

**13/2016**

**Interventi**

## **Codice appalti e concessioni: contratti esclusi e affidamenti in house**

**Ginevra Bruzzone e Raffaella Marzulli**

Seminario Utilitatis  
Codice appalti e concessioni: quid novi?

Roma, 27 settembre 2016

# Verso una stabilizzazione del quadro normativo?

Nell'ultimo decennio vi sono state numerosissime modifiche del quadro normativo in tema di contratti pubblici e affidamenti in house. Oggi abbiamo un momento di discontinuità dal punto di vista normativo. Sono stati adottati a pochi mesi di distanza :

- **codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione** – (d. lgs. 50/2016 in attuazione delle direttive europee del 2014 su appalti e concessioni)
- **testo unico in materia di società a partecipazione pubblica – TUSP** (d.lgs. 175/2016)

A breve, anche **testo unico sui servizi pubblici locali -TUSPL**, come il TUSP in attuazione della legge Madia

- Questi tre provvedimenti, nel loro insieme, ridefiniscono la disciplina dell'in house a livello nazionale

=> Ne deriverà una stabilizzazione della normativa?

# **I contratti esclusi in tutto o in parte dal Codice**

# La disciplina e i principi generali

- Le regole sui contratti esclusi in tutto o in parte dall'applicazione del Codice sono contenute nel Titolo II della Parte I (artt. 4-20)
  
- **Art. 4:** l'affidamento dei contratti esclusi in tutto o in parte dall'ambito di applicazione oggettiva del Codice avviene nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente e efficienza energetica
  
- logica non solo europea, anche nazionale
- l'applicazione dei principi va declinata in ragione della tipologia di contratto escluso

# Concessioni, appalti e accordi nell'ambito del settore pubblico

In conformità alle direttive, non rientrano nell'ambito di applicazione del Codice concessioni, appalti e accordi nell'ambito del settore pubblico (**art. 5**):

- in house 'classico' con alcune variazioni (art. 5.1);
- in house indiretto (art. 5.2)
- in house con controllo analogo congiunto (art. 5.4 e 5);
- in house verticale rovesciato (art. 5.3);
- in house orizzontale – contratto aggiudicato dalla controllata a un'altra controllata dalla stessa amministrazione aggiudicatrice (art. 5.3);
- accordo di collaborazione tra amministrazioni o enti aggiudicatori relativo alla prestazione di servizi pubblici di competenza, nell'interesse esclusivamente pubblico, e a condizione che meno del 20 per cento dell'attività sia svolta sul mercato aperto

## Nei settori speciali ...

- l'art. 6 esclude i contratti aggiudicati da una **joint venture di cui fanno parte gli enti aggiudicatori** a un'impresa collegata a uno degli enti che la compongono, o da uno degli enti aggiudicatori a una joint venture di cui fa parte. La joint venture deve essere costituita per svolgere le attività oggetto del contratto per almeno 3 anni e gli enti che la compongono devono farne parte per tale periodo
- l'art. 7 esclude i contratti aggiudicati dall'ente aggiudicatore a un'**impresa collegata** o da una joint venture composta da più enti aggiudicatori a un'impresa collegata a uno degli enti partecipanti, purché l'80% del fatturato della joint venture negli ultimi tre anni provenga da prestazioni rese all'ente aggiudicatore o alle altre imprese a cui è collegata

# Attività aperte alla concorrenza nei settori speciali

- l'art. 8 riformula l'esclusione relativa ai casi in cui l' **attività è direttamente esposta alla concorrenza**
- per quanto riguarda la procedura, la valutazione resta affidata alla Commissione europea, su richiesta del governo o anche dell'ente aggiudicatore; è possibile una nota a supporto della richiesta da parte dell'Autorità di regolazione competente
- l'apertura del mercato è presunta se lo Stato ha adottato i provvedimenti attuativi previsti dall'allegato VII del Codice

## Tra le altre esclusioni...

- contratti di servizi aggiudicati in base a un **diritto esclusivo** spettante all'amministrazione o concesso a un operatore economico in conformità al diritto europeo (art. 9)
- **concessioni nel settore idrico**: fornitura, gestione e alimentazione reti, nonché attività collegate – progetti ingegneria, smaltimento e trattamento acque reflue (art. 12)
- appalti e concorsi di progettazione aggiudicati o organizzati dagli enti aggiudicatori per scopi **diversi dal perseguimento delle attività ricomprese nei settori speciali o per l'esercizio di tali attività in un Paese terzo** (art. 14)



## Inoltre ...

- esclusioni specifiche per appalti e **concessioni di servizi (art. 17)**: per esempio acquisto o locazione fabbricati, programmi destinati ai servizi di media audiovisivi o radiofonici, servizi di arbitrato e conciliazione, alcuni servizi legali, alcuni servizi finanziari, prestiti, contratti di lavoro, difesa e protezione civile, trasporto pubblico passeggeri per ferrovia e metropolitana
- esclusioni specifiche per **concessioni (art. 18)** : servizi di trasporto aereo; trasporto pubblico passeggeri ex reg. 1370/2007; servizi di lotteria in base a diritto esclusivo; concessioni aggiudicate per l'esercizio dell'attività in un paese terzo

# Sponsorizzazioni e opere pubbliche finanziate da privati

➤ **contratti di sponsorizzazione:** disciplina semplificata, soggetti solo alla pubblicazione di avviso sul sito internet. Trascorso il periodo di pubblicazione il contratto può essere liberamente negoziato nel rispetto dei principi di imparzialità e parità di trattamento fra gli operatori che hanno manifestato interesse. Se lo sponsor realizza a sue spese, richiede una mera verifica dei requisiti professionali. La stazione appaltante impartisce le opportune prescrizioni (art. 19)

➤ **opera pubblica realizzata, in tutto o in parte, a cura e spesa di un privato,** previo ottenimento delle necessarie autorizzazioni. Si applicano i motivi di esclusione ex art. 80. L'amministrazione valuta il progetto di fattibilità con l'indicazione del tempo massimo in cui le opere vanno completate. Il rapporto è disciplinato da una convenzione (art. 20)

## La ratio delle esclusioni

Vi sono diverse ragioni che giustificano le esclusioni previste dal Codice:

- la fattispecie è regolata da altre disposizioni (v. reg. 1370/2007 o norme internazionali)
- non serve la disciplina dei contratti pubblici (ad esempio, quando per un'attività nei settori speciali vi sono condizioni di concorrenza)
- ci si trova nell'ambito dell'autonomia organizzativa della PA (contratti in ambito pubblico)
- serve una maggiore discrezionalità all'amministrazione (immobili, programmi, servizi lotteria ecc)
- è sufficiente una disciplina più leggera (ad esempio, sponsorizzazioni)

L'applicazione dei principi generali va calata nella realtà del contratto pubblico considerato

# **Focus sulla nuova disciplina degli affidamenti in house**

# Sommario

1. La disciplina europea prima delle direttive
2. Le novità delle direttive
3. Gli spazi di scelta per il legislatore nazionale
4. L'attuale quadro normativo: TUSP, nuovo Codice appalti, prossimo TUSPL (società in house; affidamenti diretti in house; vincoli alla gestione delle società in house)

# **1. La disciplina europea prima delle direttive**

# Applicazione del Trattato e direttive

- In base alla giurisprudenza della Corte di giustizia, ai contratti pubblici si applicano le disposizioni del TFUE in materia di non discriminazione, libera circolazione delle merci e dei servizi, libertà di stabilimento e i relativi principi
- Con le direttive in tema di appalti pubblici sono state fissate alcune regole comuni sulle procedure da seguire per i contratti sopra soglia. Le direttive sono state progressivamente riviste e aggiornate, da ultimo nel 2014. Le direttive sugli appalti nei settori ordinari e speciali (2014/24/UE e 2014/25/UE) sostituiscono direttive preesistenti (2004/18/CE e 2004/17/CE).
- Per le concessioni, in precedenza non c'era una direttiva: in questo senso la direttiva 2014/23/UE costituisce una novità. Scarne disposizioni sulle concessioni di lavori erano contenute nella direttiva 2004/18; oggi la direttiva 2014/23 copre anche le concessioni di servizi (alle quali nel contesto precedente si applicavano solo le regole e i principi del Trattato)

# I confini dell'in house nella giurisprudenza UE

- La Corte di giustizia, a partire dalla sentenza *Teckal* (1999) ha definito un ambito in cui, sia pure in presenza di un contratto pubblico, le regole del mercato interno non si applicano perché, in sostanza, il rapporto economico non coinvolge un operatore terzo, ma una propaggine organizzativa del soggetto aggiudicatore. L'affidamento diretto quindi non crea un favor per un'impresa rispetto ad altri possibili concorrenti: si tratta dell'esercizio dell'autonomia organizzativa del soggetto aggiudicatore
- Fuori dall'in house, quando il contraente non è una propaggine organizzativa ma un operatore economico distinto, si applicano le regole del mercato interno



## Alcune osservazioni

- Sino al 2014 l'in house non era stato esplicitamente considerato dalle direttive perché dal punto di vista giuridico si trattava di una precisazione non necessaria: agli affidamenti in house, come intesi dalla Corte di giustizia, non si applicano tout court le regole del Trattato sulle libertà fondamentali
- Va ricordato che alle società in house si applicano, invece, le regole antitrust e sugli aiuti di Stato. In particolare, anche quando l'affidamento diretto è legittimo in quanto sono soddisfatti i requisiti dell'in house, le compensazioni degli obblighi di servizio pubblico devono tenere conto della giurisprudenza *Altmark* e del pacchetto Almunia (cfr. Commissione europea, Guida relativa all'applicazione ai servizi di interesse economico generale delle norme UE in materia di aiuti di stato, appalti pubblici e mercato interno, SWD(2013) 53 final)

## *Teckal*: i presupposti dell'in house

- In base alla giurisprudenza *Teckal*, esiste un rapporto in house quando il soggetto affidatario, anche se dotato di autonoma personalità giuridica, presenta connotazioni tali da poter essere equiparato a un «ufficio» dell'amministrazione affidante.
  - L'equiparazione si ha in presenza di due specifici presupposti:
    - a) controllo analogo: situazione di fatto e di diritto nella quale l'ente è in grado di esercitare sul soggetto affidatario un controllo analogo a quello che lo stesso ente esercita sui propri servizi
    - b) necessità che il soggetto affidatario svolga la parte più importante della propria attività con l'amministrazione affidante. Le attività svolte sul mercato devono avere carattere marginale
- Progressivamente, la giurisprudenza della Corte ha precisato come vanno interpretati questi requisiti

## Il controllo analogo secondo la Corte di Giustizia (i)

Il controllo analogo richiede, per la Corte, la partecipazione pubblica totalitaria e, in aggiunta, un'influenza determinante sull'attività del soggetto affidatario

### *a) la partecipazione pubblica totalitaria*

Secondo la Corte, la partecipazione, seppure minoritaria, di privati al capitale del soggetto affidatario esclude il controllo analogo perché l'investimento privato persegue fini disomogenei rispetto a quelli di pubblico interesse; inoltre il privato tramite l'affidamento diretto beneficerebbe di un vantaggio competitivo ottenuto senza il rispetto delle regole sulla concorrenza (cfr. CdG 11 gennaio 2005, C-26/03, *Stadt Halle*; 21 luglio 2005, C-231/03, *Consorzio Coname*; 18 gennaio 2007, C-225/05, *Jean Auroux*). In *SEA* la Corte ha specificato che il rapporto in house non viene meno per la semplice possibilità di una successiva entrata di investitori privati nel capitale, finché l'entrata non si realizza (CdG 10 settembre 2009, C-573/07)

# Il controllo analogo secondo la Corte di Giustizia (ii)

## *b) l'influenza determinante*

Non è sufficiente la partecipazione pubblica totalitaria: l'amministrazione aggiudicatrice deve essere in grado di esercitare un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti del soggetto affidatario e il controllo esercitato deve essere effettivo, strutturale e funzionale (Corte di Giustizia 29 novembre 2012, C-182/11, *Econord*)

## Il controllo analogo congiunto

La Corte di Giustizia ha riconosciuto che, a determinate condizioni, il controllo analogo può essere esercitato anche congiuntamente da più soggetti pubblici, anche senza che ciascun soggetto eserciti il controllo su base individuale. Non è sufficiente però una minima partecipazione nel capitale, occorre un'influenza effettiva (Corte di Giustizia 29 novembre 2012, C-182/11, *Econord* e Corte di Giustizia 21 luglio 2005, C-231/03 *Coname*)

## **2. Le novità delle direttive del 2014**

# L'eccezione dei contratti tra enti del settore pubblico

Le direttive del 2014 prevedono una specifica eccezione relativa ai contratti tra enti nel settore pubblico che include, come sottoinsieme, i rapporti in house come erano stati definiti dalla giurisprudenza della Corte di giustizia (art. 12 dir. 2014/24; art. 28 dir. 2014/25; art. 17 dir. 2014/23)

- Il motivo di questa previsione (v. i considerando) è l'incertezza giuridica circa la misura in cui i contratti conclusi tra enti nel settore pubblico debbano essere disciplinati dalle norme relative agli appalti pubblici. La giurisprudenza della Corte di giustizia al riguardo viene interpretata in modo divergente dai diversi Stati membri e anche dalle diverse amministrazioni aggiudicatrici

## In particolare ....

Sono espressamente esclusi dall'ambito di applicazione delle direttive:

- i rapporti in house classici “rivisitati” (v. oltre)
- i rapporti in house verticali invertiti e i rapporti in house orizzontali
- i rapporti in house con controllo analogo da parte di più soggetti
- i contratti di cooperazione conclusi tra amministrazioni aggiudicatrici per la prestazione di servizi pubblici di competenza, se la cooperazione è giustificata esclusivamente da motivi di interesse pubblico e le amministrazioni partecipanti svolgono sul mercato aperto meno del 20 per cento delle attività interessate dalla cooperazione



# La rivisitazione dell'in house classico

Nelle direttive:

- è confermato il requisito del **controllo analogo** a quello esercitato sui propri servizi
- rispetto al requisito dell'attività prevalente, è espressamente richiesto che “oltre l'**80 per cento delle attività** della persona giuridica controllata” siano realizzate nello svolgimento dei compiti ad essa affidati “dall'amministrazione aggiudicatrice controllante o da altre persone giuridiche controllate dall'amministrazione aggiudicatrice di cui trattasi” – quindi c'è una soglia quantitativa (è consentito esercitare quasi il 20% dell'attività sul mercato – una quota tutt'altro che marginale)
- viene introdotta una **limitata eccezione al requisito della partecipazione pubblica totalitaria ....**

# Il requisito della partecipazione pubblica rivisto (i)

- “nella persona giuridica controllata non vi è 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 disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati, che non esercitano un’influenza determinante sulla persona giuridica controllata**”

L’eccezione è introdotta per tenere conto della legislazione tedesca che prevede alcune specifiche società con partecipazione obbligatoria dei privati e per il resto tutte le caratteristiche dell’in house (Wasser und Bodenverbände)

I considerando delle direttive fanno riferimento alle particolari caratteristiche degli organismi pubblici con adesione obbligatoria

## Il requisito della partecipazione pubblica rivisto (ii)

La partecipazione dei privati è chiaramente prevista dalle direttive come ipotesi strettamente circoscritta:

- i privati non devono avere controllo o potere di veto, né un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata
- la partecipazione privata deve essere **prescritta** da una legge nazionale (così deve essere letto il termine “prevista” nel CAPCC, art. 5; cfr. Consiglio di Stato n. 2660/2015, *Cineca*)
- inoltre, ogni eventuale legge nazionale che prescriva la partecipazione deve essere **conforme al diritto europeo** (ossia rispettare i principi di non discriminazione, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità). Si tratta infatti di una deroga all'affidamento alla società mista con gara a doppio oggetto e ne può derivare per il privato, anche in assenza di una posizione di controllo, un vantaggio economico rispetto ai concorrenti

### **3. Gli spazi di scelta per il legislatore nazionale**

## Ciò che è proibito e ciò che si può fare

- **non è consentito agli Stati membri ampliare le ipotesi di affidamento diretto in house** oltre quanto previsto dal diritto europeo
  - **gli Stati membri in linea di principio sono liberi di autovincolarsi**, regolando ulteriormente lo spazio che il diritto europeo lascia all'autonomia organizzativa. Essi possono quindi sottoporre a ulteriori vincoli la possibilità degli affidamenti diretti, per perseguire obiettivi quali il buon andamento della pubblica amministrazione, la trasparenza della PA, un'efficace gestione delle risorse pubbliche o una maggiore apertura alla concorrenza (cfr. in tal senso, Consiglio di Stato, sentenza n. 2660/2015, *Cineca*, e Corte costituzionale, sentenze 325/2010 e 46/2013)
- Vi è quindi uno spazio di discrezionalità, nella disciplina dell'in house, lasciato al legislatore nazionale

# I criteri di delega nella legge n. 11/2016

Tra i criteri generali: divieto di gold-plating, derogabile per motivi di interesse pubblico (art. 14, commi 24 ter e quater, legge n. 246/2005)

Criterio specifico: “garanzia di adeguati livelli di pubblicità e trasparenza delle procedure anche per gli appalti pubblici e i contratti di concessione tra enti nell’ambito del settore pubblico, cosiddetti affidamenti in house” (art. 1.1, lett. eee, legge n. 11/2016). Questo criterio apre la strada a una disciplina che va oltre il mero recepimento delle direttive

Al tempo stesso, il recepimento delle direttive e la parallela predisposizione del TUSP è l’occasione per riconsiderare alcuni profili in cui la normativa nazionale è più restrittiva di quella europea (ad esempio, l’art. 13 del d.l. 223/2006 sui vincoli per le società strumentali degli enti locali) e valutare se conservare il medesimo rigore

**4. L'attuale quadro normativo:  
TUSP, nuovo Codice appalti,  
prossimo TUSPL**

# Società in house e controllo analogo

Definizioni:

- **Società in house:** le società sulle quali un'amministrazione esercita il controllo analogo o più amministrazioni esercitano il controllo analogo congiunto (TUSP, art. 2, lett. o)
- **Controllo analogo:** controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, esercitando un'influenza strategica sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della società controllata (Codice, art. 5.2; TUSP, art. 2, lett. c)
- **Controllo analogo indiretto:** tale controllo può essere esercitato da una persona giuridica diversa, a sua volta controllata allo stesso modo dall'amministrazione o dall'ente (TUSP, art. 2, lett. c)



## Controllo analogo congiunto

Il controllo analogo può essere esercitato congiuntamente ad altre amministrazioni o enti aggiudicatori (Codice art. 5.5; TUSP, art. 2, lett. d). Ciò si verifica quando sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni:

- 1) organi decisionali composti da **rappresentanti** di tutti i partecipanti (anche un rappresentante per più partecipanti)
- 2) le amministrazioni o gli enti sono in grado di esercitare congiuntamente un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative della persona giuridica
- 3) la persona giuridica controllata **non persegue interessi contrari** a quelli delle amministrazioni aggiudicatrici o degli enti aggiudicatori controllanti

## **Società partecipate: vincoli di scopo e di attività che le PA devono rispettare**

- Per la costituzione di società da parte delle PA, l'acquisizione o il mantenimento di partecipazioni societarie, l'art. 4 TUSP pone sia **vincoli di scopo istituzionale** (l'attività deve essere strettamente necessaria per il perseguimento delle finalità istituzionali), sia **vincoli di attività** (sono consentite solo alcune attività, tra cui la prestazione di servizi di interesse generale, la realizzazione di opere pubbliche, l'autoproduzione di beni e servizi strumentali, i servizi di committenza)
- inoltre, se si tratta di rapporti in house, le società devono avere come oggetto sociale esclusivo una o più delle suddette attività
- le società locali strumentali di autoproduzione di beni o servizi, non possono costituire nuove società e acquisire partecipazioni (come già previsto dal decreto legge n. 223/2006)

## Obbligo di motivazione

L'art. 5 TUSP richiede che, per costituire società o acquisire partecipazioni, le PA debbano indicare espressamente:

- la necessità della società per il perseguimento delle finalità istituzionali ex art. 4 TUSP
- evidenziando ragioni e finalità anche sul piano della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria
- anche in considerazione della possibilità di destinazione alternativa delle risorse pubbliche impegnate, nonché di gestione diretta o esternalizzata del servizio affidato

La motivazione deve anche dare conto della compatibilità con i principi di efficienza, efficacia e economicità e attestare la compatibilità con la disciplina degli aiuti di stato

Gli enti locali devono sottoporre lo schema di atto deliberativo a una consultazione pubblica; la delibera va trasmessa alla Corte dei conti e all'AGCM – che può in ultima istanza agire in giudizio ex articolo 21-bis l- 287/1990 se la delibera non è conforme a legge

## Società in house: controllo analogo e statuti

Gli affidamenti diretti alle società in house sono consentiti solo in presenza di **controllo analogo** (individuale o congiunto) e se è rispettata la regola dell'assenza di capitali privati (come ridefinita dalle direttive)

- l'art. 16 TUSP dispone che ai fini della realizzazione del controllo congiunto gli **statuti** possono attribuire agli enti partecipanti poteri in deroga alle disposizioni ordinarie
- Il controllo analogo può inoltre essere acquisito con patti parasociali anche di durata superiore a 5 anni
- Per le società in house gli statuti devono prevedere che **oltre l'80% del fatturato** sia conseguito nello svolgimento dei compiti affidati e **che la produzione ulteriore sia consentita solo a condizione che comporti economie di scala o recuperi di efficienza sul complesso dell'attività principale della società** (questo criterio va oltre quanto richiesto dalle direttive, è più proconcorrenziale)

## Mancato rispetto dei limiti

- il mancato rispetto del limite quantitativo costituisce una grave irregolarità ex 2409 cc e art. 15 TUSP
- tuttavia, lo sforamento è sanabile entro 3 mesi da quando si manifesta. La società può scegliere di rinunciare all'attività sul mercato, sciogliendo i relativi rapporti contrattuali, oppure di rinunciare agli affidamenti diretti
- in caso di rinuncia all'affidamento diretto, l'attività va assegnata con gara entro 6 mesi; la società può continuare a svolgere l'attività se sussistono i requisiti ex art. 4. A seguito della cessazione degli affidamenti diretti perdono efficacia le clausole statutarie e i patti parasociali volti a realizzare i requisiti del controllo analogo

NB: l'adeguamento degli statuti alle previsioni del TUSP va effettuato entro il 31 dicembre 2016 (TUSP, art. 26.1)

# L'elenco dei soggetti aggiudicatori che fanno affidamenti diretti

- L'art. 192, comma 1, del Codice appalti, per assicurare trasparenza e pubblicità, prevede l'obbligo per i soggetti aggiudicatori che operano attraverso affidamenti diretti nei confronti di società in house di iscriversi in un apposito elenco presso l'ANAC. Il soggetto deve presentare domanda e l'iscrizione avviene dopo che l'Anac ha accertato l'esistenza dei requisiti
- E' previsto un provvedimento con cui l'Anac definirà modalità e criteri per l'iscrizione. L'art. 192 indica che “la domanda di iscrizione consente all'ente sotto la propria responsabilità di effettuare gli affidamenti diretti” e che resta fermo l'obbligo di pubblicità degli atti connessi ai singoli affidamenti diretti
- il provvedimento Anac, che deve tener conto del TUSP, non è stato ancora adottato

## In attesa del provvedimento Anac

- i soggetti aggiudicatori non sanno ancora come presentare la domanda di iscrizione. Un comunicato del Presidente Anac del 3 agosto 2016 indica che l'iscrizione ha valenza non costitutiva ma meramente dichiarativa e che, nelle more della costituzione dell'elenco, i soggetti possono procedere a affidamenti diretti previo self-assessment dei requisiti
- per ora, l'inoltro della domanda non è pregiudiziale alla possibilità di ricorrere all'affidamento diretto

## **Gli affidamenti diretti nel Codice appalti (art. 5)**

- La disciplina dell'in house nel Codice riguarda anche soggetti affidatari che non hanno forma societaria
- L'art. 5, in conformità alle direttive, esclude dall'ambito di applicazione del Codice (fermi restando i principi ex art. 4) l'in house (classico, verticale invertito, orizzontale) se vi sono le condizioni del controllo analogo, dell'attività prevalente (oltre l'80 %) e della proprietà pubblica –con l'eccezione già analizzata
- Il criterio per determinare la percentuale di attività rivolta all'amministrazione controllante è il fatturato medio dei tre anni precedenti o un'idonea misura alternativa basata sull'attività o, in sua assenza, un'altra misura credibile



## La scelta del socio privato

•L'art. 5, comma 9, del Codice dispone che “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”. Viene così ribadita la necessità di rispettare i principi di trasparenza e non discriminazione nella scelta del socio privato

# Motivazione e trasparenza per affidamenti in house

- L'art. 192, comma 2 del Codice prevede un **obbligo di motivazione per gli affidamenti in house** di servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza. La motivazione deve considerare:
  - congruità economica dell'offerta in relazione a oggetto e valore della prestazione
  - ragioni mancato ricorso al mercato
  - benefici per la collettività della forma di gestione prescelta anche con riferimento a obiettivi di universalità e socialità, efficienza, economicità, qualità del servizio
  - ottimale impiego delle risorse pubbliche

Inoltre, in base all'art. 192.3 tutti gli atti connessi a affidamenti tra enti del settore pubblico devono essere pubblicati sul sito del committente nella sezione Amministrazione trasparente (in conformità al d.lgs. 33/2013 e successivi aggiornamenti)

# Affidamenti diretti e servizi pubblici locali

- La gestione diretta con affidamento in house, conforme al Codice appalti e al TUSP, è una delle modalità di gestione del servizio che possono essere scelte dall'ente affidante in base alla bozza di Testo unico sui servizi pubblici locali.
- La scelta va motivata dando conto della conformità al diritto europeo e delle ragioni della forma di gestione prescelta. In particolare, per gli affidamenti in house occorre giustificare il mancato ricorso al mercato e dimostrare che la scelta non è “comparativamente più svantaggiosa” rispetto a soluzioni alternative
- Per i spl a rete, occorre un piano economico finanziario asseverato che, nel caso di società in house, deve specificare anche l'assetto economico patrimoniale della società, il capitale proprio investito e l'ammontare dell'indebitamento

## **Inoltre, in base al TUSPL...**

- Prima dell'adozione del provvedimento, l'amministrazione deve richiedere il parere preventivo dell'Agcm, che ha trenta giorni di tempo per esprimersi. Nel caso in cui l'Agcm abbia espresso rilievi, il provvedimento finale sull'affidamento diretto va motivato con specifico riferimento a tali rilievi
- La durata dell'affidamento in house dei spl non a rete non può superare 5 anni

## Vincoli specifici per i soggetti in house

- Per gli **acquisti** di beni, servizi e lavori da parte di soggetti in house si applicano le regole del Codice appalti (art. 16 TUSP)
- Per le società in house, a differenza delle altre società a controllo pubblico, è prevista la giurisdizione della Corte dei conti e la **responsabilità per danno erariale** degli amministratori e dei dipendenti (art. 12 TUSP, in linea con Cass., Sez. Un. 26283 del 2013)
- Tutte le società a partecipazione pubblica, comprese quelle in house, sono soggette alla **disciplina in materia di crisi di impresa** (art. 14 TUSP)
- In linea con quanto previsto dalla legge di stabilità per il 2015, le società affidatarie dirette sono soggette a specifici **vincoli finanziari**: se sono in perdita per tre anni, vi è l'obbligo di ridurre del 30% il compenso degli amministratori. Il risultato economico negativo per due anni consecutivi è giusta causa per la revoca degli amministratori salvo che sia coerente con il piano risanamento approvato dall'ente controllante (art. 21, comma 3 TUSP)