

Parere positivo del Consiglio di Stato: rivisto dopo il Correttivo, il provvedimento Anac viaggia verso la Gazzetta Ufficiale

# In house, ok alle Linee guida

Dal 30 ottobre iscrizione all'Albo e verifica dell'Autorità sui requisiti per l'affidamento

DI GIUSEPPE LATOUR

Il Consiglio di Stato licenzia il suo parere sulle linee guida Anac in materia di in house. E di fatto sblocca l'accesso all'elenco delle società: sarà possibile iscriversi dal 30 ottobre prossimo.

È stato appena pubblicato il documento con il quale Palazzo Spada dà via libera alla nuova versione del provvedimento dell'Authority, aggiornata all'indomani della pubblicazione del decreto correttivo del Codice (il testo non è ancora disponibile). I tecnici di Raffaele Cantone, con il loro lavoro di limatura, hanno di fatto accolto tutte le osservazioni dei giudici amministrativi, che dunque danno ora una via libera pieno.

Al nuovo albo - va ricordato - dovranno

non iscriversi tutte le società che ricevono affidamenti senza gara: dalle società controllate dai ministeri (come Sogesid o Sogei) fino alle decine di municipalizzate incaricate della gestione dei servizi pubblici locali, come acqua, rifiuti e trasporti. Chi non fa domanda o non supera l'esame sui requisiti per l'iscrizione (controllo analogo, fatturato all'80% derivante da servizi per la controllante, partecipazione di capitali privati senza influenza determinante sulle decisioni) perde il diritto di ricevere e assegnare appalti in house e rischia di vedersi recapitare un provvedimento Anac anche sugli appalti in corso.

Le linee guida, pubblicate originariamente a metà marzo, sono diventate operative quindici giorni dopo l'approdo in Gazzetta. Da quel momento è partito un conto alla rovescia di 90 giorni. Solo

al termine di questo periodo-cuscinetto le società in house e gli enti gestori di servizi a rete avrebbero potuto cominciare a inoltrare le richieste di iscrizione. Questa tagliola, però, è stata rimandata in avanti. Il motivo è da ricercare nel correttivo appalti, il decreto n. 56 del 2017 che ha modificato il Codice e che ha ritoccato in diversi punti la materia delle società in house.

È stato allora necessario aggiornare le linee guida posticipando al 30 ottobre del 2017 il termine di avvio per la presentazione delle domande di iscrizione. Il procedimento per l'iscrizione, comunque, avrà una durata ordinaria di 90 giorni e non potrà mai superare i 180 giorni.

Oltre a sottolineare il recepimento del precedente parere in blocco, il Consiglio

di Stato fa alcune osservazioni nel suo parere. Soprattutto, richiede che i casi nei quali l'Anac accerta l'assenza dei requisiti di legge che devono essere posseduti per l'iscrizione nell'elenco e quelli in cui ne dispone la cancellazione per la sopravvenuta carenza di tali requisiti siano allineati alle nuove norme sul potere di raccomandazione vincolante (oramai abrogato). Adesso, infatti, è previsto un potere di impugnativa che, nella nuova formulazione delle linee guida, è espressamente riferito "ai contratti già aggiudicati mediante il modulo dell'in house providing". A parte queste limature, Palazzo Spada dà parere favorevole al provvedimento. Che, a questo punto, è pronto a decollare nella sua versione definitiva. ■

© RIPRODUZIONE RISERVATA

## Affidamento senza gara, norme e sentenze ampliano il campo Dai giudici ok a mini-quote azionarie e controllo congiunto

DI ROBERTO MANGANI

Una recente pronuncia del Consiglio di Stato, Sez. V, 18 luglio 2017, n. 3554 ripropone alcuni principi fondamentali in materia di affidamenti in house.

### IL CASO IN ESAME

Un Comune aveva deliberato l'affidamento del servizio di igiene urbana ricorrendo all'in house, in luogo dell'esternalizzazione tramite affidamento a soggetti terzi scelti con procedura di gara, operata in precedenza. In concreto l'affidamento era avvenuto a favore di una società interamente partecipata da enti pubblici e di cui il Comune aveva acquisito una partecipazione pari allo 0,1% del capitale sociale.

Un operatore privato del settore ha proposto ricorso davanti al giudice amministrativo contestando la scelta del Comune sotto un duplice profilo: l'in house deve rappresentare un'eccezione rispetto alla regola generale, che resta quella dell'affidamento con gara, dunque andrebbe circoscritto a casi eccezionali, dandone congrua e diffusa motivazione; inoltre nel caso specifico non potrebbe configurarsi il requisito del controllo analogo, vista l'esiguità delle azioni detenute dal Comune (0,1%).

Il Tar Lombardia ha respinto il ricorso, rigettando entrambe le censure, che sono state sostanzialmente riproposte davanti al Consiglio di Stato che ha tuttavia confermato la decisione del giudice di primo grado.

### L'IN HOUSE COME MODELLO ORDINARIO

Il Consiglio di Stato ha evidenziato come secondo il più recente indirizzo giurisprudenziale, che appare ormai consolidato, l'affidamento in house non rappresenta più un modello di carattere eccezionale per la gestione dei servizi pubblici locali, essendo equiparato all'affidamento a soggetti terzi. La decisione dell'ente locale di ricorrere all'in house deve solo essere adeguatamente motivata ed è sottratta al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, a meno che non sia affetta da un macroscopico vizio sotto il profilo del travisamento dei fatti o dell'illogicità manifesta.

### IL CONTROLLO ANALOGO CONGIUNTO

Uno dei presupposti di legittimità degli affidamenti in house è stato tradizionalmente individuato nella necessità che l'ente pubblico eserciti sulla società affidataria un controllo analogo a quello che normalmente esercita sui propri uffici interni. Il che significa la concreta possibilità di incidere sia sulle scelte strategiche che sulle decisioni operative della società medesima. La giurisprudenza prima comunitaria e poi nazionale ha nel tempo ammesso anche il così detto "controllo analogo congiunto", esercitato cioè non dal singolo ente pubblico ma da una pluralità di enti, tutti azionisti della società affidataria. Non serve che ciascuno ente pubblico eserciti individualmente i poteri di indirizzo e direzione sulla società in house, essendo sufficiente che ogni ente partecipi sia al

capitale (senza quota minima) sia agli organi direttivi della società. Ma in quest'ultimo caso non serve che ogni singolo ente abbia un rappresentante, essendo possibile anche che un solo soggetto rappresenti congiuntamente più enti azionisti.

Nel caso di specie il giudice amministrativo ha ritenuto che la governance della società in house e gli strumenti messi in campo dagli enti pubblici azionisti garantissero la sussistenza del "controllo analogo congiunto".

In particolare, assumono rilievo i patti parasociali sottoscritti da tutti gli azionisti, in base ai quali gli stessi si impegnano a votare in assemblea su questioni che riguardano i servizi prestati in uno specifico Comune in conformità alla volontà espressa dal medesimo Comune, cosicché nella sostanza quest'ultimo diviene il dominus delle decisioni che riguardano la gestione del servizio nel proprio territorio. In secondo luogo lo statuto della società in house prevede l'istituzione di un Comitato di coordinamento, formato da rappresentanti di tutti gli enti locali azionisti, che può esprimere pareri da cui l'organo amministrativo può discostarsi solo previa congrua motivazione.

Infine, sempre in base allo statuto le decisioni più rilevanti sugli atti di indirizzo strategico della società sono sottratte alla competenza dell'organo amministrativo e sottoposte all'approvazione dell'assemblea (dove peraltro, come detto, vige il meccanismo previsto dai patti parasociali che nei fatti consente ad ogni comune azionista di avere un'autonomia decisionale piena sulle decisioni che attengono allo svolgimento del servizio sul proprio territorio).

### LE NORME UE

Il principio della natura ordinaria e non eccezionale del modello dell'in house è stato peraltro affermato anche nella Direttiva Ue 2014/24, dove nel quinto considerando viene espressamente previsto che non vi è alcuna disposizione comunitaria che obblighi gli stati membri a privilegiare l'esternalizzazione dei propri servizi in luogo della autoproduzione degli stessi (tramite appunto affidamenti in house).

### LE NORME STATALI

Il modello dell'in house trova per la prima volta una specifica regolamentazione legislativa, uscendo dalla dimensione esclusivamente giurisprudenziale. Assume rilievo la specifica disciplina contenuta sia nel D.lgs. 50/2016 (articolo 5) che nel T.U. sulle società pubbliche (articolo 16). Vi è quindi una sostanziale equiparazione ai fini dello svolgimento di un determinato servizio tra ricorso all'in house e affidamento a soggetti terzi selezionati sul mercato concorrenziale.

L'unica cautela è dettata dalla previsione contenuta all'articolo 192, comma 2 del D.lgs. 50/2016 che impone che l'affidamento in house sia accompagnato da un provvedimento che potremmo definire "a motivazione rafforzata". È infatti stabilito che l'ente pubblico che intenda perseguire questa soluzione organizzativa debba preventivamente valutare la congruità dell'offerta economica della società in house e

dare conto in maniera puntuale delle ragioni del mancato ricorso al mercato e dei benefici per la collettività di riferimento in termini di universalità e efficienza del servizio e di ottimale impiego delle risorse pubbliche.

In relazione al "controllo analogo congiunto", il D.lgs. 50/2016 contempla esplicitamente due degli elementi indicati dal giudice amministrativo, e cioè la possibilità che nell'ambito dell'organo amministrativo vi siano singoli componenti che rappresentino congiuntamente anche più enti pubblici azionisti (articolo 5, comma 5, lettera a) e che il controllo congiunto di tali enti sia idoneo a incidere sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative della società in house (articolo 5, comma 5, lettera b).

Dal canto suo il Testo Unico sulle società pubbliche valorizza un altro degli elementi evidenziati nella pronuncia del Consiglio di Stato, e cioè il ruolo che può essere svolto dai patti parasociali. L'articolo 16, comma 2, lettera c) del D.lgs. 175/2016 specifica infatti che il requisito del controllo analogo può essere acquisito anche attraverso la stipula tra gli azionisti della società in house di appositi patti parasociali, stabilendo peraltro che, in deroga al codice civile, la loro durata può anche essere superiore a cinque anni.

### TRE PROFILI NON CONSIDERATI

Vi sono poi tre novità normative non direttamente presi in considerazione dalla pronuncia del giudice amministrativo.

1) **Partecipazione privata.** Sia il D.lgs. 50/2016 che il Testo Unico sulle società pubbliche introducono una sostanziale innovazione: viene consentita la possibilità che all'azionariato della società in house partecipino anche soggetti privati, a condizione che tale partecipazione sia prevista da specifiche norme di legge e non comporti alcuna forma di controllo o di potere di veto né la possibilità di esercitare un'influenza dominante sulla società (articolo 5, comma 3 D.lgs. 50/2016 e articolo 16, comma 1, D.lgs. 175/2016).

2) **Controllo analogo indiretto.** La seconda rilevante innovazione riguarda la configurabilità del controllo analogo indiretto. In questa ipotesi il controllo analogo viene esercitato non direttamente dall'ente pubblico sulla società in house, bensì da un'altra società sulla quale il suddetto ente abbia a sua volta potere di controllo (articolo 5, comma 2, D.lgs. 50/2016 e articolo 1, comma 1, lettera c, D.lgs. 175/2016).

3) **Attività prevalente.** Infine, il D.lgs. 50/2016 (articolo 5, comma 1, lettera b) offre per la prima volta un chiaro riferimento quantitativo in merito alla misura dell'attività che la società in house deve svolgere esclusivamente a favore dell'ente pubblico controllante. In luogo della più generica nozione di "attività prevalente" - affermata dalla costante giurisprudenza precedente - tale misura viene infatti identificata nell'80% del fatturato della società, con l'importante precisazione che tale fatturato può derivare da servizi svolti a favore non solo della Pa azionista ma anche di altre persone giuridiche a loro volta controllate dal suddetto ente. ■

© RIPRODUZIONE RISERVATA