

In house, tempo di verifica del rispetto dell'80% del fatturato

di **Ciro D'ARIES**

16/03/2020

La predisposizione dei bilanci per l'esercizio 2019 da parte delle società in house regolamentate dall'articolo 16 del Tusp diventa l'appuntamento più importante e ufficiale per acclarare il rispetto del conseguimento di «oltre l'80%» del fatturato della società nei confronti dei propri soci.

La norma non stabilisce una data precisa per la verifica del rispetto quantitativo, anche se si ritiene che a partire dall'approvazione della bozza di bilancio da parte del Cda dell'in house, alla relazione del collegio sindacale e/o revisore contabile sino alla verbalizzazione dell'assemblea della società dovrà essere messo in evidenza quanta parte del fatturato – o meglio dei ricavi – conseguibili e conseguiti dalla società sia riferito ad attività e servizi svolti nell'interesse dei soci e quanta rivolta all'esterno per il conseguimento di maggiori efficienze gestionali.

La normativa

Il principio dell'attività prevalente, se inizialmente inserito per via giurisprudenziale, è stato introdotto a livello comunitario per via normativa mediante la direttiva appalti del Parlamento

europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 (Direttiva 2014/24/UE), recepita a livello nazionale dal Codice degli Appalti (Dlgs 50/2016).

Oltre l'80 % delle attività della persona giuridica controllata devono essere effettuate nello svolgimento dei compiti affidati dall'amministrazione aggiudicatrice controllante o da altre persone giuridiche controllate dall'amministrazione aggiudicatrice; e questo vincolo quantitativo rappresenta uno dei requisiti necessari per l'esclusione dall'applicazione della direttiva stessa e, dunque, per la possibilità di effettuare affidamenti diretti da parte dell'amministrazione aggiudicatrice nei confronti di una persona giuridica di diritto pubblico o privato.

Al comma 5 dell'articolo 12, la stessa direttiva, specifica i meccanismi operativi attraverso i quali impostare i calcoli relativi alla valutazione dell'80% dell'attività, individuando il fatturato come uno dei parametri fondamentali, senza escludere altre misure idonee basate sull'attività, quali i costi sostenuti dalla persona giuridica o amministrazione aggiudicatrice in questione nei campi dei servizi, delle forniture e dei lavori per i tre anni precedenti l'aggiudicazione dell'appalto.

Le verifiche

È evidente che, già prima di qualunque affidamento diretto, occorrerebbe proiettare il relativo risultato sulla società in house, della quale occorre tenere in debita considerazione l'andamento del relativo fatturato complessivo in rispetto del limite di cui sopra; successivamente, nell'ambito dell'approvazione del budget annuale e pluriennale e, indi, durante la gestione dell'esercizio risulta necessario procedere, comunque, alla verifica del rispetto quantitativo, dato che esso rappresenta condizione dell'ossequio delle norme in tutela della concorrenza e del mercato, legittimando, in tal modo, l'affidamento diretto.

L'approvazione del bilancio di esercizio, rappresenta, in tal modo, l'occasione per sugellare il parametro e confermare le condizioni dell'affidamento in house providing, accertando, di conseguenza, che la produzione ulteriore sia, comunque, legittima in quanto abbia permesso di conseguire economia di scala o altri recuperi di efficienza sul complesso dell'attività principale della società.

La nozione di fatturato

In termini di «fatturato complessivo dell'affidatario in house», è utile ricordare che la Corte dei conti, Sezione controllo per l'Emilia Romagna, con deliberazione n. 54/2017, ha affermato che «il termine 'fatturato' utilizzato dal Legislatore nell'art. 20 (comma 2 lett. d, del Dlgs. n. 175/16), deve essere inteso quale ammontare complessivo dei ricavi da vendite e da prestazioni di servizio realizzati nell'esercizio, integrati degli altri ricavi e proventi conseguiti e al netto delle relative rettifiche. In sostanza, si tratta, della grandezza risultante dai dati considerati nell'art. 2425, lett. A.), un. I e 5 del C.c. che, in contrapposizione ai costi dell'attività tipica (costi di produzione, spese commerciali, amministrative e generali.), consente di determinare il risultato della 'gestione caratteristica' dell'impresa». In base a questa interpretazione sistematica, il termine "fatturato" rilevante ai fini del calcolo dell'attività prevalente coincide, di fatto, con l'ammontare dei ricavi della gestione caratteristica conseguiti nell'esercizio.

Nell'ipotesi di "in house" pluripartecipato, la condizione relativa alla parte più importante della propria attività può ricorrere qualora la società in house svolga la parte più importante della propria attività - non necessariamente con questo o quell'ente locale socio - ma con gli Enti Soci complessivamente considerati.

Infine, per la giurisprudenza europea, non rileva stabilire se il destinatario dell'attività posta in essere dal gestore del servizio sia la stessa amministrazione o l'utente delle prestazioni; si deve, infatti, «tener conto di tutte le attività realizzate dal gestore» sulla base di un affidamento effettuato dall'amministrazione, «indipendentemente da chi remunera tale attività», potendo trattarsi della medesima amministrazione o degli utenti delle prestazioni erogate (Sentenza Corte di Giustizia Ue, C-340/04 dell'11 maggio 2006).

Il caso del «gruppo pubblico»

Nel caso di affidamento di servizi ad una società a capo di un gruppo, nell'ambito del quale opera una società controllata che ha un fatturato in gran parte derivante da «attività commerciali o di mercato» (vendita di gas ed energia), l'analisi del rispetto del limite quantitativo in relazione al requisito dell'attività prevalente può condurre ad un esito negativo in quanto per stabilire l'operatività della società a partecipazione pubblica occorre avere riguardo ai settori economici in cui la società partecipata opera, anche attraverso le proprie partecipate in posizione di controllo in base all'articolo 2359 del codice civile, e, pertanto, il raggiungimento dell'80% previsto dal

codice dei contratti pubblici va apprezzato con riferimento al fatturato realizzato dall'intero gruppo societario (Consiglio di Stato, Sezione V, sentenza n. 7752/2019).

Il mancato rispetto

Il non rispetto del limite di cui sopra costituisce grave irregolarità «ai sensi dell'articolo 2409 del codice civile e dell'articolo 15 del TUSP (Struttura MEF e relativi poteri ispettivi)»; l'articolo 16 ai commi 4, 5 e 6, prevede espressamente le procedure per sanare le irregolarità e le conseguenze nel caso di non soluzione. In particolare, la società può sanare l'irregolarità se, entro tre mesi dalla data in cui la stessa si è manifestata, rinunci a una parte dei rapporti con soggetti terzi, sciogliendo i relativi rapporti contrattuali, ovvero rinunci agli affidamenti diretti da parte dell'ente o degli enti pubblici soci, sciogliendo i relativi rapporti.

Gli adempimenti annuali e infrannuali

Anche alla luce dei diversi pareri espressi dalla Corte dei Conti (per tutti, nn. 87/2019/PAR e 89/2019/PAR Corte dei Conti Sezione di Controllo per la Lombardia), agli enti pubblici soci di società in house, si impone – tra l'altro – l'obbligo di verificare il rispetto del vincolo quantitativo dell'80% minimo inderogabile proprio in questi mesi, in occasione dell'approvazione dei Bilanci delle proprie società, riservandosi, e programmando, comunque, di dover procedere a tale verifica anche durante l'esercizio in corso, date le gravi conseguenze che ne possono derivare in termini di violazione del principio della tutela e della promozione della concorrenza e per gli adempimenti – eventualmente - da adottare – in tempi stretti e ben definiti (commi 4 e seguenti dell'articolo 16 del Tusp). L'adozione della contabilità separata per le diverse attività, ovvero l'unblinding societario, aiuterà ai fini della verifica.