



Oggetto: servizio raccolta, trasporto e smaltimento rifiuti - affidamento in house – richiesta di parere.

FUNZ. CONS. 31/2022

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 4 aprile 2022, acquisita al prot. n. 24810, ai sensi del Regolamento sulla funzione consultiva del 7 dicembre 2018 e s.m., si comunica di seguito quanto deliberato dal Consiglio nell'adunanza del 13 luglio 2022.

Si evidenzia in primo luogo che esula dalla sfera di competenza di questa Autorità il rilascio di pareri preventivi in ordine ad atti e provvedimenti delle stazioni appaltanti, nonché alla stipula di contratti d'appalto o di concessione, fatto salvo l'esercizio dell'attività di vigilanza collaborativa in materia di contratti pubblici ai sensi del Regolamento approvato con delibera n. 160/2022.

Quale indirizzo di carattere generale sulla questione sollevata nella richiesta di parere, riferita alla possibilità, per il Consorzio richiedente di procedere ad affidamento in house del servizio in oggetto, nel senso rappresentato nell'istanza, si osserva preliminarmente che la possibilità per un'amministrazione aggiudicatrice di procedere, in deroga alle regole dell'evidenza pubblica, ad affidamenti diretti in favore di un ente strumentale, è subordinata alle condizioni espressamente previste dall'art. 5, comma 1, e dall'art. 192 del d.lgs. 50/2016 (nonché in presenza dei presupposti stabiliti dai citati artt. 4 e 16 del d.lgs. 175/2016).

In particolare il citato art. 5, richiede a tali fini che: «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». Il "controllo analogo" è ritenuto sussistente alle condizioni indicate dal comma 2.

Specifiche disposizioni sono dettate ai commi 4 e 5 del citato art. 5, per il caso di *controllo congiunto sull'ente strumentale da parte di diverse amministrazioni aggiudicatrici*, prevedendo che «debbono essere 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».

L'art. 5 va letto congiuntamente alle disposizioni dell'art. 192 del Codice, ai sensi del quale le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori, per poter operare mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società in house devono essere iscritti nell'elenco previsto dalla disposizione citata. A tal riguardo si rinvia ai chiarimenti offerti dall'Autorità con le Linee guida n. 7, con le quali è stato disciplinato il procedimento per l'iscrizione nell'Elenco di cui al citato art. 192 ed è stato evidenziato (tra l'altro) che «nel caso in cui il controllo su un organismo *in house* sia esercitato *congiuntamente da più amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori*, ai sensi dell'art. 5, commi 4 e 5, del Codice dei contratti pubblici, deve essere presentata una sola domanda riferita a tutti i soggetti interessati all'iscrizione» (par. 4.3). In tal caso l'Autorità esegue le seguenti verifiche «(...): d) in caso di controllo congiunto, è verificata la sussistenza delle condizioni previste dall'art. 5, comma 5, del Codice dei contratti pubblici» (par. 6.3.5).

Alla luce di quanto sopra, la possibilità di procedere all'affidamento diretto di un servizio in favore di una società in house, deve ritenersi subordinata al possesso dei requisiti indicati nell'art. 5 del Codice, oltre negli artt. 4 e 16 del d.lgs. 175/2016, nonché alla previa iscrizione nell'elenco di cui all'art. 192 del Codice, secondo le modalità indicate nelle Linee Guida n. 7/2017.

Si rappresenta inoltre che sul tema l'Autorità ha recentemente adottato il "*Vademecum delle società in house nel nuovo Codice degli appalti e nel Testo unico delle società pubbliche partecipate*" (in data 27 maggio 2022), contenente utili indicazioni in ordine alle condizioni legittimanti l'affidamento diretto in favore delle società in house.

Quanto *all'onere motivazionale* che incombe sulla stazione appaltante ai fini dell'affidamento in house, con atto del Presidente del 18 aprile 2022 (fasc. UVCP 46138/2022), è stato chiarito, che l'art. 192, comma 2 del Codice «individua due momenti valutativi: una valutazione preventiva sulla congruità economica dell'offerta in rapporto all'oggetto e al valore della prestazione del soggetto in house e una valutazione in rapporto al mercato chiedendo di dar conto, nella motivazione appunto, delle ragioni del mancato ricorso al mercato». In tale pronuncia è stato sottolineato che il predetto affidamento non può prescindere da una valutazione complessiva della convenienza del ricorso all'in house che tenga conto di una «...serie di parametri afferenti alla qualità del servizio (quali i benefici per la collettività della forma di gestione prescelta in termini di "universalità e socialità" del servizio, nonché di "efficienza" e di "qualità" del servizio, oltretutto di "ottimale impiego delle risorse pubbliche"), esulanti dall'economicità del medesimo in senso stretto, ma che, una volta esternati, concorrono a sostenere, sotto il profilo motivazionale, il provvedimento di affidamento, nel loro complesso e non in via autonoma e separata l'uno dall'altro; - per altro verso, il giudizio di convenienza economica, riferito all'offerta, così come in concreto formulata dalla società partecipata, con specifico riferimento all'affidamento di che trattasi.(...)».

Secondo l'avviso dell'Autorità, nella pronuncia citata, pertanto, prima di affidare in house un servizio disponibile sul mercato in regime di concorrenza, la Stazione appaltante deve svolgere "un'indagine puntuale" per accertare se vi siano altri operatori privati che operano nello stesso settore, in grado di fornire il servizio richiesto a condizioni migliori.

Anche nello schema delle Linee guida recanti «Indicazioni in materia di affidamenti in house di contratti aventi ad oggetto lavori, servizi o forniture disponibili sul mercato in regime di concorrenza ai sensi dell'articolo 192, comma 2, del decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50 e s.m.i.», pubblicate sul sito istituzionale, è stato evidenziato (tra l'altro) che preventivamente alla scelta di effettuare il predetto affidamento diretto, «la stazione appaltante svolge le valutazioni di competenza in ordine alla presenza sul mercato dei lavori servizi, forniture da affidare, alla congruità

economica dell'offerta dell'organismo in house, e ai benefici per la collettività della forma di gestione prescelta, dando atto delle scelte effettuate e delle relative motivazioni in apposito atto».

Deriva da quanto sopra, che ogni valutazione in ordine all'affidamento in house di un contratto pubblico, in luogo del ricorso al mercato, secondo le indicazioni dell'Autorità, resta in capo all'amministrazione aggiudicatrice, la quale è tenuta a verificare la sussistenza, nella singola fattispecie, delle condizioni legittimanti il ricorso a tale istituto, come definite dalle disposizioni di cui agli artt. 5 e 192 del Codice, oltre agli artt. 4 e 16 del d.lgs. 175/2016, nonché ad effettuare la preliminare analisi di convenienza di cui al comma 2 dell'art. 192 citato, nel senso sopra indicato.

Quanto alla compartecipazione alla società in house di diversi enti pubblici, le modalità per l'esercizio da parte degli stessi del c.d. *controllo congiunto* sono indicate nell'art. 5, comma 5 del Codice, richiamato in premessa. Specifiche indicazioni al riguardo sono state fornite, inoltre, nel Vademecum del 27 maggio 2022 sopra citato, con riferimento (anche) alle modalità con le quali può essere garantito l'esercizio del controllo analogo congiunto ex art. 5 del Codice, nel caso di società in house caratterizzata da un'aggregazione societaria formata da più enti.

Infine, in ordine alla possibilità che nella società in house siano presenti congiuntamente soci pubblici affidanti (che esercitano il controllo analogo e che procedono ad affidamenti diretti dei servizi in favore della stessa) e soci pubblici non affidanti (che non esercitano il controllo analogo e che quindi non procedono ad affidamenti diretti dei servizi in favore della stessa) si è espressa la Corte di Giustizia con ordinanza del 6 febbraio 2020 (Cause riunite da C89/19 a C- 91/19) emessa in relazione alla questione pregiudiziale sollevata dal Consiglio di Stato con ordinanza n. 296/2019.

Al riguardo la Corte di Giustizia CE ha osservato (tra l'altro) che:

- l'articolo 12, paragrafo 3, lettere da a) a c), della direttiva 2014/24 ha lo scopo di precisare le condizioni alle quali un'amministrazione aggiudicatrice che esercita, congiuntamente ad altre amministrazioni aggiudicatrici, un controllo su una persona giuridica di diritto privato o pubblico ai sensi dell'articolo 12, paragrafo 1, della medesima direttiva può aggiudicare un appalto pubblico a tale persona giuridica senza applicare la direttiva in questione.
- L'esclusione delle norme di aggiudicazione degli appalti pubblici prevista all'articolo 12, paragrafo 3, della direttiva 2014/24 è quindi, conformemente alla lettera a) di tale disposizione, subordinata alla condizione che un'amministrazione aggiudicatrice eserciti, congiuntamente ad altre amministrazioni aggiudicatrici, un controllo sulla persona giuridica di cui trattasi analogo a quello da esse esercitato sui propri servizi.
- Ne consegue che l'articolo 12, paragrafo 3, della direttiva 2014/24 non prevede alcun requisito relativo alle condizioni in cui un'amministrazione acquisisce partecipazioni al capitale in una società partecipata da altre amministrazioni.

Sulla base di tali considerazioni, il giudice comunitario ha quindi affermato che «l'articolo 12, paragrafo 3, della direttiva 2014/24 deve essere interpretato nel senso che non osta ad una normativa nazionale che impedisce ad un'amministrazione aggiudicatrice di acquisire partecipazioni al capitale di un ente partecipato da altre amministrazioni aggiudicatrici, qualora tali partecipazioni siano inidonee a garantire il controllo o un potere di veto e qualora detta amministrazione aggiudicatrice intenda acquisire successivamente una posizione di controllo congiunto e, di conseguenza, la possibilità di procedere ad affidamenti diretti di appalti a favore di tale ente, il cui capitale è detenuto da più amministrazioni aggiudicatrici».

Dunque il giudice comunitario ha chiarito che nell'ambito della disciplina in materia di contratti pubblici, ciò che rileva è il rispetto – da parte dell'amministrazione affidante - delle

condizioni legittimanti l'affidamento diretto in favore di una persona giuridica controllata, ai fini della possibile disapplicazione delle norme di aggiudicazione degli appalti.

Tali condizioni, si ribadisce, sono stabilite, nell'ordinamento interno, dagli artt. 5 e 192 del d.lgs. 50/2016, oltre che dagli artt. 4 e 16 del d.lgs. 175/2016.

Alla luce di quanto sopra, si rimette quindi a codesta stazione appaltante ogni valutazione in ordine agli atti ed ai provvedimenti da adottare nella fattispecie oggetto della richiesta di parere, sulla base dell'indirizzo generale illustrato.

Avv. Giuseppe Busia

Firmato digitalmente il 25 luglio 2022