

Appalti sotto soglia: affidamento diretto o in house?

di Roberto Damonte

Data di pubblicazione: 8-3-2017

L'affidamento *in house* ha natura eccezionale rispetto alla regola generale che impone il ricorso al libero mercato tant'è che è assoggettato ad un più rigoroso obbligo motivazionale rispetto alla scelta di ricorrere all'acquisizione del servizio tramite una procedura di tipo concorrenziale, da ritenersi la modalità ordinaria di individuazione dei contraenti dell'Amministrazione (1).

Il requisito del controllo analogo non può ravvisarsi a fronte di una partecipazione societaria particolarmente esigua e in assenza di poteri di controllo o direzione sull'attività societaria da parte dell'Ente locale, anche per mezzo di accordi con altri enti soci (2).

I giudizi espressi dalla Commissione giudicatrice sull'idoneità tecnica di un'offerta sono espressione di un potere di natura tecnico-discrezionale a carattere complesso che non è sindacabile nel merito, salvo che risulti inficiata da profili di erroneità, di illogicità o sviamento (3).

La censura inerente la mancata esplicitazione dei criteri di valutazione che avrebbe impedito la presentazione di una offerta consapevole e completa non può essere ritenuta meritevole di accoglimento in considerazione della veste di operatore del settore del soggetto ricorrente che doveva certamente essere in grado di formulare un'offerta completa e congrua, tanto più in ragione del pregresso svolgimento del medesimo servizio.

(1) conformi: T.A.R. Lombardia, Milano, III, 3 ottobre 2016, n. 1781

(2) conformi: *ex pluribus*: T.A.R. Lombardia, Milano, III, 11 aprile 2011, n. 954; Cons. St., III, 27 aprile 2015, n. 2154

contra: TAR Brescia, II, 23 settembre 2013, n. 780

(3) conformi: Consiglio di Stato, V, 16 gennaio 2017, n. 99

In dottrina: Paoletti A., *I nuovi appalti pubblici*, a cura di M. Corradino e S. Sticchi Damiani, 2016, Milano, 701 e ss.; Dima D., *Il nuovo diritto dei contratti pubblici*, a cura di F. Caringella, P. Mantini, F. Giustiniani, Roma, 2016, 493.

Guida alla lettura

La sentenza in commento ha ad oggetto l'affidamento del servizio annuale, di valore inferiore alla soglia comunitaria, di assistenza sistemica, tecnica e manutentiva della rete informatica disposto dal Comune di Saint Vincent in favore di un operatore economico individuato all'esito di gara informale.

A contestare l'affidamento in questione è il gestore uscente del servizio, società *in house* partecipata dallo stesso Comune, che censura, tra l'altro, la scelta della Stazione appaltante di procedere con gara pubblica, anziché rinnovare l'appalto *in house*, vantando in proposito un legittimo affidamento.

Dalla pronuncia, che rigetta la specifica doglianza, emerge il principio per cui l'Ente partecipante ad una società *in house* non è vincolato all'affidamento dell'appalto alla suddetta Società, ben potendo ricorrere alle procedure ordinarie di aggiudicazione. La scelta di ricorrere all'*in house* è dunque una mera facoltà dell'Ente ed ha carattere eccezionale rispetto alla regola generale che impone il ricorso al libero mercato, costituente modalità ordinaria di individuazione dei contraenti dell'Amministrazione.

A comprova del carattere di eccezionalità dell'affidamento *in house* il TAR adduce il **più stringente obbligo motivazionale** che grava su questa scelta rispetto a quella di ricorrere all'acquisizione del servizio tramite una procedura di tipo concorrenziale.

Invero, il nuovo Codice degli appalti (d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50) nel disciplinare il "regime speciale degli affidamenti *in house*" (art. 192) di contratti aventi ad oggetto servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza stabilisce l'obbligo delle Stazioni appaltanti di effettuare preventivamente la valutazione sulla congruità economica dell'offerta dei soggetti *in house*, avuto riguardo all'oggetto e al valore della prestazione, e impone di dar 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".

Dunque ai fini dell'affidamento *in house* non sono sufficienti i requisiti soggettivi di affidamento, indicati puntualmente dall'art. 5 Cod. App., ma occorre un *quid pluris*, ossia che la scelta di non ricorrere al mercato sia giustificabile altresì per ragioni economiche e gestionali, nonché in relazione agli obiettivi dell'Ente.

Come evidenziato a riguardo dal Consiglio di Stato nel noto parere n. 855/2016 sullo schema del nuovo Codice dei Contratti "si tratta di un onere motivazionale rafforzato, che consente un penetrante controllo della scelta effettuata dall'Amministrazione, anzitutto sul piano dell'efficienza amministrativa e del razionale impiego delle risorse pubbliche".

E la giurisprudenza, in tema di servizi pubblici, vi ha ravvisato "una linea di tendenza dell'ordinamento che, pur ammettendo quale forma di gestione (...) l'affidamento diretto alla società *in house*, richiede la dimostrazione che tale scelta, preferita rispetto a quelle del ricorso

al mercato, sia supportata da ragioni di convenienza sotto il profilo dei benefici per la collettività” (T.A.R. Lombardia, Milano, III, 3 ottobre 2016, n. 1781).

Il Legislatore ha dunque mantenuto una certa distanza dalla concezione eurounitaria secondo cui la scelta della Stazione appaltante tra esternalizzazioni ed affidamento *in house* sarebbe indifferente e libera, imponendo l'obbligo di giustificare analiticamente sul piano economico, ma anche alla luce dei principi di buon andamento, la scelta di non ricorrere al mercato (obbligo sul cui adempimento nulla ha previsto lo schema di Linee guida ANAC 28 dicembre 2016, già favorevolmente vagliato da Cons. Stato, Comm. Spec., parere 9 gennaio 2017, n. 282).

In dottrina si è anzi evidenziato che la richiamata previsione legislativa – così come l'istituzione, prevista dallo stesso art. 192, c. 1, cit., di un elenco, ad efficacia dichiarativa, delle amministrazioni e degli enti che dispongono affidamenti diretti ai propri enti strumentali – potrebbe addirittura integrare una violazione del divieto di *gold plating* (ossia di introdurre livelli di regolazione maggiori o più incisivi rispetto a quelli contenuti nelle disposizioni oggetto di recepimento).

Per completezza va evidenziato che la decisione di merito, che legittima l'opzione del Comune di esperire una gara informale ex art. 36, c. 2, lett. a) d.lgs. n. 50/2016 anziché affidare il servizio *in house*, risulta nella fattispecie supportata dalla valutazione in merito alla insussistenza dei requisiti soggettivi di affidamento (e segnatamente del controllo analogo, a fronte di partecipazioni particolarmente esigue e in assenza di poteri di controllo o direzione sull'attività societaria da parte dell'Ente locale) e alla presenza nella deliberazione di acquisizione di quote nella società *in house* della mera facoltà di affidarle dei servizi, senza assumersi alcun obbligo.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Valle D'Aosta

(Sezione Unica)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 4 del 2017, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

- IN.VA. S.p.A., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dall'Avv. Carmela Marrapodi e domiciliata in Aosta, Via Cesare Battisti n. 1, presso la Segreteria del T.A.R.;

contro

- il Comune di Saint-Vincent, in persona del Sindaco pro-tempore, rappresentato e difeso dall'Avv. Davide Sciulli ed elettivamente domiciliato presso lo studio dello stesso in Aosta, Via Losanna n. 5;

nei confronti di

- Planetval S.r.l., in persona del legale rappresentante pro-tempore, non costituita in giudizio;

per l'annullamento

previa sospensione cautelare,

- della determina n. 438 del 19 dicembre 2016 del Direttore Finanziario del Comune di Saint-Vincent, comunicata a mezzo p.e.c. a firma del medesimo Responsabile in data 20 dicembre 2016;

- e di ogni atto conseguente, ivi incluso il contratto eventualmente stipulato con l'aggiudicataria.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Saint-Vincent;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Designato relatore il consigliere Antonio De Vita;

Uditi, alla camera di consiglio del 14 febbraio 2017, i difensori delle parti, come specificato nel verbale;

Visto l'art. 60 cod. proc. amm., che consente al giudice amministrativo, chiamato a pronunciarsi sulla domanda cautelare, di decidere la controversia con sentenza succintamente motivata, ove la stessa sia di agevole definizione in rito o nel merito;

Ritenuto di potere adottare tale tipologia di sentenza, stante la superfluità di ulteriore istruzione;

Accertata la completezza del contraddittorio e sentite le parti presenti in proposito;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso notificato in data 19 gennaio 2017 e depositato il 24 gennaio successivo, la società ricorrente ha impugnato la determina n. 438 del 19 dicembre 2016 del Direttore Finanziario del Comune di Saint-Vincent (AO), comunicata a mezzo p.e.c. a firma del medesimo Responsabile in data 20 dicembre 2016.

La società IN.VA. S.p.a. è una società in house della Regione Valle d'Aosta, del Comune di Aosta e dell'Azienda U.S.L. della Valle d'Aosta, che quali soci di maggioranza detengono il 99,2% del capitale sociale, mentre il restante 0,80% è detenuto da altri enti, tra cui il Comune resistente, che ha una limitata partecipazione corrispondente alla somma di € 500 (cfr. all. 2 al ricorso e all. 1 del Comune). In data 14 gennaio 2016, il Comune resistente ha affidato ad IN.VA. il servizio di assistenza sistemica, tecnica e manutentiva della propria rete informatica per l'anno 2016, sul presupposto della qualità di socio acquisita nella stessa. Nel mese di novembre 2016, il Comune ha chiesto informalmente alla ricorrente di fornire un preventivo per il rinnovo dell'incarico, cui quest'ultima ha dato riscontro in data 6 dicembre 2016. In data 20 dicembre 2016, il Comune ha comunicato alla ricorrente che, con la determina n. 438 del 19 dicembre 2016, il servizio è stato aggiudicato, tramite affidamento diretto – cottimo fiduciario, in favore della società Planetval S.r.l. per un importo complessivo di € 20.105,60, comprensivo di I.V.A. In data 27 dicembre 2016, la ricorrente ha fatto pervenire al Comune una nuova offerta, non riscontrata dall'Amministrazione; nemmeno la successiva richiesta di autotutela è stata presa in considerazione dal Comune resistente.

Assumendo l'illegittimità della ridetta aggiudicazione, la ricorrente ha proposto ricorso, eccependo la manifesta illogicità e contraddittorietà e la violazione dell'art. 95 del D. Lgs. n. 50 del 2016 e della par condicio.

Si è costituito in giudizio il Comune di Saint-Vincent, che ha chiesto il rigetto del ricorso.

Con memoria depositata il 10 febbraio 2017, a valere anche come ricorso per motivi aggiunti, la ricorrente ha replicato alla memoria comunale, anche in relazione alle asserite inadempienze verificatesi nel previgente periodo contrattuale in cui IN.VA. risultava affidataria del servizio di assistenza sistemica, tecnica e manutentiva della rete informatica comunale.

Alla camera di consiglio del 14 febbraio 2017, fissata per la discussione dell'istanza cautelare di sospensione del provvedimento impugnato, il Collegio, dopo aver dato avviso alle parti presenti alla discussione e previa rinuncia dei difensori ai termini a difesa, ha ritenuto di potere definire il giudizio con sentenza in forma semplificata, ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.

DIRITTO

1. In via preliminare, il Collegio prende atto della rinuncia ai termini a difesa da parte del

difensore del Comune di Saint-Vincent.

2. Passando al merito del ricorso, lo stesso è infondato.

3. Con la prima censura si assume l'illegittimità del comportamento comunale che avrebbe proceduto ad esperire una gara informale per l'affidamento del servizio informatico, pur in presenza di una società in house dallo stesso partecipata, che vanterebbe un legittimo affidamento al rinnovo dell'appalto, già ottenuto in precedenza, e per cui non vi erano state contestazioni in ordine al suo corretto espletamento.

3.1. La doglianza è infondata.

In primo luogo, va evidenziato come difetti nella specie, da parte del Comune resistente nei confronti della società ricorrente, il requisito del controllo analogo rispetto a quello espletato sui propri servizi, avuto riguardo alla esiguità della partecipazione societaria comunale – una quota di azioni del valore di 500 € su un capitale sociale pari ad € 5.100.000 (cfr. all. 2 al ricorso e all. 1 del Comune) – e soprattutto alla mancata dimostrazione della esistenza di poteri di controllo o di direzione sull'attività societaria da parte del Comune resistente, anche per mezzo di accordi con gli altri enti soci (cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, III, 11 aprile 2011, n. 954). Pertanto, non appare possibile qualificare la ricorrente come una società in house del Comune resistente. Del resto lo stesso Comune nella propria deliberazione – n. 50 del 2013 – con cui è stata acquisita la quota nella società IN.VA. si è intestata la facoltà di affidarle dei servizi, senza assumersi alcun obbligo, specificando che 'l'Amministrazione, in qualità di socio Inva spa, potrà avvalersi di suddetta società per l'espletamento delle attività di centrale di committenza ed è stato dato atto che Inva Spa, potrà effettuare, per conto dell'Amministrazione, eventuali ulteriori prestazioni ...".

In ogni caso, anche laddove si dovesse assumere la natura di società in house della ricorrente, va considerato che siffatta tipologia di affidamento ha natura eccezionale rispetto alla regola generale che impone il ricorso al libero mercato; difatti, l'affidamento diretto è assoggettato ad un più stringente obbligo motivazionale, rispetto alla scelta di ricorrere all'acquisizione del servizio tramite una procedura di tipo concorrenziale, da ritenersi la modalità ordinaria di individuazione dei contraenti dell'Amministrazione (cfr., sul punto, artt. 4 e 5 del D. Lgs. n. 175 del 2016, Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica; in giurisprudenza, T.A.R. Lombardia, Milano, III, 3 ottobre 2016, n. 1781).

3.2. Il Comune resistente ha bandito una procedura informale per l'affidamento del servizio assistenza sistemica, tecnica e manutentiva della rete informatica comunale per l'anno 2017 nel rispetto dell'art. 36, comma 2, lettera a, del D. Lgs. n. 50 del 2016 [le stazioni appaltanti procedono all'affidamento di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 35, secondo le seguenti modalità: a) per affidamenti di importo inferiore a 40.000 euro, mediante affidamento diretto, adeguatamente motivato o per i lavori in amministrazione diretta]. In tal senso le Linee guida n. 4, contenute nella Deliberazione dell'Autorità nazionale anticorruzione (A.N.A.C.) 26 ottobre 2016, n. 1097, al punto 3.1, stabiliscono che "l'affidamento e l'esecuzione di lavori, servizi e forniture di importo inferiore a 40.000,00 euro può avvenire tramite affidamento diretto, adeguatamente motivato ...". La determinazione

impugnata nella presente sede motiva adeguatamente in ordine alla scelta dell'affidatario del servizio, evidenziando come l'offerta predisposta dalla ricorrente, posta a confronto con quella dell'aggiudicataria, risulta meno conveniente sia da un punto di vista economico che prestazionale (ad esempio è garantito un minore tempo di intervento dalla chiamata). Appare evidente, infine, come la sola offerta della ricorrente da prendere in considerazione, e quindi valutabile ai fini della procedura di appalto, sia quella presentata il 7 dicembre 2016 e non quella, inoltrata successivamente allo svolgimento della gara, del 24 gennaio 2017 (all. 8.1 e ss. al ricorso).

3.3. Ciò determina il rigetto della doglianza.

4. Con la seconda censura si assume l'illegittimità dell'aggiudicazione in favore della controinteressata, in quanto sarebbe stato valorizzato eccessivamente l'elemento prezzo a scapito dell'elemento qualitativo dell'offerta.

4.1. La doglianza non merita positivo apprezzamento.

Dall'esame della determinazione di aggiudicazione emerge con chiarezza che, oltre all'elemento prezzo, è stato altresì valorizzato l'aspetto qualitativo delle prestazioni, che la parte ricorrente non ha censurato, se non genericamente. Pertanto, tale parte della censura non può che essere respinta, anche in ragione del consolidato orientamento giurisprudenziale, che il Collegio condivide, secondo il quale "le valutazioni della commissione giudicatrice in ordine all'idoneità tecnica dell'offerta dei partecipanti alla gara sono espressione di un potere di natura tecnico-discrezionale a carattere complesso (...) non sindacabile nel merito, salvo che risulti inficiata da profili di erroneità, di illogicità, ovvero sviamento" (Consiglio di Stato, V, 16 gennaio 2017, n. 99).

4.2. L'ulteriore aspetto censurato, ossia la mancata esplicitazione dei criteri di valutazione che avrebbe impedito la presentazione di una offerta consapevole e completa, a prescindere dalla mancata dimostrazione in ordine ad una disparità di trattamento con gli altri operatori invitati, che hanno invece formulato delle offerte complete, non può essere ritenuto meritevole di favorevole scrutinio, anche avuto riguardo alla veste di operatore del settore della ricorrente che doveva certamente essere in grado di formulare un'offerta completa e congrua anche in ragione del progresso svolgimento del medesimo servizio.

4.3. Anche la predetta censura perciò deve essere respinta.

5. Da ultimo, va sottolineato come neppure il contenuto della memoria depositata in data 10 febbraio 2017 dalla ricorrente, a valere anche quale ricorso per motivi aggiunti, possa essere favorevolmente scrutinato, tenuto conto che è finalizzato a contestare i rilievi comunali riguardanti le asserite inadempienze verificatesi nel previgente periodo contrattuale in cui IN.VA. era affidataria del servizio, che tuttavia non sono risultate rilevanti in sede di adozione del provvedimento impugnato, fondato su altre, differenti ragioni.

6. In conclusione, sia il ricorso introduttivo che quello per motivi aggiunti, in quanto infondati, devono essere respinti.

7. In relazione alla natura e al complessivo andamento della controversia, le spese di giudizio possono essere compensate tra la parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Valle d'Aosta (Sezione Unica), definitivamente pronunciando, respinge sia il ricorso introduttivo che quello per motivi aggiunti, indicati in epigrafe.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Aosta nella camera di consiglio del 14 febbraio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Andrea Migliozi, Presidente

Grazia Flaim, Consigliere

Antonio De Vita, Consigliere, Estensore