



Quotidiano

Enti Locali & Pa

Q
E
L

HOME › SERVIZI PUBBLICI

Ancora illegittimo l'affidamento in house alla società di cui fa parte un privato

di Mauro Calabrese

17 Set
2015

SEGNALIBRO ☆

FACEBOOK | f

TWITTER | t

STAMPA | p

I Comuni non possono ancora affidare direttamente a una società partecipata da un soggetto privato il servizio pubblico di gestione dei rifiuti urbani e assimilati, mancando in tal caso il requisito del “controllo analogo”, necessario per consentire l'utilizzo del “*in house providing*”, in luogo della gara d'appalto.

Il Consiglio di Stato

Così ha statuito il [Consiglio di Stato, Sezione V, Sentenza 11 settembre 2015, n. 4253](#), annullando la delibera della giunta comunale di adesione del Comune a una Società per Azioni per affidarle il servizio di gestione dei rifiuti urbani e assimilati, non riscontrando il controllo analogo da parte dell'amministrazione che l'ha costituita, data la partecipazione anche di soggetti privati.

Richiamando la costante giurisprudenza amministrativa, sulla scorta dei principi fissati dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nella Sentenza 3 marzo 2008, n. 1, i giudici della Quinta sezione hanno ribadito come sia indispensabile, per legittimare il procedimento di affidamento diretto, il requisito della sottoposizione dell'affidatario al controllo analogo, ravvisabile esclusivamente nella partecipazione totalitaria della Pubblica Amministrazione al capitale sociale, e quindi nella totale assenza di soggetti privati.

Il controllo analogo

Confermando la pronuncia di primo grado del Tribunale

Amministrativo Regionale del Friuli Venezia Giulia, il Collegio ribadisce la necessità della partecipazione pubblica totalitaria e la titolarità in capo all'amministrazione locale di strumenti di controllo più incisivi di quelli previsti dal diritto civile, visto che il coinvolgimento, anche minoritario, di un soggetto privato nella compagine societaria, fondatamente esclude la possibilità di esercitare sulla partecipata quella forma di controllo definito "analogo" a quello che l'Ente svolge sugli altri servizi di interesse pubblico.

La giurisprudenza amministrativa costante, ha nel tempo definito una sorta di "decalogo" dell'istituto del *in house providing*, che fornisce alle amministrazioni pubbliche gli elementi costitutivi delle società partecipate, dato il rapporto di stretta strumentalità fra le attività dell'impresa e le esigenze pubbliche che l'ente controllante è chiamato a soddisfare, che necessariamente devono concorrere per escludere l'applicazione della normativa sugli appalti nell'affidamento dei servizi pubblici.

Innanzitutto, a livello statutario, deve essere esclusa la cedibilità a soggetti privati di quote, anche minoritarie, del capitale sociale; inoltre, più ampie facoltà gestionali, a fronte di un consiglio di amministrazione della società privo di rilevanti poteri, devono essere riconosciuti all'ente pubblico controllante, anche al di là di quanto previsto dal diritto societario per la maggioranza sociale; al tempo stesso, anche le decisioni più importanti devono essere sottoposte al vaglio preventivo dell'ente affidante; quindi, deve sempre essere prevalente la cd "destinazione prevalente dell'attività", ovvero la vocazione primaria dell'impresa deve essere rivolta al territorio e alla cittadinanza dell'ente controllante, non perseguendo finalità di crescita ed espansione commerciale e finanziaria, che comportino l'accesso a capitali privati, ribadendo, infine, che il soggetto *in house* non può ritenersi terzo rispetto all'Amministrazione controllante, ma deve considerarsi come uno dei servizi propri dell'Amministrazione stessa.

La nuova Direttiva "Appalti"

Al riscontro dell'assenza di tali requisiti, i giudici amministrativi suggeriscono come, nel caso deciso, si possa, piuttosto che parlare di affidamento *in house*, forse ricondurre l'assetto della società partecipata a quello di un "Partenariato Pubblico Privato", espressione con cui si fa riferimento alle forme di cooperazione tra i poteri pubblici e i privati che hanno lo scopo di finanziare, costruire e gestire infrastrutture o fornire

servizi di interesse pubblico.

Allo stesso modo, conclusivamente ricostruisce la sentenza, non può essere accolta la tesi che ritiene ormai non più applicabile il requisito della totale assenza di partecipazioni private, per configurare il requisito del controllo analogo, alla luce della disposizione dell'articolo 12, paragrafo 1, della Direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE.

La disposizione citata della nuova Direttiva, in tema di "*Appalti pubblici tra enti nell'ambito del settore pubblico*", consente l'aggiudicazione da un'amministrazione aggiudicatrice a una persona giuridica di diritto pubblico o di diritto privato, fuori dal campo di applicazione della stessa, anche in casi di minoritarie partecipazioni di capitali privati, purché non comportino controllo o potere di veto e non esercitino un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata.

Ad avviso del Collegio, tale disposizione, a prescindere dall'effettivo riscontro, nel caso deciso, dei requisiti previsti, non può essere però considerata di immediata applicazione, prevedendo in ogni caso, lo stesso paragrafo 1 dell'articolo 12 citato, la conformità alle disposizioni legislative nazionali, tuttora da adottare, non essendo ancora scaduto il termine di recepimento del 18 aprile 2016 per conformare gli ordinamenti degli Stati Membri, non potendo quindi essere considerata suscettibile di utilizzazione immediata, in ragione della sufficiente specificazione delle disposizioni, secondo il cosiddetto meccanismo "self executing" delle Direttive.

© RIPRODUZIONE RISERVATA

CORRELATI

SERVIZI PUBBLICI

21 Novembre 2014

Evidenza pubblica necessaria per i provvedimenti giurisdizionali che affidano servizi o concessioni

EDILIZIA E APPALTI

24 Novembre 2014

Dal prossimo anno anche l'obbligo delle centrali uniche di committenza negli enti non capoluogo di provincia

EDILIZIA E APPALTI

25 Novembre 2014

Anticorruzione: rischi penali per le varianti ingiustificate negli appalti

APPROFONDIMENTI OPERATIVI[Pubblica Amministrazione 24](#) **Autorità garante della concorrenza e del mercato: Provvedimento 14/04/2014, n. 1122
Comune di Rieti - Proroga al 31 dicembre
2014 dei contratti relativi ai servizi di TPL e
di igiene urbana affidati alla società ASM**

Comune di Rieti L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nella sua riunione del 3 aprile 2014, ha deliberato di esprimere le seguenti considerazioni ai sensi dell'articolo 21 della legge 10 ottobre 1990, n. 287 relativamente alla delibera di Giunta Comunale n. 14 del 27 gennaio 2014 con cui il comune di Rieti ha prorogato al 31 dicembre 2014 i contratti di servizio relativi ai servizi di TPL e al servizio di igiene urbana affidati alla società ASM S.p.A. ai sensi dell'art.

[Pubblica Amministrazione 24](#) **Corte dei Conti: Delibera 17/02/2015, n.
7/SEZAUT/2015/INPR
Linee guida per la relazione annuale del
Presidente della Regione sul sistema dei
controlli interni e sui controlli effettuati
nell'anno 2014 (art. 1, comma 6, decreto-
legge 10 ottobre 2012, n. 174, convertito, con
modificazioni, dalla legge 7 dicembre 2012,
n. 213).
Allegato 2- Schema per la relazione annuale
del Presidente della Regione sul sistema dei
controlli interni e sui controlli effettuati
nell'anno 2014**

SEZIONE I - QUADRO RICOGNITIVO E DESCRITTIVO DEL SISTEMA DEI CONTROLLI INTERNI (salva diversa indicazione, i quesiti si riferiscono ad atti e attività posti in essere dalla Regione nel 2014 o che hanno prodotto effetti sull'esercizio 2014). 1.1 Indicare le tipologie di controllo interno esercitate dalla Regione nel 2014: controllo di regolarità amministrativa e contabile SI NO controllo di gestione SI NO controllo strategico SI NO altre tipologie di

Pubblica Amministrazione 24 

Corte dei Conti: Delibera 09/03/2015, n. 13/SEZAUT/2015/INPR

Linee guida e relativi questionari per gli organi di revisione economico finanziaria degli enti locali per l'attuazione dell'articolo 1, commi 166 e seguenti della Legge 23 dicembre 2005, n. 266. Rendiconto della gestione 2014.

Allegato 1- Linee guida e relativi questionari per gli organi di revisione economico finanziaria degli enti locali per l'attuazione dell'articolo 1, commi 166 e seguenti della legge 23 dicembre 2005, n. 266. Rendiconto della gestione 2014.

La funzione di orientamento affidata, al fine di assicurare la tutela dell'unità economica della Repubblica ed il coordinamento della finanza pubblica, alla Corte dei conti dall'art. 1, commi 166 e seguenti della legge finanziaria per il 2006 (come modificati dall'art. 148-bis, comma 3, del d.lgs. n. 267/2000, introdotto dal d.l. 10 ottobre 2012, n. 174) risulta ancor più rafforzata dall'art. 30 della legge 30 ottobre 2014, n. 161 (legge

Pubblica Amministrazione 24 

Guida agli Enti Locali - 18.10.2013

Affidamento in house anche se è irrilevante la partecipazione dell'ente

Dal confronto tra i principi comunitari e la normativa interna si desume che l'affidamento in house nel rispetto dello schema comunitario è sempre legittimo. Ne deriva che i soggetti imprenditoriali che si sentono danneggiati dalla restrizione degli spazi di mercato conseguente alla proliferazione degli affidamenti in house non possono quindi trovare tutela immediata contro i suddetti affidamenti, ma possono solo ottenere, eventualmente, che sia dichiarata la contrarietà al diritto

Pubblica Amministrazione 24 

Guida agli Enti Locali - 2.5.2014

Tpl: illegittimo l'affidamento diretto del servizio alle cooperative sociali

È illegittimo l'affidamento diretto del servizio di trasporto pubblico urbano e per le zone rurali nel territorio, operato da un Comune in favore di una cooperativa sociale di tipo B in base all'articolo 5 della legge 381/1991, laddove si riscontri che l'affidamento ha per oggetto la concessione di servizio pubblico locale. Questo il principio affermato dal Consiglio di Stato, sez. V, con la sentenza del Consiglio di Stato 1863/2014, che ha il pregio di mettere a fuoco i limiti entro cui