ANALOGO PER LA CASSAZIONE: S.U. ORD 3869/2023

...Resta dunque fermo il carattere istituzionalmente servente della società *in house* quale articolazione della P.A. da cui promana, in contrapposizione alla natura di soggetto giuridico esterno ed autonomo da questa. **E tuttavia il punto di equilibrio – rilevabile come detto nel tipo di condizionamento indotto sulle linee strategiche e le scelte operative fondamentali della società – va posto tra un controllo che, da un lato, non si esaurisca in quello ‘ordinario’, nel senso di normalmente esercitabile dal socio di maggioranza o totalitario (il che, in sostanza, annullerebbe la rilevanza stessa del fenomeno ‘in house’) e che, dall’altro, neppure si identifichi necessariamente in una soggezione assoluta e totalmente riprodottriva dei modelli di comando interni alla PA (il che priverebbe di rilievo, in pratica, la stessa autonomia e personalità giuridica di diritto privato della società)**

QUARTA CONSIDERAZIONE:
***E' compatibile il controllo analogo
con l'autonomia nella gestione degli
amministratori ex 2380 bis e 2409
novies CC alla quale si correla il
relativo sistema delle
responsabilità?***

LA COMPATIBILITA' DEL CONTROLLO ANALOGO AL SISTEMA DEL DIRITTO SOCIETARIO.

DIRITTO SOCIETARIO E CONTROLLO ANALOGO

sul piano del diritto societario, il controllo *analogo*, è difficile da attuare nelle società per azioni sulla base delle regole civilistiche, in quanto il tipo di società, almeno nel nostro ordinamento, impedisce per sua natura ***un controllo invasivo del socio sull'amministrazione.***

DIRITTO SOCIETARIO E CONTROLLO ANALOGO

la riforma del diritto delle società ha accentuato questa caratteristica inibendo ai soci, o meglio all'assemblea, qualsiasi forma di «intrusione» nell'attività gestoria. Il socio non può neppure monitorare la gestione, avendo solo il diritto di voto, di impugnativa delle delibere, e in caso di partecipazione qualificata, di chiedere la convocazione dell'assemblea, di denunciare eventuali sospetti di irregolarità al Collegio sindacale e\o al Tribunale ex 2409 cc

SOCIETA' E AUTONOMIA DEGLI AMMINISTRATORI ART. 2380 BIS

La gestione dell'impresa spetta esclusivamente agli amministratori, i quali compiono le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale.

L'amministrazione della società può essere affidata anche a non soci [[2318](#), [2382](#), [2385](#), [2397](#), [2417](#), [2455](#), [2475](#), [2542](#)].

Quando l'amministrazione è affidata a più persone, queste costituiscono il consiglio di amministrazione [[2388](#), [2405](#), [2421](#), n. 4].

Se lo statuto non stabilisce il numero degli amministratori [[2328](#), n. 9], ma ne indica solamente un numero massimo e minimo, la determinazione spetta all'assemblea.

Il consiglio di amministrazione sceglie tra i suoi componenti il presidente, se questi non è nominato dall'assemblea [[2364](#),

SI RIPROPONE PERTANTO
IL TEMA DEL LIMITE
DELL'INDIRIZZO E
COORDINAMENTO
RIGUARDO ALLE IN
HOUSE.

TRIBUNALE DI PALERMO

10776/2018

invero come pure affermato dalla Suprema Corte **nessun vincolo di asservimento sussiste sugli organi della controllata rispetto alle scelte socio controllante il quale pur avendo un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della società controllata non può spingersi fino ad annullare ogni autonomia gestionale ed esecutiva dei suoi organi amministrativi;**
riconoscere al socio la possibilità di esercitare il controllo analogo non comporta necessariamente una deroga al principio secondo il quale la gestione dell'impresa è di esclusiva competenza dell'organo gestorio.

TRIBUNALE DI ROMA SEZIONE IMPRESE ORD. 10 MAGGIO 2018

lo statuto che attribuisca all'organo gestorio la sola ordinaria amministrazione comporterebbe la creazione di un sistema ibrido, non tipizzato, ove la stessa gestione societaria (e non solo un potere di indirizzo, di autorizzazione o di avocazione) sarebbe ripartita tra più organi, ben al di là delle intenzioni del Tusp. Una clausola siffatta *“determinerebbe una lesione del naturale parallelismo tra potere e responsabilità e, quindi, in definitiva una totale irresponsabilità per l'attività gestoria e per le scelte gestorie (nei limiti in cui esse sono comunque sindacabili per effetto dell'applicazione del principio della **business judgment rule**)”*.

2) ALCUNE SUGGERZIONI

PRIMA SUGGERZIONE:
Nei casi di NON SANA GESTIONE
SOCIETARIA indotta da influenze
«dominanti» della Governance
(esercizio controllo analogo) si deve
stabilire, caso per caso, ove termina
il corretto uso ed inizia l'abuso da
eterodirezione ex 2497 CC?

LE MOTIVAZIONI
DELL'AFFIDAMENTO IN
HOUSE. LE PREVISIONI DEL
D.LGS 50/2016. LA
DIMOSTRAZIONE DEL
FALLIMENTO DEL MERCATO.

LE MOTIVAZIONI NEL D.LGS

50/2016: ART. 192 COMMA 2

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.**

CONSIGLIO DI STATO IV

7/23/2021

10.4. **La norma in esame** (art. 192 cit.) **configura**, come è dato evincere dal suo tenore testuale e secondo l'interpretazione che ne ha fatto la giurisprudenza amministrativa, **una duplice condizione** cui è subordinata la legittimità del ricorso al modello di gestione in house dei servizi pubblici:

(a) la dimostrazione del cd. "fallimento del mercato", ovvero della incapacità del mercato di offrire il servizio de quo alle medesime condizioni, qualitative, economiche e di accessibilità, garantite dal gestore oggetto del "controllo analogo";

(b) la sussistenza di specifici "benefici per la collettività" derivanti dall'affidamento diretto del servizio in house.

QUINTA CONSIDERAZIONE:
L'onere motivazionale di cui all'art. 192 del d.lgs 50/2016 in ordine alla dimostrazione del fallimento del mercato permane o viene meno, atteso che l'art. 7 del nuovo Codice non lo contempla?

L'ONERE MOTIVAZIONALE
IN ORDINE AL FALLIMENTO
DEL MERCATO PERMANE
ANCHE DOPO IL D.LGS
36/2023?

SEZIONE CONTROLLO
VENETO DEL. 145/2023



LA DELIBERAZIONE 145/2023

... , il richiamo contenuto nel comma 2 dell'art. 7 ai principi espressi dagli articoli 1, 2 e 3 dell'articolato normativo, induce il Collegio a ritenere che rimanga fermo l'onere motivazionale di cui si è detto (FALLIMENTO DEL MERCATO) , senza che possa procedersi, anche nel novellato regime, ad un affidamento diretto tout court. Difatti, mette conto di sottolineare che i principi di cui viene chiesta l'applicazione riguardano: il risultato (nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza, che rappresenta lo strumento per conseguire il miglior risultato possibile nell'affidare ed eseguire i contratti) ai sensi dell'art. 1; la fiducia nell'azione legittima, trasparente e corretta dell'amministrazione, dei suoi funzionari e degli operatori economici (art. 2) e, infine, l'accesso al mercato, con l'onere, in capo alle stazioni appaltanti e agli enti concedenti di favorire, secondo le modalità indicate dal codice, l'accesso al mercato degli operatori economici nel rispetto dei principi di concorrenza, di imparzialità, di non discriminazione, di pubblicità e trasparenza, di proporzionalità.

***SESTA CONSIDERAZIONE:
Dove la norma non provvede si deve
ritenere supplisca la normativa
europea?***

IL RINVIO ALLA DISCIPLINA COMUNITARIA

Abrogato (dal 1 luglio 2023) il precedente codice, i riferimenti per la definizione dell'in house providing potranno pertanto riscontrarsi:

- **nell'art. 17 della Direttiva n. 2014/23/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione;**
- **nell'art. 12 della Direttiva n. 2014/24/UE sugli appalti pubblici;**
- **nell'art. 28 della Direttiva n. 2014/25/UE sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali.**

IL RINVIO ALLA DISCIPLINA COMUNITARIA

Il quadro normativo relativo agli affidamenti in house è poi completato:

- dal c. 1 dell'art. 17 del d.lgs 201/2022
- previsione dei requisiti soggettivi che devono possedere le società affidatarie, disciplinati dagli art. 4 e 16 del D. Lgs. 175/2016 (Testo unico sulle società a partecipazione pubblica)

LE VERIFICHE ESTERNE
SUI PRESUPPOSTI
DELL'ESTERNALIZZAZIONE.
LE MODIFICHE APPORTATE
AL TUSP DALLA LEGGE
SULLA CONCORRENZA (ART.
11 LEGGE 118/2022).

LA NUOVA STRUTTURA DELL'ART. 5 DEL TUSP: ANALITICA MOTIVAZIONE

1. A eccezione dei casi in cui la costituzione di una società o l'acquisto di una partecipazione, anche attraverso aumento di capitale, avvenga in conformità a espresse previsioni legislative, **l'atto deliberativo di costituzione di una società a partecipazione pubblica, anche nei casi di cui all'articolo 17, o di acquisto di partecipazioni, anche indirette, da parte di amministrazioni pubbliche in società già costituite deve essere analiticamente motivato con riferimento alla necessità della società per il perseguimento delle finalità istituzionali di cui all'articolo 4, nonché di evidenziando, altresì, le ragioni e le finalità che giustificano tale scelta, anche sul piano della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria gestione diretta o esternalizzata del servizio affidato. La motivazione deve anche dare conto della compatibilità della scelta con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa.**

LA NUOVA STRUTTURA DELL'ART. 5 DEL TUSP: ANALITICA MOTIVAZIONE

4. Ai fini di quanto previsto dal comma 3, per gli atti delle amministrazioni dello Stato e degli enti nazionali sono competenti le Sezioni Riunite in sede di controllo; per gli atti delle regioni e degli enti locali, nonché dei loro enti strumentali, delle università o delle altre istituzioni pubbliche di autonomia aventi sede nella regione, è competente la Sezione regionale di controllo; per gli atti degli enti assoggettati a controllo della Corte dei conti ai sensi della *legge 21 marzo 1958, n. 259*, è competente la Sezione del controllo sugli enti medesimi. La segreteria della Sezione competente trasmette il parere, entro cinque giorni dal deposito, all'amministrazione pubblica interessata, la quale è tenuta a pubblicarlo entro cinque giorni dalla ricezione nel proprio sito internet istituzionale. In caso di parere in tutto o in parte negativo, ove l'amministrazione pubblica interessata intenda procedere egualmente è tenuta a motivare analiticamente le ragioni per le quali intenda discostarsi dal parere e a dare pubblicità, nel proprio sito internet istituzionale, a tali ragioni.

LA VERIFICA SUI
PRESUPPOSTI
DELL'AFFIDAMENTO.
QUESTIONI INTERPRETATIVE
E APPLICATIVE. DALLA
DELIBERAZIONE SEZIONE
VENETO N. 135/2022/QMIG
ALLA DELIBERAZIONE SS.RR.
16/2022/INPR



LA DELIBERAZIONE SEZIONE VENETO N. 135/2022/QMIG

LE POSIZIONI
INTERPRETATIVE DELLE
SEZIONI RIUNITE.
LA DELIBERAZIONE N.
16/2022/INPR

INQUADRAMENTO SISTEMATICO DELLA NOVELLA

- ...il richiamo effettuato dall'art. 5, comma 3, ai precedenti commi 1 e 2 richiede che la Corte dei conti verifichi che il provvedimento adottato dall'Amministrazione contenga un'analitica motivazione in ordine a:
 - a) **necessità della società per il perseguimento delle finalità istituzionali (come declinate dal precedente art. 4 del medesimo TUSP);**
 - b) **ragioni e finalità che giustificano la scelta, anche sul piano della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria, nonché di gestione diretta o esternalizzata del servizio affidato;**
 - c) **compatibilità con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa;**
 - d) **assenza di contrasto con le norme dei Trattati europei e, in particolare, con la disciplina europea in materia di aiuti di Stato alle imprese.**
- Inoltre, la Corte dei conti deve valutare la conformità della delibera inviata a quanto disposto dagli articoli 4, 7 e 8 del TUSP, con particolare riguardo alla sostenibilità finanziaria e alla compatibilità della scelta con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa....

DOVE LA NORMA COLLOCA LA FUNZIONE DELLA CORTE?

■ La funzione attribuita alla Corte dei conti dalla novella legislativa si colloca proprio nel passaggio tra le due fasi, con il chiaro intento di sottoporre a scrutinio i presupposti giuridici ed economici della scelta dell'Amministrazione, prima che la stessa venga attuata mediante gli strumenti del diritto privato; ciò in ragione delle rilevanti conseguenze che la nascita di un nuovo soggetto societario o l'intervento pubblico in una realtà già esistente determina sotto molteplici profili.

LA PROCEDURA EX ART. 5
COMMA 3 E 4 DEL TUSP SI
APPLICA ANCHE IN CASO DI
OPERAZIONI STRAORDINARIE?

LA SEZIONE N.196/2022/QMIG
DELIBERAZIONE TOSCANA

DELIBERAZIONE TOSCANA

196/2022/QMIG.

■ la Sezione regionale di controllo per la Toscana ha rimesso alle SSRR la seguente questione di massima di particolare rilevanza, avente carattere di interesse generale: *“Se rientrano nel perimetro applicativo dell’esame rimesso alla Corte dei conti ai sensi dell’art. 5, commi 3 e 4, TUSP, gli atti deliberativi delle amministrazioni pubbliche concernenti l’approvazione delle seguenti operazioni societarie: la trasformazione da società per azioni in società consortile per azioni; la sottoscrizione dell’aumento di capitale riservato ad un ente pubblico già socio, mediante conferimenti in natura di partecipazioni societarie; la fusione per incorporazione sia con riguardo alle amministrazioni socie della società incorporante sia con riguardo a quelle delle società incorporate”*.

LE POSIZIONI
INTERPRETATIVE DELLE
SEZIONI RIUNITE
IN CASO DI OPERAZIONI
STRAORDINARIE.
LA DELIBERAZIONE N.
19/2022/QMIG

SSRR DELIBERAZIONE N. 19/2022/QMIG: IL PQM

“l’esame degli atti deliberativi di costituzione di società o di acquisizione di partecipazioni societarie da parte delle competenti Sezioni della Corte dei conti, prescritto dai commi 3 e 4 dell’art. 5 del d.lgs. n. 175 del 2016, non riguarda le operazioni di trasformazione fra tipi societari, di fusione e di sottoscrizione di aumento di capitale sociale quando non comporti anche l’acquisto della posizione di socio”.

SECONDA SUGGERZIONE:

La verifica della Corte dei conti si colloca anteriormente alla procedura di affidamento. Ciò non preclude eventuali impugnative nella successiva fase (pubblicistica) della procedura. Potrebbero verificarsi ipotesi di diversità di valutazione tra giudici contabili e amministrativi? Anche alla luce del presunto permanere dell'obbligo di motivazione del fallimento del mercato?

TERZA SUGGERZIONE:

Quali sono gli effetti della nuova formulazione dell'art. 5 del TUSP?

Se l'intento del legislatore con le norme citate in premessa è di ridurre l'esternalizzazione mediante modulo associativo, perché si moltiplicano le richieste di valutazione alle Sezioni della Corte dei conti?

PARERI (PASP) DELLA CORTE DEI CONTI EX ART. 5 TUSP

- 2022 (da novembre): **228**
- 2023 (ad oggi): **487**

QUARTA SUGGERZIONE:

La norma ha sicuramente aiutato a costruire meglio le procedure e l'iter degli affidamenti in house. Ciò, perché il vaglio dei magistrati contabili impone una puntuale strutturazione degli elementi necessari. Tuttavia ci si chiede: negli enti minori vi sono professionalità in grado di sviluppare l'onere motivazionale in maniera puntuale e valutare con cognizione di causa la validità di un piano industriale? O detti adempimenti devono essere assunti dai già oberati (e pochi) Segretari comunali?

CONCLUSIONI.

***Il tempo è esaurito ... vi lascio con le
considerazioni e le suggestioni...
le conclusioni...***

ALLA PROSSIMA VOLTA...

Grazie per l'attenzione