

## **Deliberazione n. 77 Adunanza del 28 luglio 2011**

**Oggetto** : Presunta violazione da parte della Società Infocert S.p.A. dell'art. 13 D.L. n. 223 del 2006 in materia di obbligo di gara per l'affidamento di servizi

**Stazione Appaltante** : Infocamere e Camere di Commercio, Industria, Artigianato, Agricoltura

**Riferimenti normativi** : art. 13 D.L. n. 223 del 2006, convertito dalla L. n. 248 del 2006, e art. 2 D.lgs. n.163 del 2006.

### **Il Consiglio**

Vista la normativa sopra richiamata

Vista la relazione della Direzione Generale Vigilanza

### **I. Considerato in fatto**

Con nota n. 60133/2009 l'Autorità ha attivato un'indagine volta ad accertare, da un lato, la sussistenza di eventuali anomalie e/o irregolarità negli affidamenti operati da varie stazioni appaltanti e da Infocamere -Società consortile per azioni delle Camere di Commercio, incaricata della gestione e divulgazione del patrimonio informativo del sistema camerale- (nel seguito Infocamere) in favore di InfoCert -Società per azioni certificatrice per la firma digitale, per i processi di conservazione sostitutiva dei documenti a norma di legge e per i servizi di Posta Elettronica Certificata (nel seguito Infocert)-, e, dall'altro, l'osservanza da parte delle citate società delle prescrizioni contenute nell'art. 13 del D.L. 4 luglio 2006 n. 223, convertito dalla L. 4 agosto 2006 n. 248.

A seguito dell'esame della vicenda e dei chiarimenti e documenti forniti dalle parti l'Autorità ha proceduto all'invio alle parti della comunicazione di risultanze istruttorie, come disposto dal Consiglio nell'adunanza del 16 e 18 novembre 2010. L'esponente ARUBA Posta Elettronica Certificata SpA, che si occupa di gestione certificata (nel seguito Aruba) nonché Infocamere ed Infocert hanno presentato le proprie controdeduzioni, mentre Unioncamere non ha presentato ulteriori controdeduzioni.

#### **I.1. Considerazioni di Aruba**

La Società Aruba PEC S.p.A. evidenzia le seguenti doglianze:

- 1) Le Camere di Commercio utilizzano risorse pubbliche per svolgere prestazioni e servizi in favore della società Infocert senza ricevere alcun corrispettivo, generando conseguentemente un grave danno erariale;
- 2) Le Camere di Commercio e Infocamere affidano commesse per milioni di euro alla società Infocert, in violazione della normativa in tema di evidenza pubblica;
- 3) Violazione del disposto di cui all' art. 13 L. n. 248 del 2006 da parte delle società Infocamere e Infocert, in quanto quest'ultima svolge attività strumentali all'ente costituente (Infocamere), alle Camere di Commercio e, contestualmente, attività sul mercato privato, generando una grave violazione della concorrenza.

Aruba ha meglio chiarito le proprie doglianze approfondendo prevalentemente i due aspetti:

- Affidamento da parte di Infocamere ad Infocert di commesse per milioni di euro, in apparente violazione delle norme sull'evidenza pubblica;
- Possibile violazione da parte di Infocert S.p.A. del disposto di cui all'art. 13 D.L. n.223 del 2006.

Con riferimento al primo aspetto Aruba ha precisato che le commesse affidate senza gara riguardano la fornitura di prodotti quali la posta elettronica certificata, denominata "Legalmail", ovvero la firma digitale, che solo di recente viene fornita attraverso la "Business key", mentre prima veniva fornita sulle smart card utilizzate anche per la Carta nazionale dei Servizi; tali prodotti sono realizzati da Infocert, la quale risulta essere altresì titolare dei relativi marchi.

E' stato altresì segnalato che le Camere di Commercio provvedono all'affidamento diretto di tali forniture ad Infocamere poiché considerano detta società un soggetto sottoposto ad un controllo analogo a quello esercitato sulle proprie strutture interne; a sua volta Infocamere affida l'esecuzione di tali forniture (almeno così risulta dalla documentazione in possesso di Aruba) direttamente ad Infocert senza bandire alcuna gara.

Secondo Aruba, l'affidamento da Infocamere a Infocert con simili modalità costituisce una palese violazione della normativa in materia di evidenza pubblica per i seguenti motivi:

a) Infocamere è una società che rientra pienamente tra quelle che devono affidare commesse ed acquistare beni o servizi esclusivamente mediante procedure di evidenza pubblica;

b) Infocert risulta essere una società priva dei requisiti che consentono l'affidamento in house.

A sostegno delle proprie argomentazioni Aruba cita la relazione al bilancio Infocamere del 2007 nella quale, a giustificazione dell'aumento dei debiti nei confronti della controllata Infocert per un importo di oltre 5 milioni di euro, viene testualmente riportato che "l'incremento dei debiti verso la società Infocert è stato causato da maggiori acquisti effettuati verso la stessa negli ultimi mesi dell'anno 2007 in conseguenza della cessione del ramo d'azienda Prodotti e Servizi Mercato Privato". A fronte di tutto ciò non risultano essere state bandite gare per l'affidamento di servizi da parte di Infocamere a favore di Infocert.

In merito al secondo aspetto Aruba ha evidenziato che le prescrizioni contenute nell'art. 13 del D.L. n. 223 del 2006 sono volte ad impedire che società che godono del vantaggio di avere il proprio capitale sottoscritto da Enti pubblici, o da Società partecipate da Enti pubblici, possano alterare la concorrenza nel proprio mercato di riferimento; pertanto, per le società tenute all'osservanza di tale norma vige il divieto di operare con soggetti diversi dall'Ente costituente e di spendere sul mercato privato le asimmetrie informative ed i mezzi finanziari acquisiti nello svolgimento di attività a favore dell'Ente pubblico.

Ai fini dell'osservanza della norma di cui trattasi, Infocert avrebbe dovuto ultimare nei tempi previsti i contratti in corso e cessare qualunque ulteriore attività in favore di Infocamere e delle Camere di Commercio. Tale società ha continuato invece a ricevere commesse per milioni di euro dall'Ente costituente, godendo così delle citate asimmetrie concorrenziali che l'art. 13 citato aveva inteso sanzionare e, contestualmente, come già evidenziato, ha continuato ad operare nel mercato privato in regime di distorsione della concorrenza.

Aruba ha altresì chiarito che nel luglio 2008 Infocamere ha costituito l'IC Trust e ha trasferito al trustee San Paolo Fiduciaria S.p.A. il 100% delle azioni Infocert S.p.A.; la situazione, tuttavia, è rimasta identica a quella precedente: Infocamere continua di fatto a controllare, tramite il trustee, l'intero capitale di Infocert e quest'ultima, sempre con capitale pubblico, continua a svolgere le proprie attività per l'ente costituente e per altri soggetti privati e pubblici.

Sono state, altresì, evidenziate le difficoltà incontrate da Aruba nell'ambito del mercato di riferimento in ragione del comportamento adottato dalla stragrande maggioranza delle Camere di Commercio che, sui loro siti web istituzionali e, in parte, attraverso il loro personale, sembrano promuovere esclusivamente i servizi/prodotti di Infocert; in tal modo gli altri operatori del settore vengono a trovarsi in una posizione assolutamente marginale, in quanto costretti ad operare in regime di distorsione della concorrenza.

Ad integrazione di quanto sopra, nelle proprie controdeduzioni alla comunicazione di risultanze istruttorie, la società ARUBA ha evidenziato che Infocert, alla data del 22 dicembre 2010, continuava ad operare sul mercato dei servizi di Posta elettronica certificata e Firma digitale, in violazione dell'art. 13 D.L. 223/2006 (convertito in L. 248/2006). A comprova di ciò, ha depositato la seguente documentazione:

1. estratti dai siti internet di n. 63 Camere di Commercio italiane che alla data del 17.11.2010 promuovono, commercializzano e pubblicizzano, direttamente o indirettamente, i servizi e prodotti Infocert e, in particolare, la firma digitale e la business Key, apparentemente senza ricevere alcun corrispettivo;
2. lettere, fatture e determinazioni della Camera di Commercio di Campobasso da cui si evince l'affidamento diretto alla società Infocert di attività strumentali del citato ente;
3. comunicazione da cui si evince la partecipazione di Infocert a gare d'appalto indette dalla società INSIEL (diversa dagli enti costituenti);
4. relazione sulla gestione di Infocert al 31/12/2009, da cui si evince un consolidamento dell'attività della stessa nel mercato delle Camere di Commercio.

## **1.2 Considerazioni di Infocamere**

Infocamere, in sede di controdeduzione alle doglianze di Aruba, chiarisce innanzitutto la propria natura di società consortile per azioni delle Camere di Commercio italiane, operante nel mercato dei servizi di certificazione digitale.

In ordine alla presunta violazione dell'art. 13 del D.L. n. 223 del 2006, evidenzia che per la dismissione delle attività ricadenti nei prescritti divieti risulta tracciato un particolare regime transitorio il cui termine è stato, in ultimo, fissato dall'art. 20 comma 1 bis L. 27 febbraio 2009 n. 14 al 4 gennaio 2010; pertanto, lo svolgimento da parte di Infocert di servizi in favore di Infocamere è destinato a concludersi nell'ambito del periodo transitorio. Fino a tale data Infocamere ritiene

assolutamente legittima la prosecuzione degli incarichi in corso.

Alla luce di tali considerazioni, il Consiglio di Amministrazione di Infocamere nella seduta del 3 marzo 2010 ha deliberato la definitiva interruzione al 31 dicembre 2009 di tutti i rapporti con Infocert di rivendita nei confronti delle Camere di Commercio dei prodotti e servizi che costituiscono il core business di Infocert, quali la posta elettronica certificata, nominata legalmail, la firma digitale fornita attraverso Smart-Card, Business Key e CNS, la gestione della documentazione e la conservazione ottica sostitutiva, nonché i servizi di distribuzione delle banche dati camerale. Infocamere ha, altresì, comunicato di aver riacquisito da Infocert il ramo d'azienda denominato "Amministrazione contabilità e gestione del personale" mentre è in corso l'acquisizione di quello relativo al "Sistema di produzione delle carte cronotachigrafiche". Alcune soluzioni tecnologiche risultano ancora temporaneamente condivise per motivi di continuità operativa.

Prima della definitiva decisione del Consiglio di Amministrazione del 3 marzo 2010 Infocamere ha, comunque, precedentemente proceduto ad un'operazione di scorporo delle attività operanti sul mercato: in data 12 giugno 2007 ha, infatti, operato il trasferimento del ramo aziendale costituito da "Prodotti e servizi Mercato privato e P.A." alla società IC Solution (poi Infocert); tale società, interamente controllata da Infocamere e da collocarsi successivamente sul mercato, risultava già strutturata per la prestazione di servizi a clienti esterni, disponendo altresì di risorse tali da consentirle di provvedere autonomamente alla gestione amministrativa e del personale. Infocamere, anteriormente a tale operazione, svolgeva sia servizi in favore delle Camere di Commercio aventi carattere accessorio e facoltativo, sia attività di produzione per il mercato; pertanto, lo scorporo e la cessione ad Infocert del ramo aziendale hanno comportato la sussistenza di obblighi residui di servizio finalizzati a consentire ad Infocamere di rispettare gli impegni consortili gravanti sulla medesima nei confronti delle Camere di Commercio. L'impegno allo svolgimento di tali servizi è stato mantenuto in capo ad Infocert sino al momento della sua definitiva fuoriuscita dal sistema camerale.

In seguito alla sentenza del Consiglio di Stato, Ad. plen., n. 1 del 2008, nella quale il controllo analogo a quello svolto dall'ente pubblico sui propri servizi ed il rapporto di stretta strumentalità fra le attività dell'impresa in house e le esigenze pubbliche che l'ente controllante è chiamato a soddisfare vengono individuate come condizioni necessarie ai fini della legittimità dell'affidamento in house, Infocamere ha adottato nel giugno 2008 un nuovo statuto, divenuto pienamente operativo nel novembre 2008.

Per Infocamere l'incerto quadro normativo e giurisprudenziale sussistente in ordine alle società indirettamente partecipate da Enti pubblici ha indotto la stessa a ricorrere all'istituto del Trust, al fine di operare una netta separazione della gestione di Infocert da quella di Infocamere; pertanto, in data 30 luglio 2008 è stato sottoscritto l'atto istitutivo del Trust nel quale è stato nominato come Trustee la San Paolo Fiduciaria S.p.A. (successivamente Intesa San Paolo Trust Company S.p.A.).

Tale operazione è stata compiuta nella prospettiva di una riallocazione nel mercato e comunque di una dismissione entro la scadenza del periodo transitorio e quindi, in sostanza, entro il 31 dicembre 2009.

Stante la difficoltà, attestata da Infocamere, di realizzare la ricollocazione nell'attuale contingenza di mercato, la posizione di beneficiaria vantata da Infocamere nei confronti di IC Trust è stata trasferita in capo ad una finanziaria (Tecno Holding S.p.A.), riconosciuta ai sensi del decreto legislativo n. 385 del 1993 e, quindi, in ossequio all'art. 13 del Decreto legge Bersani. Pertanto, la proprietà di Infocert non è più di Infocamere.

Alla luce di tali considerazioni Infocamere ritiene:

- di essere estranea ad ogni tipo di attività di interesse del mercato;
- che Infocert detiene e svolge le attività di pertinenza del ramo d'azienda ricevuto da Infocamere e, pertanto, prosegue gli incarichi in corso;
- ogni questione di compatibilità e di legittimità può venire in essere solo in ordine a fattispecie ancora in corso di espletamento dopo la scadenza del termine fissato al 4 gennaio 2010.

Infocamere ha, inoltre, trasmesso il parere reso dal proprio consulente Prof. Maurizio Lupoi in ordine alle osservazioni riguardanti l'istituzione di IC Trust; in tale parere viene evidenziato come il Trust IC costituisca un esempio di trust che affida pienamente il fondo in trust, ovvero le partecipazioni societarie, fra le quali quella in Infocert, al trustee. Dalla lettura dell'atto istitutivo appare che Infocamere abbia posto la massima cura nell'evitare qualsiasi prospettiva di controllo, individuando, da un lato, due diverse categorie di beneficiari (i singoli soci di Infocamere e Infocamere stessa) aventi interessi non coincidenti e, dall'altro, definendo le obbligazioni del trustee in relazione alle finalità del trust.

A seguito della comunicazione delle risultanze istruttorie, Infocamere ha presentato proprie controdeduzioni in cui ha ribadito la cessazione alla data del 31.12.2009, dei rapporti di rivendita con Infocert in virtù dei quali Infocert aveva fornito alle Camere di Commercio i prodotti e servizi che ne

costituivano il core business, tra cui la posta elettronica certificata, la firma digitale - tramite smart card, busines key e CNS - la gestione documentale, la conservazione ottica sostitutiva, nonché i servizi di distribuzione delle banche dati camerale. Ha ritenuto dunque di avere fornito all'Autorità quanto necessario per dimostrare di avere ottemperato ai dettami dell'art. 13 D.L. 223/2006, fatto questo ulteriormente confermato dalla recente indizione ad opera di Infocamere stessa di una procedura ad evidenza pubblica per l'affidamento di un servizio in favore delle Camere di Commercio, affidato all'RTI Actalis/Aruba (odierno esponente). Ha segnalato, inoltre, che Infocamere non è più titolare di Infocert in quanto questa è stata ceduta alla finanziaria Tecno Holding S.p.A. e conseguentemente ha chiesto di essere estromessa dall'istruttoria.

### **I.3 Considerazioni di Infocert**

Infocert ha trasmesso, su istanza avanzata dall'Autorità, la seguente documentazione:

- 1) Dettaglio dei ricavi "Mercato" extra Camere di Commercio per linea di prodotto (secondo semestre anno 2007: €. 4.074.492, anno 2008: €. 10.375.609 e primo trimestre anno 2009: €.2.912.859);
- 2) Elenco ordinativi per cliente superiori a 20.000 euro e relativi alle annualità di cui a punto 1 (oltre 100 ordinativi per clienti pubblici e privati di importo variabile da €. 651.756 a 20.275);
- 3) Dettaglio ricavi per numero clienti e importo complessivo per linea prodotto inferiori a 20.000 euro (oltre 3400 clienti);
- 4) Numero di transazioni e importo complessivo nel triennio di cui al punto 1 per linea prodotto effettuate tramite il sito internet (a titolo esemplificativo nel 2008 n. 46124 contratti per un importo complessivo di oltre 1 mln di euro).

A seguito delle risultanze istruttorie, la società Infocert ha ribadito la cessazione dei rapporti con Infocamere e pur concordando sull'applicabilità dell'art. 13 D.L. 223/2006 alle Camere di commercio, ne ha contestato l'applicabilità a Infocert in conseguenza delle recenti vicende societarie che ne hanno mutato completamente l'assetto proprietario. Difatti, segnala Infocert, che la società Infocamere ha completamente dismesso ogni partecipazione azionaria detenuta in Infocert, la cui proprietà in data 21.10.2009 è passata a Tecnoholding S.p.A. e in data 22.12.2009 a Tecnoinvestimenti srl (subholding della prima).

A conferma di ciò, la Infocert ha richiamato e allegato una recentissima sentenza del TAR Lazio n. 36553 del 14.12.2010 in cui proprio pronunciandosi su Infocert, il Giudice ne ha dichiarato l'autonomia e l'indipendenza da Infocamere.

Infine, la Infocert ha invitato l'Autorità a tener conto dei principi contenuti nell'art. 41 della Costituzione italiana e nelle direttive CE 2004/17 e 2004/18 che nei confronti delle imprese pubbliche vietano ogni discriminazione in virtù dell'assetto proprietario pubblico.

### **I.4 Considerazioni di Unioncamere**

Unioncamere ha prodotto una propria memoria nella quale viene evidenziata l'inapplicabilità alle Camere di Commercio ed alle loro società della disciplina prevista dall'art. 13 D.L. n. 223 del 2006, in quanto le medesime non rientrano nel novero delle amministrazioni pubbliche locali.

## **II. Ritenuto in diritto**

### **II.1 Quadro normativo di riferimento**

L'art. 13, comma 1, D.L. 4 luglio 2006 n. 223, modificato in ultimo dall'art. 48 della legge n.99 del 2009, prescrive che " Al fine di evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità degli operatori nel territorio nazionale, le società, a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti in funzione della loro attività, ... omissis ..., nonché, nei casi consentiti dalla legge, per lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative di loro competenza, devono operare con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti, non possono svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, né in affidamento diretto né con gara, e non possono partecipare ad altre società o enti aventi sede nel territorio nazionale. ...".

La ratio di tale disposizione normativa consiste nella riduzione dei costi degli apparati pubblici regionali e locali e nella tutela della concorrenza, da perseguirsi mediante l'eliminazione delle posizioni di privilegio delle società pubbliche a scapito di quelle private che operano sul mercato; il che ricorre qualora esse prestino la loro attività quali enti strumentali dell'ente pubblico di riferimento, fruendo dei vantaggi indotti dalla stretta contiguità con il detto ente.

### **II.2 Occorre preliminarmente accertare l'applicabilità della norma in esame alle Camere di**

Commercio ed alle loro società; l'art. 13 cit., nel riferirsi espressamente alle "amministrazioni pubbliche locali", pone l'accento non tanto sulle caratteristiche soggettive dell'ente, ma sui contenuti e sugli ambiti di esplicazione della relativa attività amministrativa. Tale riferimento ricomprende le attività poste in essere dalla generalità delle amministrazioni pubbliche che perseguono il soddisfacimento di interessi pubblici locali; pertanto, è l'ambito spaziale locale dell'attività pubblica che rende operativa la norma, dovendo intendersi la medesima come relativa a tutte le amministrazioni pubbliche che perseguono il soddisfacimento di interessi pubblici entro un dato ambito territoriale, genus nel quale rientrano senza dubbio anche le Camere di Commercio. Risulterebbe, del resto, irragionevole l'assoggettamento alla disciplina di cui trattasi delle società costituite o partecipate, ad esempio, dalle amministrazioni regionali o comunali e non anche quelle che fanno riferimento alle altre amministrazioni operanti in ambito locale. Le richiamate esigenze di riduzione dei costi degli apparati pubblici regionali e locali e di tutela della concorrenza sussistono, peraltro, anche per le società facenti riferimento a tutti gli enti locali diversi dagli enti territoriali (Cfr. Cons. Stato, Sez. III, 25 settembre 2007 n. 322).

In ogni caso, a seguito di un ricorso proposto dalla stessa Infocert e dalla società Webcorner S.r.l. contro la Regione Toscana, il Consiglio di Stato con decisione, Sez. V, 22 febbraio 2010 n.1037 ha ribadito che le Camere di commercio rientrano nel concetto di amministrazione locale di cui all'art.13 del D.L. n.223.

Considerazioni analoghe sono riportate nella sentenza del TAR Lazio n. 1015 del 27 gennaio 2010 relativa ad un ricorso di un raggruppamento temporaneo di cui faceva parte la stessa Infocert, per l'esclusione da una gara effettuata dalla stazione appaltante Equitalia S.p.A..

Alla luce di tali argomentazioni, la disciplina prevista dall'art. 13 D.L. n. 223 del 2006 deve ritenersi applicabile anche alle Camere di Commercio ed alle loro società.

**II.3** Chiarito tale aspetto, occorre valutare se sussiste in capo ad Infocert la possibilità di agire nel libero mercato, partecipando a gare per lo svolgimento di prestazioni rientranti nel relativo oggetto sociale, a favore di soggetti pubblici o privati.

L'Autorità si è già occupata delle problematiche inerenti all'applicazione dell'art. 13 cit. ed, in particolare, con la deliberazione 9 maggio 2007 n. 135 ha esteso il divieto di svolgere attività extra moenia, previsto per le società costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali, anche alle ipotesi in cui la partecipazione di tali soggetti pubblici alla società sia meramente indiretta; ciò allo scopo di evitare che l'applicazione del divieto alle sole partecipazioni dirette possa rappresentare un facile strumento di elusione della norma mediante meccanismi di partecipazioni societarie mediate.

Tale orientamento risulta conforme all'interpretazione giurisprudenziale secondo cui le limitazioni alla capacità di agire operano sia in caso di partecipazione diretta che di partecipazione indiretta degli Enti pubblici a società, non potendosi consentire che attraverso lo schermo della creazione di una società di secondo grado vengano di fatto elusi i limiti previsti dalla norma in esame (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 7 ottobre 2008 n. 4829 e T.A.R. Milano, Sez. I, 31 gennaio 2007 n. 140).

Deve, inoltre, evidenziarsi che l'originario divieto posto alle Amministrazioni pubbliche regionali e locali dal D.L. n. 223 del 2006 è stato successivamente esteso a tutte le Pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1 comma 2 D.Lgs 30 marzo 2001 n. 165, ad opera dell'art. 3 comma 27 L. 24 dicembre 2007 n. 244; con tale norma, ai sensi della quale "al fine di tutelare la concorrenza e il mercato, le amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, non possono costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e di servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né assumere o mantenere direttamente o indirettamente partecipazioni, anche di minoranza, in tali società. È sempre ammessa la costituzione di società che producono servizi di interesse generale e l'assunzione di partecipazioni in tali società da parte delle amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, nell'ambito dei rispettivi livelli di competenza", è stato rafforzato sia l'orientamento tendente a limitare il fenomeno della proliferazione di società pubbliche o miste, sia l'indirizzo restrittivo del raggio d'azione delle società costituite o partecipate dalle Amministrazioni regionali e locali, fatta eccezione per i servizi di interesse generale.

Con riguardo all'applicazione delle prescrizioni contenute nell'art. 13 D.L. n. 223 del 2006, come in precedenza evidenziato, risulta tracciato un particolare regime transitorio per il caso di specie, il cui termine è stato in ultimo fissato dall'art. 20 - Proroga dei termini per il riordino ed il riassetto delle partecipazioni societarie dell'Agenzia nazionale per l'attrazione degli investimenti e lo sviluppo di impresa S.p.A.- comma 1 bis L. 14 del 2009 al 4 gennaio 2010; tale regime transitorio si applica ai contratti stipulati prima dell'entrata in vigore dell'art. 13 cit., risultando, invece, immediatamente operante il divieto prescritto da tale norma per i contratti stipulati dopo la relativa data di entrata in vigore.

Dalle risultanze documentali è emerso che Infocert, anche in seguito all'entrata in vigore del detto decreto, ha continuato in contrasto con le disposizioni di cui all'art.13 del D.L. n. 223 del 2006 ad

acquisire commesse per importi rilevanti direttamente da Infocamere oltre che nell'ambito del mercato aperto alla libera concorrenza.

Risulta, a titolo esemplificativo, che ai fini della Comunicazione unica di cui all'art.8 DPCM 6 maggio 2009 alcune Camere di Commercio hanno assegnato gratuitamente ad imprese che ne sono sprovviste caselle PEC, acquistando tali caselle, tramite Infocamere, esclusivamente da Infocert, altre hanno pubblicizzato sul proprio sito istituzionale il prodotto legalmail e/o Business Key di infocert o rinviato al sito di detta società. Infocert, quindi, da un lato è venuta a trovarsi in una posizione di fatto monopolistica nel rapporto con Infocamere e le Camere di Commercio e contestualmente procedeva a vendere i propri prodotti all'esterno, anche mediante la partecipazione a gare pubbliche (Consip, CSI Piemonte, regione Toscana ecc.), con possibili effetti distorsivi a carico del mercato di riferimento.

La sussistenza in capo ad Infocert S.p.A dei limiti di cui al citato art. 13 trova ulteriore conferma nella sentenza del TAR Toscana 13 marzo 2009 n. 417, (confermata in sede di appello dal Consiglio di Stato, Sez. V, mediante la citata decisione del 22/02/2010 n. 1037) nella quale viene statuito che, sia Infocamere S.c.p.A., sia Infocert S.p.A., sono soggette al disposto della detta norma; alle medesime conclusioni è pervenuto il TAR Lazio, Sez. II con la sentenza n. 1015 del 27 gennaio 2010.

Il Consiglio di Stato non ha ritenuto ammissibile il subentro di Infocert a Infocamere in una gara indetta dalla Regione Toscana, posto che "il difetto di legittimazione di Infocamere a causa della struttura della composizione societaria, ... omissis ..., non poteva non trasmettersi alla posizione della società partecipata". Ciò in considerazione del rischio che si creino situazioni di particolare privilegio per quelle imprese che possono usufruire di "aiuti di Stato", quali a titolo esemplificativo contributi, sussidi ed agevolazioni, ma anche la certezza dell'acquisizione di taluni contratti, fattori che possono consentire una partecipazione nel libero mercato con offerte innaturalmente basse e quindi alterare la par condicio tra gli operatori economici. Il Giudice amministrativo non è invece entrato nel merito dell'evoluzione degli assetti societari di Infocamere che, con atto costitutivo di un Trust del luglio 2008, ha conferito alla San Paolo Fiduciaria S.p.a. le proprie partecipazioni in Infocert.

**II.4** Riguardo alla natura del trust costituito al dichiarato scopo di adempiere all'obbligo di cedere a terzi le società e le partecipazioni vietate, ai sensi dell'art. 13 cit. (abrogato dalla legge finanziaria 2007 - art. 1, comma 720, della L. n. 906/2006- e ripristinato dalla legge finanziaria 2008 - art. 3, comma 29, della legge n.244/2007), deve evidenziarsi come l'intestazione delle azioni Infocert al Trust assuma carattere meramente elusivo della norma in esame, in quanto il Comitato di consulenza risulta composto da sette membri nominati dall'assemblea dei soci di Infocamere e può revocare in ogni momento il trustee; pertanto Infocamere, per il tramite del Comitato di consulenza dalla stessa nominato, è stata sempre potenzialmente in grado di disporre in ogni momento la cessazione del Trust, rientrando, conseguentemente, in possesso delle partecipazioni.

Altro elemento che porta ad escludere il carattere effettivamente autonomo ed irrevocabile del trust è costituito dalla circostanza che il trasferimento delle azioni in capo al medesimo ha mera natura di intestazione fiduciaria.

Sulla reale autonomia di Infocert a seguito dello scorporo da Infocamere per le attività indirizzate al libero mercato il TAR Lazio, con sentenza n.1015 del 2010 su ricorso della stessa Infocert contro la Società Equitalia S.p.a. e nei confronti di Poste Italiane S.p.a., ha stabilito che "Lo "scorporo" è rilevante allorché venga realizzato mediante la costituzione di una società o di un ente che sia in effetti "autonomo" ed "indipendente" rispetto alla società partecipata. Orbene tali caratteristiche non sono presenti nel caso in esame". Il Giudice amministrativo, non entrando nel merito sull'ammissibilità del Trust in Italia, in considerazione del fatto che la norma è stata ritenuta applicabile unicamente al Trust con elementi di internazionalità, non ha comunque ritenuto sussistere nel Trust in questione una netta separazione tra la proprietà e la gestione.

In particolare la possibilità per i soci di InfoCamere (le Camere di Commercio) di nominare sulla base dello statuto di infocert il comitato di consulenza del Trust, che ha il potere di nominare e revocare il Trustee e di fornirgli istruzioni porta all'evidente possibilità di incidere sulle scelte decisionali del soggetto che avrebbe dovuto restare autonomo.

Sull'argomento la citata sentenza del TAR conclude che "anche la semplice possibilità di determinare gli obiettivi che il Trustee deve raggiungere e di revocarlo, esclude che quest'ultimo possa essere ritenuto completamente autonomo".

**II.5** In ogni caso, si rileva che Infocamere con nota del 21 aprile 2010 ha trasmesso il verbale del Consiglio di Amministrazione del 3 marzo 2010 da cui si evince la cessazione al 31 dicembre 2009 dei rapporti di vendita alle Camere di Commercio "dei prodotti e servizi che costituiscono il core business di Infocert stessa (quali la posta elettronica certificata - nominata legalmail - la firma digitale fornita attraverso Smart-card, Business Key e CNS, la gestione documentazione e la conservazione ottica sostitutiva, nonché i servizi di distribuzione delle banche dati camerali)".

Stante quanto sopra, Infocamere e le Camere di Commercio dovranno garantire per il futuro la

puntuale osservanza delle norme in tema di evidenza pubblica per l'acquisizione di beni e servizi. In altri termini Infocamere e le Camere di Commercio dovranno provvedere ad acquisire quanto fino ad oggi assicurato da Infocert con le procedure di affidamento disposte dal codice unico dei contratti pubblici (D.lgs. n.163/2006).

## **II.6 In merito alle controdeduzioni**

Dall'esame delle controdeduzioni svolte dalle società interessate, non emergono novità, né di fatto né di diritto, rispetto a quanto già emerso in fase d'istruttoria (ed ampiamente esposto dalle citate società nelle note, nonché nel corso delle audizioni tenutesi presso l'Autorità anteriormente alla comunicazione delle risultanze istruttorie).

In ogni caso, riguardo alla richiamata modifica dell'assetto proprietario di Infocert, ceduta alla società Tecnoholding (nonché alla subholding Tecnoinvest) e alla sua indipendenza ed autonomia da Infocamere, come pure la cessazione dei rapporti di vendita di prodotti e servizi informatici tra Infocert e Infocamere alla data del 23/12/2009, si rileva che il TAR Lazio (sentenza n. 36533 del 14/12/2010) nel caso di un appalto di servizi informatici relativi all'evoluzione del sistema di registrazione ed archiviazione espletato dal Ministero dello Sviluppo economico conclude per la legittimità della partecipazione di Infocert alla gara ad evidenza pubblica e del successivo provvedimento di aggiudicazione per effetto della dismissione, prima della partecipazione alla gara, da parte di Infocamere della partecipazione al capitale sociale di Infocert, con cui è venuta meno la proprietà di Infocamere nei confronti di Infocert. Il TAR, infine, argomenta che "con la realizzazione del descritto passaggio dell'assetto proprietario, si è realizzata una partecipazione di Infocert allineata ai dettami dell'art. 13 del D.L. 223/2006".

Dai documenti prodotti dall'esponente Aruba è, però, dato rilevare che le Camere di Commercio Italiane continuano, in contrasto con le disposizioni di cui al D.Lgs. 163/2006, ad acquistare servizi e prodotti direttamente da Infocert senza preventive procedure ad evidenza pubblica.

Risulta, infatti, a titolo esemplificativo che ben 63 Camere di Commercio Italiane, alla data del 17.11.2010, promuovevano, commercializzavano e pubblicizzavano, direttamente o indirettamente, i servizi e prodotti Infocert e, in particolare, la firma digitale e la business Key, apparentemente senza ricevere alcun corrispettivo. Infocert, quindi, per quanto in atti continuava da un lato a beneficiare di una posizione di fatto monopolistica nel rapporto con le Camere di Commercio e contestualmente procedeva a vendere i propri prodotti a terzi, anche mediante la partecipazione a gare pubbliche, con possibili effetti distorsivi a carico del mercato di riferimento.

Ciò rende concreto il rischio, già segnalato, che si creino situazioni di particolare privilegio per quelle imprese (Infocert, nel caso in esame) che possano usufruire di "aiuti di Stato", quali a titolo esemplificativo contributi, sussidi ed agevolazioni, ma anche la certezza dell'acquisizione di taluni contratti, fattori che possono consentire una partecipazione nel libero mercato con offerte innaturalmente basse e quindi alterare la par condicio tra gli operatori economici.

A tal proposito, si cita la sentenza della Quinta Sezione del Consiglio di Stato n. 6527 del 2010, che sviluppa illuminanti argomentazioni sulla turbativa della concorrenza e, in particolare, sul concetto di "minimo garantito" che, ove sussistente, è di per se idoneo a turbare il regolare funzionamento della concorrenza, a prescindere dalla sussumibilità della fattispecie concreta in quella di società strumentale.

Segnala, difatti, il richiamato Collegio che "Il privilegio economico non necessariamente si concretizza nel contributo o sussidio o nell'agevolazione fiscale o contributiva, ma anche garantendo una posizione di mercato avvantaggiata rispetto alle altre imprese" che si può realizzare anche "garantendo ad un'impresa una partecipazione certa al mercato cui appartiene, garantendo, in sostanza, l'acquisizione sicura di contratti il cui provento sia in grado di coprire, se non tutte, la maggior parte delle spese generali; in sintesi: un minimo garantito".

Aggiunge il supremo collegio, che non è necessario poi che tale privilegio si sostanzi in un profitto ma è sufficiente che dai contratti garantiti l'impresa ottenga quanto sufficiente a coprire i costi generali di mantenimento dell'apparato aziendale. In tali condizioni, infatti, l'impresa al fine di acquisire nuove commesse potrà offrire condizioni concorrenziali perché sugli stipulandi contratti graveranno solo i costi diretti di produzione (dato che l'ammortamento delle spese generali risulta già coperto, ut supra); ciò consentirà all'impresa stessa di realizzare un maggiore profitto in riferimento alla normale economia aziendale del settore ovvero di offrire prezzi innaturalmente più bassi. "Nell'uno o nell'altro caso, il meccanismo del minimo garantito altera la par condicio delle imprese in maniera ancora più grave perché con riflessi anche sul mercato dei contratti privati. L'impresa beneficiaria di questa sorta di minimo garantito, infatti, è competitiva non solo nelle gare pubbliche, ma anche rispetto ai committenti privati, sicché, in definitiva, un tale sistema diviene in sé assai più pericoloso e distorcente di una semplice elusione del sistema delle gare".

Nella fattispecie de qua (esclusa la natura di società strumentale di Infocert per trasmissione di detta natura da Infocamere, da cui in passato era partecipata al 100%) Infocert, pur operando sul mercato,

sia pubblico che privato, partecipando anche a gare d'appalto, continua a godere della garanzia del "minimo garantito" come sopra definito, cioè della garanzia della partecipazione certa al mercato cui appartiene, consistente principalmente in quello delle Camere di Commercio e comprendente tanto i servizi e le forniture eseguiti in favore di queste ultime, quanto il mercato con gli operatori economici iscritti e/o associati a tali enti, essendo ciò desumibile sia dall'attività di Infocert sia dalla relazione sulla gestione di Infocert al 31/12/2009, nella parte sull'evoluzione prevedibile della gestione nell'anno 2010, da cui si evince un consolidamento dell'attività della stessa nel mercato delle Camere di Commercio.

In base a quanto sopra considerato,

## **Il Consiglio**

- Rileva che la società Infocamere e le Camere di Commercio nell'affidamento dei servizi e forniture in esame abbiano operato in violazione del principio generale dell'evidenza pubblica e dei principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, imparzialità, buon andamento, trasparenza, economicità e pubblicità dettati dall'art. 2 del D.Lgs. 163/2006, nonché dal Trattato, e in violazione della disciplina prevista dall'art. 13 D.L. n. 223 del 2006 e che, in particolare, per le Camere di Commercio tale condotta perduri a tutt'oggi, in quanto queste continuano a promuovere, commercializzare e pubblicizzare, direttamente o indirettamente, i servizi e prodotti Infocert;
- Diffida, per l'effetto, Infocamere, le Camere di Commercio e Infocert, per quanto di rispettiva competenza, ad adottare iniziative idonee ad interrompere le condotte contrarie alle citate disposizioni normative;
- invita la Società Infocamere e le Camere di Commercio a garantire la puntuale osservanza delle norme in tema di evidenza pubblica per l'acquisizione di beni e servizi, con l'adozione delle procedure di affidamento disposte dal codice dei contratti pubblici (D.lgs. n.163/2006);
- dà mandato alla Direzione Generale Vigilanza Contratti perché comunichi la presente delibera alla società InfoCamere S.c.p.A., alla società InfoCert S.p.A., alla Unioncamere e all'esponente Aruba Posta Elettronica Certificata S.p.A., invitando Unioncamere, Infocamere e Infocert a dare riscontro, ai sensi dell'art. 6 del D.lgs. n. 163/2006, alla presente deliberazione entro trenta giorni dalla ricezione della stessa e a rendere note le eventuali iniziative che intenderanno assumere in autotutela.

Il Consigliere Relatore: Andrea Camanzi

Il Presidente: Giuseppe Brienza

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 27 ottobre 2011

Il Segretario: Maria Esposito