



Autorità Nazionale Anticorruzione

Delibera n. 921 del 16 ottobre 2019

Oggetto: Elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti in favore di proprie società *in house*, previsto dall'art. 192, co. 1, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 - ID 97 - Richiesta di iscrizione di CEM Ambiente S.p.A. per gli affidamenti all'organismo *in house* CEM SERVIZI SRL

Riferimenti normativi

art. 5, comma 1 lett. b) del d.lgs. n. 50/2016 e art. 16, comma 3 del d.lgs. n. 175/2016

Parole chiave

Affidamento *in house providing*, attività prevalente controllo analogo indiretto a cascata e/o orizzontale

Massima

Il calcolo dell'80% del fatturato di cui all'art. 5, comma 1 lett. b) del d.lgs. n. 50/2016 e all'art. 16, comma 3 del d.lgs. n. 175/2016 va riferito, sia alle attività svolte a favore delle amministrazioni aggiudicatrici/enti aggiudicatori (AA/EA) che detengono il controllo diretto, ossia le AA/EA che detengono una partecipazione nella società *in house*, sia alle attività svolte a favore dei soci indiretti ovvero delle AA/EA che affidano in virtù di un controllo analogo indiretto a cascata e/o orizzontale.

IL CONSIGLIO

Nell'odierna adunanza

VISTO l'articolo 192, comma 1, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, recante il nuovo Codice dei contratti pubblici che prevede l'istituzione presso ANAC dell'elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società *in house*;

VISTO che il citato comma 1 dell'articolo 192 prevede che l'ANAC definisca con proprio atto le modalità ed i criteri con cui, su domanda, è effettuata l'iscrizione all'Elenco dopo che sia stata riscontrata l'esistenza dei necessari requisiti;

VISTE le Linee guida n. 7 - Linee Guida per l'iscrizione nell'Elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società *in house* previsto dall'art. 192 del decreto legislativo 50/2016 - adottate dall'ANAC con la

deliberazione n. 951 del 20 settembre 2017, nelle quali sono state definite le modalità ed i criteri con cui è effettuata l'iscrizione all'Elenco;

VISTO in particolare il punto 6.1 delle Linee guida n. 7, per cui “L'Ufficio competente valuta la sussistenza dei requisiti richiesti dall'art. 5 del Codice dei contratti pubblici ovvero dagli artt. 4 e 16 del D.lgs. 175/2016 ai fini dell'iscrizione nell'Elenco dell'amministrazione aggiudicatrice o dell'ente aggiudicatore richiedente”;

VISTA la domanda di iscrizione all'Elenco inoltrata da CEM AMBIENTE S.P.A. (CF 03965170156), ricevuta al protocollo ANAC n. 6239 del 22.01.2018, ID 97, relativa all'organismo *in house* CEM SERVIZI SRL (CF 03584060960) (più oltre anche “Organismo *in house*” e/o “società partecipata”);

VISTO il deliberato consiliare n. 702 del 24 luglio 2018 con il quale l'Autorità ha iscritto nell'Elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società *in house* di cui all'articolo 192, comma 1, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, il COMUNE DI SANT'ANGELO LODIGIANO (CF 84503930152) in proprio e per gli altri enti partecipanti al capitale sociale, tra cui il COMUNE DI COMAZZO (CF 84507410151) che ha inoltrato specifica richiesta di iscrizione successivamente al perfezionamento dell'acquisto di azioni della società, in relazione agli affidamenti in regime di *in house providing* alla società CEM AMBIENTE S.P.A. (CF 03965170156);

VISTO il deliberato consiliare n. 847 del 2 ottobre 2018 con il quale l'Autorità ha provveduto, in relazione agli affidamenti in regime di *in house providing* nei confronti di CEM AMBIENTE S.P.A. (CF 03965170156), all'integrazione della composizione del controllo analogo congiunto con il COMUNE DI MERLINO (CF 84507390155) e il COMUNE DI CASELLE LURANI (CF 84504860150) che hanno inoltrato specifica richiesta di iscrizione successivamente al perfezionamento dell'acquisto di azioni della società;

VISTO il deliberato consiliare n. 1077 del 21 novembre 2018 con il quale l'Autorità ha provveduto, in relazione agli affidamenti in regime di *in house providing* nei confronti di CEM AMBIENTE S.P.A. (CF 03965170156), all'ulteriore integrazione della composizione del controllo analogo congiunto con il COMUNE DI MULAZZANO (CF 84504300157), il COMUNE DI CERVIGNANO D'ADDA (CF 84503600151) e il COMUNE DI CASALETTO LODIGIANO (CF 84502640158) che hanno inoltrato specifica richiesta di iscrizione successivamente al perfezionamento dell'acquisto di azioni della società;

VISTO l'articolo 5, comma 1, lett. b), del Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, Codice dei contratti pubblici, che prevede che “*oltre l'80 per cento delle attività della persona giuridica controllata è effettuata nello*

svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'amministrazione aggiudicatrice controllante o da altre persone giuridiche controllate dall'amministrazione aggiudicatrice o da un ente aggiudicatore di cui trattasi";

VISTO l'articolo 16, comma 3, del Decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175, recante il Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica (TUSP), che recita che *"Gli statuti delle società di cui al presente articolo devono prevedere che oltre l'ottanta per cento del loro fatturato sia effettuato nello svolgimento dei compiti a esse affidati dall'ente pubblico o dagli enti pubblici soci";*

VISTO l'appunto dell'Ufficio precontenzioso e affari giuridici del 11 febbraio 2019, prot. 11180;

VISTO l'appunto dell'Ufficio qualificazione stazioni appaltanti del 12 febbraio 2019, prot. 11450;

TENUTO CONTO del pregresso deliberato consiliare del 6 marzo 2019, punto 22;

VISTO l'appunto dell'Ufficio qualificazione stazioni appaltanti del 21 marzo 2019, prot. 23483;

TENUTO CONTO del pregresso deliberato consiliare del 26 marzo 2019, punto 16;

VISTO l'appunto dell'Ufficio qualificazione stazioni appaltanti del 2 aprile 2019, prot. 26913;

TENUTO CONTO del pregresso deliberato consiliare del 10 aprile 2019, punto 14;

CONSIDERATI gli esiti dell'attività istruttoria da cui è emerso che:

- risulta verificato il requisito riguardante l'oggetto sociale atteso che l'articolo 2 dello statuto della società CEM SERVIZI SRL indica, come oggetto sociale esclusivo, una o più delle attività di cui all'art. 4, comma 2, del decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175, così come previsto nel punto 6.2 delle linee guida n. 7 di cui alla Determinazione ANAC n. 951 del 20 settembre 2017;
- sussiste il requisito soggettivo della totale partecipazione pubblica di CEM SERVIZI SRL alla luce di quanto previsto all'art. 4 dello statuto dell'organismo *in house*, in base al quale *"le quote possono essere sottoscritte e possedute, oltre che dalla Società in house CEM Ambiente S.p.A., da Comuni, Province, Città Metropolitane, Aziende Speciali, Consorzi di Enti Locali e società a capitale interamente pubblico"*, così come previsto dall'articolo 5, comma 1, lettera c) del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50" nonché dall'art. 26 dello statuto che prevede, tra l'altro, che *"il capitale sociale della Società stessa dovrà essere in ogni tempo in proprietà totalitaria di enti pubblici e/o società a totale pubblico"*.;
- risulta presente il requisito strutturale del controllo analogo di cui all'articolo 5 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, dell'art. 16 del d.lgs. n. 175/2016 nonché dal punto 6.3 delle linee guida n. 7 di cui alla Determinazione ANAC n. 951 del 20 settembre 2017, stanti le previsioni degli articoli 21, 26, 26bis, 26ter, 26quater, 26quinquies dello statuto di CEM SERVIZI SRL in virtù delle quali CEM Ambiente S.p.A. esercita sull'organismo di cui trattasi

un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, stante l'indicazione delle modalità di esercizio dei poteri di controllo, di ingerenza e di condizionamento superiori a quelli tipici del diritto societario.

CONSIDERATO altresì che la società CEM Ambiente S.p.A. presenta la natura di organismo *in house* sottoposto a controllo congiunto di diverse amministrazioni aggiudicatrici, così come risultante dalle citate delibere di iscrizione ANAC n. 702 del 24 luglio 2018, n. 847 del 2 ottobre 2018 e n. 1077 del 21 novembre 2018 e che la predetta società ha, a sua volta, richiesto l'iscrizione all'Elenco di cui all'articolo 192, comma 1, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, in relazione agli affidamenti in regime di *in house providing* a CEM SERVIZI SRL;

VALUTATO che, nel caso di specie, in relazione al requisito oggettivo dell'attività prevalente, la clausola dell'80% dell'attività prevista dal comma 3 dell'art. 16 del d.lgs. n. 175/2016 è declinata, nell'art. 2 dello statuto di CEM SERVIZI SRL, nel seguente modo *“la società è tenuta a realizzare e gestire i servizi e le attività di cui al presente articolo - affidatele direttamente dalla Società in house CEM Ambiente S.p.A. o dagli Enti locali soci di CEM Ambiente S.p.A. o dai propri soci diversi da CEM Ambiente S.p.A. - per conto dei propri soci e degli Enti locali soci di CEM Ambiente S.p.A. in misura superiore all'80% del fatturato annuo”*;

CONSIDERATO che, nell'ordinamento italiano, gli elementi che caratterizzano gli affidamenti *in house* sono contenuti *in primis* nell'articolo 5 del Codice dei contratti pubblici, di diretta applicazione delle direttive europee, ove si prevede, in relazione al requisito riguardante l'attività prevalente, al comma 1, lett. b), che: *“oltre l'80 per cento delle attività della persona giuridica controllata è effettuata nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'amministrazione aggiudicatrice controllante o da altre persone giuridiche controllate dall'amministrazione aggiudicatrice o da un ente aggiudicatore di cui trattasi”*, non ponendo il limite di realizzare l'80% con le sole attività rivolte ai soci diretti;

CONSIDERATO inoltre che, in riferimento al requisito dell'attività prevalente, nel caso delle società, l'art. 16, del TUSP prevede che *“Gli statuti delle società di cui al presente articolo devono prevedere che oltre l'ottanta per cento del loro fatturato sia effettuato nello svolgimento dei compiti a esse affidati dall'ente pubblico o dagli enti pubblici soci”*, includendo, pertanto, nel calcolo dell'80%, le sole attività svolte nei confronti dei soci diretti;

VALUTATO che, nella prassi, l'Ufficio ha rinvenuto diverse formulazioni adottate negli statuti che, con riguardo alla clausola dell'80%, per molti organismi *in house* che sono società (ai quali si applica, dunque, il TUSP), fanno un espresso richiamo ai *soci diretti o indiretti*, al fine di consentire la sintesi tra le due norme su citate e consentire il computo delle attività anche alle amministrazioni aggiudicatrici/enti aggiudicatori (AA/EA) che esercitano il controllo analogo orizzontale e/o a cascata;

VALUTATO inoltre che, nel caso in esame, l'applicazione rigorosa dell'art. 16, comma 3 del TUSP, per cui l'attività prevalente deve essere svolta nei soli confronti delle amministrazioni socie, risulta eccessivamente restrittiva rispetto all'art. 5, comma 1, lett. b) del Codice dei contratti, il quale non pone il limite di realizzare l'80% con le sole attività rivolte ai soci diretti;

VALUTATO altresì che, ulteriori implicazioni di un'interpretazione restrittiva delle norme citate sono rappresentate dai probabili riflessi sulla compatibilità comunitaria della norma di cui all'articolo 16, comma 3 del TUSP nonché sugli utenti dei servizi pubblici gestiti dalle amministrazioni pubbliche mediante l'istituto dell'*in house providing*;

RITENUTO, pertanto, per i motivi sopra menzionati e tenuto conto degli approfondimenti giuridico-effettuati, che il calcolo dell'80% del fatturato di cui all'art. 5, comma 1 lett. b) del Codice dei contratti pubblici e all'art. 16, comma 3 del TUSP vada riferito, sia alle attività svolte a favore delle AA/EA che detengono il controllo diretto, ossia le AA/EA che detengono una partecipazione nella società *in house*, sia alle attività svolte nei confronti dei soci indiretti ovvero alle attività realizzate a favore delle AA/EA che affidano in virtù di un controllo analogo indiretto a cascata e/o orizzontale;

CONSIDERATO che all'esito dell'attività istruttoria (protocollo ANAC n. 6239 del 22.01.2018, ID 97) sono emersi nel caso di specie, da una complessiva valutazione delle previsioni normative e statutarie nonché dei documenti in atti e degli approfondimenti giuridici svolti, i requisiti dell'*in house providing* di cui all'articolo 5 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 e ss.mm.;

DELIBERA

l'iscrizione all'Elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società *in house*, di cui all'articolo 192, comma 1, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, della società CEM AMBIENTE S.P.A. (CF 03965170156), per gli affidamenti all'organismo *in house* CEM SERVIZI SRL (CF 03584060960).

Il Presidente

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data: 25 ottobre 2019

Il Segretario, Maria Esposito