

AFFIDAMENTI IN HOUSE NELLA PRATICA ALLA LUCE DEL D.LGS. N. 36/2023 DEL D.LGS. N. 201/2022 E DEL PNRR

Webinar del 16.5.2023

- Il rapporto tra ente partecipante e società partecipata, specie per quelle in house, si è da sempre presentato foriero di ambiguità, parzialmente dissipate dalla entrata in vigore del testo unico.

- ▶ da un lato si afferma che la società in house è un soggetto con autonomia patrimoniale perfetta
- ▶ dall'altro la presenza, molto spesso, di un solo socio totalitario, rende difficile la differenziazione tra questo e la sua partecipata

- ▶ art. 147 quater del tuel

- ▶ affidamenti da parte dell'ente partecipante alla sua partecipata, vecchio art. 192 del dlgs nr. 50 del 2016

- ▶ *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.*

- ▶ Linee guida ANAC ;
- ▶ Approfondimenti del CdS

- ▶ art. 10 del d.l. n. 77/21 commi 1, 2 e 3

- ▶ 1. Per sostenere la definizione e l'avvio delle procedure di affidamento ed accelerare l'attuazione degli investimenti pubblici, in particolare di quelli previsti dal PNRR e dai cicli di programmazione nazionale e dell'Unione europea 2014-2020 e 2021-2027, le amministrazioni interessate, mediante apposite convenzioni, **possono avvalersi** del supporto tecnico-operativo di società in house qualificate ai sensi dell'articolo 38 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50.
- ▶ NON CI VOLEVA UNA LEGGE PER DIRE CHE GLI ENTI LOCALI POSSONO AVVALERSI DELLE LORO IN HOUSE!!!!

- ▶ 2. L'attività di supporto di cui al comma 1 copre anche le fasi di definizione, attuazione, monitoraggio e valutazione degli interventi e comprende azioni di rafforzamento della capacità amministrativa, anche attraverso la messa a disposizione di esperti particolarmente qualificati.
- ▶ E VOLEVO VEDERE!!!!!!

- ▶ 3. Ai fini dell'articolo 192, comma 2, del decreto legislativo n. 50 del 2016, la valutazione della congruità economica dell'offerta ha riguardo all'oggetto e al valore della prestazione e la motivazione del provvedimento di affidamento dà conto dei vantaggi, rispetto al ricorso al mercato, derivanti dal risparmio di tempo e di risorse economiche, mediante comparazione degli standard di riferimento della società Consip S.p.A. e delle centrali di committenza regionali.

- ▶ Questo è importante, verificare la compatibilità economica rispetto a benchmark:
- ▶ Statali e regionali

- ▶ Da poco è stato pubblicato il decreto del MEF che stabilisce i presupposti e i contenuti minimi delle convenzioni tra pubbliche amministrazioni (stati e non) e società partecipate statali

- ▶ Sebbene detta normativa regolamentare sia diretta alle società partecipate statali, anche nei rapporti tra queste e gli enti locali che intendano fruire dei servizi delle prime, si ritiene che i principi dettagliati siano comuni a tutte le società in house, anche a quelle in cui la partecipazione è detenuta da un ente locale.

- ▶ Il nuovo codice dei contratti
- ▶ Art. 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.

- ▶ 2. Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti possono affidare direttamente a società in house 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** [immagino quelle positive] 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. **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.

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

Art. 5. Oneri di motivazione analitica



- ▶ 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, evidenziando, altresì, le ragioni e le finalità che giustificano tale scelta, anche sul piano della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria, nonché di 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.

- ▶ 2. L'atto deliberativo di cui al comma 1 da' atto della compatibilità dell'intervento finanziario previsto con le norme dei trattati europei e, in particolare, con la disciplina europea in materia di aiuti di Stato alle imprese. Gli enti locali sottopongono lo schema di atto deliberativo a forme di consultazione pubblica, secondo modalità da essi stessi disciplinate.
- ▶ 3. L'amministrazione invia l'atto deliberativo di costituzione della società o di acquisizione della partecipazione diretta o indiretta all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, che può esercitare i poteri di cui all'articolo 21-bis della legge 10 ottobre 1990, n. 287, e alla Corte dei conti, che delibera, entro il termine di sessanta giorni dal ricevimento, in ordine alla conformità dell'atto a quanto disposto dai commi 1 e 2 del presente articolo, nonché dagli articoli 4, 7 e 8, con particolare riguardo alla sostenibilità finanziaria e alla compatibilità della scelta con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa. Qualora la Corte non si pronunci entro il termine di cui al primo periodo, l'amministrazione può procedere alla costituzione della società o all'acquisto della partecipazione di cui al presente articolo.

Legge 287 del 1990



- ▶ **Art. 21-bis. Poteri dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato sugli atti amministrativi che determinano distorsioni della concorrenza**
- ▶ 1. L'Autorità garante della concorrenza e del mercato è legittimata ad agire in giudizio contro gli atti amministrativi generali, i regolamenti ed i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato.
- ▶ 2. L'Autorità garante della concorrenza e del mercato, se ritiene che una pubblica amministrazione abbia emanato un atto in violazione delle norme a tutela della concorrenza e del mercato, emette, entro sessanta giorni, un parere motivato, nel quale indica gli specifici profili delle violazioni riscontrate. Se la pubblica amministrazione non si conforma nei sessanta giorni successivi alla comunicazione del parere, l'Autorità può presentare, tramite l'Avvocatura dello Stato, il ricorso, entro i successivi trenta giorni.
- ▶ 3. Ai giudizi instaurati ai sensi del comma 1 si applica la disciplina di cui al Libro IV, Titolo V, del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104.

- ▶ Sezioni riunite in sede di controllo (deliberazione n. 16/SSRRCO/QMIG/22 e n. 19/SSRRCO/QMIG/2022),

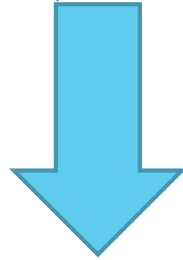
- ▶ La verifica della Corte dei conti ex art. 5, comma 3, TUSP, interviene, pertanto, su un atto deliberativo che, per conseguire gli effetti finali cui è preordinato (id est: la costituzione di una società o l'acquisizione di una partecipazione societaria) necessita della stipulazione, a valle, dell'atto negoziale di costituzione o di acquisto. Pri-ma di essere attuato con gli strumenti privatistici, tale atto deliberativo necessita del vaglio positivo della magistratura contabile ovvero del decorso infruttuoso del termine assegnato per il controllo de quo (l'art. 5, comma 3, TUSP, prevede testualmente: “qualora la Corte non si pronunci entro il termine” di sessanta giorni dal ricevimento, “l'amministrazione può procedere alla costituzione della società o all'acquisto della partecipazione di cui al presente articolo”).

Ambito oggettivo del controllo



- ▶ L'art. 5, comma 3, TUSP enuncia le tipologie di atti che devono essere trasmessi all'esame della Corte dei conti, vale a dire quelli aventi ad oggetto la "costituzione di una società a partecipazione pubblica" (incluse quelle miste pubblico-privato, disciplinate dal successivo art. 17) e di "acquisto di partecipazioni, anche indirette" da parte di Amministrazioni pubbliche (per "partecipazione" deve intendersi "la titolarità di rapporti comportanti la qualità di socio in società o la titolarità di strumenti finanziari che attribuiscono diritti amministrativi", come da definizione contenuta nell'art. 2, lett. f), del medesimo T.U.S.P).

- ▶ Il parere negativo della Corte;
- ▶ Obbligo di motivazione rafforzata, art. 5, comma 4



- ▶ 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.**

Il dlgs 201 del 2022



Verifica del BP (business plan) o strumento equivalente

- ▶ *(Corte dei conti SSRR 16 del 2022),*
- ▶ *la sostenibilità finanziaria sul piano oggettivo dell'operazione di investimento societario deve essere attentamente scandagliata dall'Amministrazione pubblica, nell'ambito del proprio iter istruttorio interno, facendo ricorso agli strumenti messi a disposizione dalle scienze aziendalistiche. Tra di essi, senza pretesa di esaustività, va richiamata la necessità che l'atto deliberativo di costituzione societaria o di acquisizione di partecipazioni sia quanto meno suffragato dallo sviluppo di un approfondito Business Plan (o di forme analoghe di analisi di fattibilità) dell'attività di impresa che si intende avviare o proseguire. Trattasi di uno strumento di programmazione sia strategica sia finanziaria che persegue la finalità di supportare le analisi di fattibilità tecnica ed economico-finanziaria concernenti investimenti complessi e di durata pluriennale, consistenti tanto in nuove iniziative imprenditoriali (start-up) quanto in acquisizioni di realtà esistenti o nella loro espansione.*

Art. 6. Distinzione tra funzioni di regolazione e gestione nell'assetto organizzativo degli enti locali. Incompatibilità e inconferibilità



- ▶ **1. Ferme restando le competenze delle autorità nazionali in materia di regolazione economico-tariffaria e della qualità, a livello locale le funzioni di regolazione, di indirizzo e di controllo e quelle di gestione dei servizi pubblici locali a rete sono distinte e si esercitano separatamente.**

- ▶ Il principio de quo attua il diritto dell'Unione europea nella materia de qua, come declinato anche dalla giurisprudenza costituzionale. Infatti, come emerge anche dagli atti parlamentari (Atti del Governo sottoposti a parere - A.G. 003 - Diparti-mento Istituzioni AC0085 - 22 novembre 2022 - Riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica), <<le disposizioni dettate dall'art. 6 rispondono all'esigenza segnalata dalla Corte costituzionale di evitare “la commistione, in capo alle medesime amministrazioni, di ruoli tra loro incompatibili” (Corte costituzionale, sentenza n. 41 del 2013), imponendo la distinzione - sia in via di principio, sia con misure applicative - tra soggetto regolatore e soggetto regolato, soggetto controllore e soggetto controllato>>.

Particolari vicende, art. 27



- ▶ 1. Le modifiche durante il periodo di efficacia, la cessazione anticipata e la risoluzione del rapporto contrattuale sono consentite nei limiti e secondo le modalità previste dal diritto dell'Unione europea e dalla disciplina in materia di contratti pubblici

- ▶ 2. In caso di ricorso all'affidamento in house gli aggiornamenti e le modifiche del contratto di servizio **devono essere asseverati secondo le modalità di cui all'articolo 17, comma 4.**

▶ ECCOLO

- ▶ 4. Per i servizi pubblici locali a rete, alla deliberazione di cui al comma 2 è allegato un **piano economico-finanziario** che, fatte salve le discipline di settore, contiene anche la proiezione, su base triennale e per l'intero periodo di durata dell'affidamento, dei costi e dei ricavi, degli investimenti e dei relativi finanziamenti, nonché la specificazione dell'assetto economico-patrimoniale della società, del capitale proprio investito e dell'ammontare dell'indebitamento, da aggiornare ogni triennio. Tale piano deve essere asseverato da un istituto di credito o da una società di servizi iscritta all'albo degli intermediari finanziari ai sensi dell'articolo 106 del testo unico di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, o da una società di revisione ai sensi dell'articolo 1 della legge 23 novembre 1939, n. 1966, o da revisori legali ai sensi del decreto legislativo 27 gennaio 2010, n. 39.

- ▶ È in ogni caso fatto salvo il potere dell'ente affidante di risolvere anticipatamente il rapporto in caso di grave inadempimento agli obblighi di servizio pubblico e alle obbligazioni previste dal contratto di servizio.

E per gli affidamenti in essere alla data di entrata in vigore del dlgs 201 del 2022?



- ▶ IL CONTENUTO DELL'ART. 27 C. 2 DEL DLLGS N. 201-2022 SI APPLICA IN CASO DI AGGIORNAMENTI E MODIFICHE DI CONTRATTI DI AFFIDAMENTO IN HOUSE SUCCESSIVI ALL'ENTRATA IN VIGORE DEL DLGS MA STIPULATI ANTECEDENTEMENTE ALL'ENTRATA IN VIGORE.
- ▶ Se si tratta di aggiornamenti e modifiche sostanziali, che incidono sull'equilibrio finanziario, direi di sì, siamo quasi in presenza di una novazione o rinegoziazione del rapporto

QUALI ADEMPIMENTI SONO PREVISTI IN CASO DI ADESIONI PER LA GESTIONE ASSOCIATA DI SERVIZI PUBBLICI (ART. 30 TUEL) EFFETTUATE NEL 2023, NEL CASO IN CUI L'ENTE PUBBLICO ASSOCIATO ABBIA GIÀ AFFIDATO IL SERVIZIO PUBBLICO ALLA PARTECIPATA PRIMA DEL 2012.

- ▶ Una cosa è il 30 TUEL, gestione associata, un'altra è la costituzione di partecipata.
- ▶ Solo per questa occorre la analitica motivazione e la sostenibilità finanziaria