

6

novembre 2022

Il Sole
24 ORE

smart24paplus.com

Periodico mensile / Anno I / n. 6

Diritto e Pratica Amministrativa

Organismi partecipati e enti soci

PNRR

PNRR e in house
senza controllo analogo

CONTROLLO ANALOGO

Eterodirezione
e gestione del dissenso

GIURISDIZIONE

La vendita del ramo d'azienda
nelle partecipate

Comitato scientifico

Massimiliano Atelli

Magistrato, Presidente della Commissione VIA-VAS
e della Commissione PNRR-PNIEC del Ministero della transizione ecologica

Tommaso Miele

Presidente aggiunto della Corte dei conti

Massimo Occhiena

Professore Ordinario di Diritto amministrativo

Giuliano Gruner

Professore Ordinario di Diritto amministrativo

Elisa Scotti

Professore Ordinario di Diritto amministrativo

Domenico Siclari

Professore ordinario di Diritto dell'economia

Diritto e Pratica Amministrativa

NUMERO 6/2022

Direttore Responsabile

Ennio Bulgarelli

**Responsabile di redazione
e coordinamento editoriale**

Isabella Ascione

Redazione

Maria Ida Lalli

Sede legale e Direzione

Viale Sarca, 223 – 20126 Milano

Proprietario ed Editore

Il Sole 24 ORE Spa

Presidente

Edoardo Garrone

Vicepresidente

Claudia Parzani

Amministratore Delegato

Mirja Cartia d'Asero

Pubblicità

Il Sole 24 Ore Spa System

Direzione e amministrazione

Viale Sarca, 223 – 20126 Milano

Tel. 02 30221 - Fax 0230223214

e-mail: segreteria@ilsole24ore.com

Il Sole 24 ORE Spa. Tutti i diritti sono riservati. Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5 della legge 22 aprile 1941, n. 633. Le riproduzioni effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da EDISER Srl, Società di servizi dell'Associazione Italiana Editori, attraverso il marchio CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana n. 108 – 20122 Milano.

Informazioni: www.clearedi.org.

I testi e l'elaborazione dei testi, anche se curati con scrupolosa attenzione, non possono comportare specifiche responsabilità dell'Editore per involontari errori e/o inesattezze; pertanto il lettore è tenuto a controllare l'esattezza e la completezza del materiale utilizzato.

SOMMARIO

Editoriale

Controllo pubblico a geometria variabile

di Massimiliano Atelli

5

L'intervento

Cruciale la riforma del Codice appalti

Contratti pubblici e imprese pubbliche nei settori speciali: prospettive di riforma

di Orazio Iacono

8

La testimonianza

Essenziale programmare le manutenzioni

Considerazioni sugli aspetti della governance delle società in house

di Andrea Sisti

13

*La legittimità della vendita del ramo di azienda di una
società pubblica o della sua revoca appartiene alla
giurisdizione del giudice ordinario*

Su vendita del ramo di azienda (e eventuale revoca) decide il giudice ordinario

di Andrea De Col

15

*La nuova funzione consultiva del giudice contabile
in tema di società pubbliche*

Costituzione di un organismo societario solo per preminenti ragioni di interesse pubblico

di Giovanni Natali

26

Niente regime tariffario di favore per le in house

La logica delle società in house tra diritto pubblico e diritto privato

di Elisa Scotti

36

*Richiesta ammissibile anche senza esplicitazione
di ragioni specifiche*

Accesso senza formule sacramentali alle informazioni sulle partecipate, per i consiglieri comunali

di Pierpaolo Grasso

43

*Necessario distinguere operazioni interne e cooperazione
pubblico-pubblico*

Il PNRR, il diritto dell'emergenza e l'in house senza controllo analogo: incrociare le rette parallele o intraprendere una retta via?

di Harald Bonura

49

Effetti del "dissenso" come stress test del vero in house

Niente in house senza piena eterodirezione

di Massimiliano Atelli

55

Focus

Pantouflage

di Massimiliano Atelli

63

Necessario distinguere operazioni interne e cooperazione pubblico-pubblico

Il PNRR, il diritto dell'emergenza e l'in house senza controllo analogo: incrociare le rette parallele o intraprendere una retta via?

*di Harald Bonura**

L'ambiziosa sfida di dare concreta attuazione – nel corso di una delle più complesse crisi economiche a livello planetario ¹ – al più imponente piano italiano di investimenti pubblici (il Piano nazionale di ripresa e resilienza-PNRR ²) dal secondo dopo-guerra pone il legislatore nazionale e l'interprete di fronte a sfide in larga parte inedite.

Tra queste, la ricerca del punto più avanzato di equilibrio tra l'esigenza di "fare presto" ³ e l'applicazione delle regole in uno dei settori disciplinari, quello dei contratti pubblici, maggiormente coinvolti (e, a sua volta, in corso d'opera, oggetto di una delle più ambiziose riforme qualificanti il Piano stesso ⁴, e tenendo conto della storica "fragilità" dell'apparato amministrativo. Per dirla diversamente, ci si è immediatamente chiesti quale fosse la soluzione migliore per garantire il ri-

L'ambiziosa sfida di dare concreta attuazione al più imponente piano italiano di investimenti pubblici (il Piano nazionale di ripresa e resilienza-PNRR) dal secondo dopo-guerra pone il legislatore nazionale e l'interprete di fronte a sfide in larga parte inedite.

** Avvocato in Roma*

1. Per l'area euro, v. European Commission, Summer 2022 Economic Forecast: Russia's war worsens the outlook, in www.economy-finance.ec.europa.eu.
2. Per una sintetica ricostruzione del quale, sia consentito a rinviare a H. Bonura-B.G. Mattarella, Brevi note sulla relazione 2020 della Corte dei conti sui rapporti finanziari con l'Unione europea e l'utilizzazione dei fondi comunitari: una "voce chiara" tra vecchi mali e nuovi bisogni, in Rivista della Corte dei conti (Quaderni), Recovery Fund e ruolo della Corte dei conti, Quaderno n. 1/2021, p. 9 e ss. Ma, si veda anche, estesamente, Corte Conti, SS.RR. in sede di controllo, Relazione sullo stato di attuazione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR), deliberazione 29 marzo 2022, n. 4, in www.corteconti.it; Corte Conti, Sezione centrale di controllo sulla gestione delle Amministrazioni dello Stato, Stato di attuazione del PNRR, I° semestre 2022, deliberazione 1° agosto 2022, n. 47, ibidem; Servizio Studi della Camera dei Deputati, Dossier sul Monitoraggio dell'attuazione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, 7.06.2022, in www.affariregionali.it; Servizio Studi della Camera dei Deputati e del Senato della Repubblica, Dossier sul Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, 15.07.2021, in www.documenti.camera.it; F. Mazzolari-S. Olivari, Risorse e tempistiche del PNRR: a che punto siamo?, Nota dal Centro Studi di Confindustria, numero 3/22 del 18.10.2022, in www.confindustria.it.
3. Come è noto, il PNRR prevede il suo sviluppo nell'arco del sessennio 2021-2026. Nello stesso periodo temporale, peraltro, sono previsti anche la chiusura del "vecchio" ciclo di programmazione (2014-2020) delle risorse "ordinarie" a valere sul Quadro Finanziario Pluriennale (QFP) del bilancio dell'Unione Europea e l'avvio del "nuovo" ciclo di programmazione (2021-2027).
4. In attuazione degli impegni del PNRR in materia di c.d. "riforme abilitanti", con legge 21 giugno 2022, n. 78, è stata conferita una delega al Governo per l'adozione, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della legge, uno o più decreti legislativi recanti la nuova disciplina dei contratti pubblici. Un primo schema preliminare di Codice dei contratti pubblici sarebbe già stato elaborato dal Consiglio di Stato – cui il Governo ha fatto ricorso, ai sensi del combinato disposto del comma 4 dell'articolo 1 della citata legge n. 78 del 2022 e dell'articolo 14, numero 2, del Testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato, di cui al regio decreto 26 giugno 1924, n. 1054.



spetto degli impressionanti ritmi di spesa previsti dal PNRR a opera di strutture amministrative, a ciò deputate, notoriamente “rallentate” da una pluralità di fattori (scarsa chiarezza del quadro normativo; ridotta propensione all’assunzione dei rischi decisionali; *deficit* formativi; carenze di personale, qualificato e non; conflittualità tra diversi livelli di governo...). In particolare, ci si è chiesti se le ordinarie procedure amministrative fossero in grado di garantire il tempestivo conseguimento degli obiettivi di spesa ovvero se non fosse necessario immaginare un più o meno vasto regime derogatorio o, comunque, di natura eccezionale.

E l’urgenza di una risposta al quesito è progressivamente sottolineata dalla constatazione che i primi dati mostrano un significativo scostamento tra la spesa prevista e quella realizzata: nel biennio 2020-2021, rispetto a una previsione di 18,5 mld/€⁵, si è avuta una spesa di soli 5,5 mld/€⁶; nel 2022, è attesa una spesa effettiva pari alla metà circa di quella programmata; e anche per il biennio 2023-2024, è prevista una riduzione (anche se meno consistente) della

5. Previsioni del Documento di Economia e Finanza (DEF) 2021, in www.mef.gov.it.

6. Dati NaDEF (Nota di aggiornamento del Documento di Economia e Finanza) 2022, in www.mef.gov.it. Va segnalato, tuttavia, che la stessa NaDEF 2022 che registra, per il biennio 2020-2021, come sopra illustrato, una forte riduzione della spesa realizzata rispetto a quella programmata con il DEF 2021, registra un (sia pure ridotto) incremento (+1,2 mld/€) rispetto a quella programmata con il DEF 2022.

spesa realizzata su quella programmata ⁷. L'effettività del ciclo di spesa, dunque, dipende dalla capacità di recuperare, nel biennio 2025-2026, i ritardi stimati nel quadriennio precedente. Il tutto, evidentemente, nella ottimistica previsione che gli interventi riformatori riescano a dispiegare, per quel tempo, i propri effetti benefici.

A fronte di ciò, in estrema sintesi, la risposta legislativa sembra dispiegarsi lungo tre direttrici (destinate, come è ovvio, anche a parziali sovrapposizioni): riforme generali di sistema, norme settoriali di *governance* del PNRR, regimi transitori e/o derogatori.

Nell'ambito di questa strategia, può meritare attenzione un aspetto apparentemente minore, ma di grande interesse e, cioè, il ricorso agli organismi *in house* o, comunque, all'affidamento diretto di talune gestioni quale mezzo utile all'accelerazione di investimenti strategici, nell'ambito di una più vasta serie di misure di rafforzamento della capacità amministrativa delle stazioni appaltanti. In particolar modo, si fa riferimento alle previsioni di cui all'articolo 9, comma 2, e all'articolo 10 del decreto-legge 31 maggio 2021, n. 77; nonché all'articolo 14 del decreto-legge 8 agosto 2022, n. 115.

Con le norme del decreto-legge n. 77 del 2021 (dedicato espressamente alle misure di *governance* del PNRR), si attribuisce alle amministrazioni centrali e regionali, nonché agli enti locali, la facoltà di avvalersi – al fine di assicurare l'efficace e tempestiva attuazione degli interventi del PNRR ovvero di sostenere la definizione e l'avvio delle procedure di affidamento e accelerare l'attuazione degli investimenti pubblici (sia quelli previsti dal PNRR, che quelli rientranti nei citati cicli di programmazione 2014-2020 e 2021-2027) – del supporto tecnico-operativo di società *in house* (articolo 10) ovvero di società a prevalente partecipazione pubblica (articolo 9). Con quelle del decreto-legge n. 115 del 2022, al fine di superare la situazione di stallo esistente in numerosi ambiti del servizio idrico integrato (che non hanno ancora provveduto ad avviarne la gestione unitaria, attraverso il relativo affidamento), si prevede (i) la possibilità, per gli enti di governo degli ambiti interessati, di avvalersi “*di un soggetto societario a partecipazione pubblica che abbia maturato esperienza in progetti di assistenza alle amministrazioni pubbliche impegnate nei processi di organizzazione, pianificazione ed efficientamento dei servizi pubblici locali, individuato con decreto del Ministro della transizione ecolo-*

7. Ibidem.

gica [...]” (soggetto poi individuato nell’Agenzia nazionale per l’attrazione degli investimenti e lo sviluppo d’impresa, INVITALIA S.p.A.⁸ ; (ii) la possibilità per il Presidente del Consiglio dei ministri, in caso di persistente inerzia dell’ente di governo dell’ambito ovvero della regione, di affidare, in via transitoria (per un periodo, rinnovabile, di quattro anni), la gestione del servizio idrico integrato alla stessa società a partecipazione pubblica appena citata.

Tutte le norme citate sembrano caratterizzarsi, in estrema sintesi:

- 1) per un *favor* nei confronti delle gestioni *in house* o, comunque, pubbliche (ritenute utili a garantire la migliore e più rapida realizzazione degli investimenti pubblici), in evidente controtendenza rispetto alla “*linea restrittiva del ricorso all’affidamento diretto che è costante nel nostro ordinamento da oltre dieci anni, e che costituisce la risposta all’abuso di tale istituto da parte delle amministrazioni nazionali e locali [...]*”⁹ ;
- 2) per la previsione della facoltà di affidamento di contratti pubblici senza l’applicazione delle regole previste, a tal fine, dal Codice dei contratti pubblici. E si fa riferimento non solo, come è ovvio, alle generali regole dell’evidenza pubblica, ma anche a quelle derogatorie, previste, per l’*in house*, dagli articoli 5, commi da 1 a 5, e 192 del decreto legislativo n. 50 del 2016. Si pensi, infatti, al caso dell’affidamento diretto, sia pure in via transitoria, ma per un periodo ampio (quattro anni) e per di più rinnovabile, della *gestione* del servizio idrico integrato di un ambito territoriale locale in favore di una società a partecipazione pubblica statale (Invitalia) ovvero a quello di un ente locale che acquisti servizi di supporto tecnico da una società a partecipazione regionale o statale. In ambedue i casi, infatti, il contratto (di concessione o di appalto) non soltanto è affidato in via diretta, senza alcuna forma di evidenza pubblica, ma – per di più – l’affidamento diretto non è nemmeno sorretto da quel particolare assetto organizzativo (totale partecipazione pubblica; controllo analogo degli enti affidanti; attività prevalente in favore degli enti soci) qualificante l’autoproduzione nella speciale formula del cosiddetto *in house providing*.

Ciò ha prodotto un’autorevole lettura secondo cui, con le norme in questione, il legislatore avrebbe sostanzialmente introdotto e autorizzato una rottura della tradizionale relazione di

8. DM n. 384 del 6.10.2022.

9. Corte costituzionale, 27 maggio 2020, n. 100; per un primo (e originale) commento, v. S. Valaguzza, Nuovi scenari per l’impresa pubblica nella sharing economy, in *Federalismi.it*, 7.10.2020, www.federalismi.it.

delegazione interorganica previamente considerata indispensabile ai fini della legittimità dell'affidamento diretto. In altri termini, il legislatore statale, avrebbe previsto, e non per la prima volta, un affidamento diretto al di fuori della relazione *in house*¹⁰.

Tale conclusione, per quanto sostenuta da robuste argomentazioni (legate, soprattutto, all'eccezionalità delle ragioni giustificatrici e al carattere transitorio della disciplina), sembra, tuttavia, presupporre implicitamente un potere degli Stati membri di individuare autonomamente i confini di legittimità delle c.d. *operazioni interne* e, cioè, di quelle operazioni organizzative, interne al perimetro delle amministrazioni aggiudicatrici, che legittimano l'esclusione dell'affidamento di taluni contratti pubblici dall'applicazione della disciplina eurounitaria in materia. In realtà, la giurisprudenza europea è costante nell'ammettere un margine di discrezionalità solo nella possibilità di introdurre condizioni particolari (e più restrittive) al ricorso alle operazioni interne, ma non anche nell'ammettere deroghe all'applicazione delle direttive¹¹; deroghe che sono da intendersi tassativamente indicate dalle direttive stesse¹². Uno Stato membro, cioè, può, al più, rendere maggiormente difficoltoso l'accesso all'*in house* (attraverso l'introduzione di specifiche condizioni), ma non potrebbe, al contrario, introdurre deroghe alla disciplina dell'evidenza pubblica non previste dalle direttive in materia di appalti e concessioni. La libertà di amministrazione, insomma, non può mai giustificare violazioni dei principi del Trattato e della relativa disciplina di attuazione. Una soluzione alternativa sembra, allora, quella di provare a ricondurre tali *operazioni interne* non già (sia pure con valenza parzialmente derogatoria) nell'ambito del modello dell'*in house*, ma in quello della c.d. "cooperazione pubblico-pubblico", di cui ai commi 6 e seguenti dell'articolo 5 del Codice dei contratti pubblici. In tale prospettiva, le norme in questione servirebbero a individuare, per via legale, gli obiettivi "comuni

10. C. Contessa, Il sistema italiano del Codice dei contratti pubblici al tempo del PNRR. Quali scenari futuri?, in www.giustizia-amministrativa.it. Per l'A., in particolare, le norme dell'articolo 10 del decreto-legge n. 77 del 2021, comportano "una deroga rispetto ai tradizionali canoni intorno ai quali è stata enucleata e si è sviluppata la figura stessa dell'*in house providing*. Ed infatti, sin dalla sua originaria affermazione a opera della giurisprudenza della Corte di giustizia, la sostanziale deroga agli obblighi di evidenza pubblica che caratterizza il fenomeno in esame si giustifica unicamente in ragione dello speciale rapporto che caratterizza l'amministrazione e l'organismo in regime di delegazione interorganica. In tal modo, viene, in definitiva, ammesso un affidamento senza gara in favore di organismi nei cui confronti non sussiste una relazione *in house* con l'ente conferente. D'altra parte, deve rilevarsi che non sono isolati i casi in cui il legislatore nazionale ha, già nel recente passato, ammesso tali forme di affidamenti diretti in deroga al principio della delegazione interorganica". In realtà, una visione evolutiva in materia di *in house* sembra anticipata anche da Cons. Stato, sezione consultiva per gli atti normativi, 7.10.2021, n. 1614.

11. CGE, 6.02.2020, in C-89/19 e C-91/19, Rieco, e 3.10.2019, in C-285/18, Irgita.

12. Così, già CGE, 18.11.1999, in C-107/98, Teckal, § 43.

alle parti”, perseguiti tramite l’accordo, e a dare per presupposto che lo stesso sia retto esclusivamente da considerazioni inerenti all’interesse pubblico. Tale soluzione avrebbe il merito di evitare inedite dequotazioni del requisito del controllo analogo e della discendente relazione interorganica (e, quindi, di evitare un’interpretazione estensiva dei presupposti per il ricorso agli affidamenti *in house*), nonché – per converso – di consentire il superamento di un atteggiamento ingiustificatamente restrittivo assunto nei confronti della cooperazione pubblico-pubblico. In particolar modo, sebbene la questione meriti un approfondimento non consentito in questa sede, a chi scrive non sembra corretto sostenere la integrale sovrapponibilità degli accordi di cui al comma 6 dell’articolo 5 del Codice dei contratti pubblici con gli accordi tra pubbliche amministrazioni di cui all’articolo 15 della legge sul procedimento amministrativo (n. 241 del 1990)¹³; e, per tale via, concludere che gli stessi devono avere ad oggetto attività non deducibili in contratti d’appalto¹⁴.

Al contrario, è proprio la collocazione all’interno del Codice dei contratti pubblici a deporre nel senso che l’accordo pubblico-pubblico può anche avere a oggetto prestazioni di lavori, servizi o beni, a condizione che le stesse non costituiscano l’unica finalità della cooperazione, che nessun’impresa privata venga posta in una situazione privilegiata rispetto ai suoi concorrenti, che non si abbiano movimenti finanziari diversi da quelli corrispondenti al rimborso della parte di oneri sostenuti e che, in ogni caso, l’operazione non costituisca una costruzione di puro artificio diretta ad eludere le norme in materia di contratti pubblici¹⁵. Tutte condizioni che sembrano ricorrere – specie in considerazione del carattere eccezionale delle stesse – nelle norme in esame, salva la questione dell’entità degli eventuali corrispettivi/movimenti finanziari previsti dalle convenzioni ovvero dai contratti di servizio. Questione che andrebbe affrontata e risolta in sede applicativa, con la dovuta attenzione.

13. Così, ad es., ANAC, delibera n. 567 del 31.05.2017, per cui “La norma [articolo 5, comma 6, nda] contempla, quindi, una specifica disciplina degli accordi tra soggetti pubblici, quale istituto già previsto in passato e in linea generale dall’art. 15 della l. 241/1990, ai sensi del quale «anche al di fuori delle ipotesi previste dall’articolo 14, le amministrazioni pubbliche possono sempre concludere tra loro accordi per disciplinare lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune”.
14. Così, ma nel quadro normativo pre-esistente al vigente Codice dei contratti pubblici, Cons. Stato, sez. V, 15.07.2013, n. 3849, secondo cui “Visti nel prisma del diritto europeo, quindi, gli accordi tra pubbliche amministrazioni previsti dalla legge generale sul procedimento amministrativo sono necessariamente quelli aventi la finalità di disciplinare attività non deducibili in contratti di diritto privato, perché non inquadrabili in alcuna delle categorie di prestazioni elencate nell’allegato II-A alla direttiva 2004/18 di coordinamento degli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture”.
15. CGE, 9.06.2009, in C-480/06, Commissione vs. Repubblica Federale di Germania. In particolare, “si ritiene che la concorrenza sia limitata artificialmente, laddove la concezione della procedura d’appalto sia effettuata con l’intento di favorire o svantaggiare indebitamente taluni operatori economici” (CGE, 28.05.2020, in C-796/18, Stadt Köln).