



Autorità Nazionale Anticorruzione

Delibera n. 967 del 23 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 1 - Richiesta di iscrizione di AMAP S.p.A. per gli affidamenti all'organismo *in house* RETE SERVIZI TERRITORIALI PALERMO (RE.SE.T. PALERMO) SOCIETA' CONSORTILE PER AZIONI

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

L'affidamento *in house orizzontale* è ammesso solo laddove l'Ente (Enti nel caso di controllo congiunto) che esercita il controllo analogo sui due soggetti contraenti, affidante e affidatario, sia lo stesso, ovvero che i due soggetti contraenti presentino la medesima compagine sociale di controllo. La *ratio* dell'istituto dell'*in house orizzontale* risiede, infatti, nella circostanza che la conclusione del contratto tra i due contraenti sia la manifestazione di un intento negoziale riconducibile in radice ad un unico soggetto e non, invece, il risultato della convergenza di volontà espresse da "centri di interesse" distinti.

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 ID 1, ricevuta al protocollo ANAC n. 3974 del 15.01.2018, inoltrata da AMAP SPA (CF 04797200823) per gli affidamenti diretti in favore dell'organismo RETE SERVIZI TERRITORIALI PALERMO (RE.SE.T. PALERMO) SOCIETA' CONSORTILE (CF 06370190826) (più oltre anche "Organismo *in house*" e/o "società partecipata"), in virtù di un controllo analogo orizzontale;

VISTE le domande di iscrizione all'Elenco ID 51, 67, 178 e 413, inoltrate rispettivamente da AMAT PALERMO S.P.A. (CF 04797180827) ricevuta al protocollo ANAC n. 5020 del 18.01.2019 (controllo analogo orizzontale), RISORSE AMBIENTE PALERMO S.P.A. (CF 06232420825) ricevuta al protocollo ANAC n. 5224 del 18.01.2019 (controllo analogo orizzontale), COMUNE DI PALERMO (CF 80016350821) ricevuta al protocollo ANAC n. 8064 del 26.01.2019 (controllo analogo diretto), AMG ENERGIA S.P.A. (CF 04797170828) ricevuta al protocollo ANAC n. 14999 del 16.02.2019 (controllo analogo orizzontale) relativamente all'organismo RETE SERVIZI TERRITORIALI PALERMO (RE.SE.T. PALERMO) SOCIETA' CONSORTILE (CF 06370190826);

VISTA la domanda di iscrizione all'Elenco ID 926, ricevuta al protocollo ANAC n. 43440 del 22.05.2018 e inoltrata dal COMUNE DI PALERMO (CF 80016350821), per sé e per gli altri soci, in sostituzione delle domande ID 1, 51, 67, 178 e 413, in virtù di un controllo analogo congiunto sull'organismo RETE SERVIZI TERRITORIALI PALERMO (RE.SE.T. PALERMO) SOCIETA' CONSORTILE (CF 06370190826);

VISTO l'articolo 5, comma 1, del codice dei contratti pubblici che stabilisce che *“Una concessione o un appalto pubblico, nei settori ordinari o speciali, aggiudicati da un'amministrazione aggiudicatrice o da un ente aggiudicatore a una persona giuridica di diritto pubblico o di diritto privato, non rientra nell'ambito di applicazione del presente codice quando sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni: a) l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore esercita sulla persona giuridica di cui trattasi un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi; b) 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; c) nella persona giuridica controllata non vi è alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati (le quali non comportano controllo o potere di veto) previste dalla legislazione nazionale, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata”*;

VISTO l'articolo 5, comma 2, del codice dei contratti pubblici, che prevede che *“Un'amministrazione aggiudicatrice o un ente aggiudicatore esercita su una persona giuridica un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi ai sensi del comma 1, lettera a), qualora essa eserciti un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della persona giuridica controllata. Tale controllo può anche essere esercitato da una persona giuridica diversa, a sua volta controllata allo stesso modo dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore”*;

VISTO l'articolo 5, comma 3 del Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, Codice dei contratti pubblici, che prevede che *“Il presente codice non si applica anche quando una persona giuridica controllata che è un'amministrazione aggiudicatrice o un ente aggiudicatore, aggiudica un appalto o una concessione alla propria amministrazione aggiudicatrice o all'ente aggiudicatore controllante o ad un altro soggetto giuridico controllato dalla stessa amministrazione aggiudicatrice o ente aggiudicatore a condizione che nella persona giuridica alla quale viene aggiudicato l'appalto pubblico non vi sia alcuna*

partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto prescritte dalla legislazione nazionale, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata.”;

VISTO l'articolo 5, comma 5, del Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, ove si prescrive che *“Le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori esercitano su una persona giuridica un controllo congiunto quando sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni: a) gli organi decisionali della persona giuridica controllata sono composti da rappresentanti di tutte le amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori partecipanti. Singoli rappresentanti possono rappresentare varie o tutte le amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori partecipanti; b) tali amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori sono in grado di esercitare congiuntamente un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative di detta persona giuridica; c) la persona giuridica controllata non persegue interessi contrari a quelli delle amministrazioni aggiudicatrici o degli enti aggiudicatori controllanti”;*

VISTO l'articolo 2, lett. c) e d) del Decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175, recante il Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica, ove si definisce il «controllo analogo»: *“la situazione in cui l'amministrazione esercita su una società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, esercitando un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della società controllata. Tale controllo può anche essere esercitato da una persona giuridica diversa, a sua volta controllata allo stesso modo dall'amministrazione partecipante”;* ed il «controllo analogo congiunto»: *“la situazione in cui l'amministrazione esercita congiuntamente con altre amministrazioni su una società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi. La suddetta situazione si verifica al ricorrere delle condizioni di cui all'articolo 5, comma 5, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50”;*

VISTO l'appunto dell'Ufficio qualificazione stazioni appaltanti del 21 marzo 2019, prot. 23383;

TENUTO CONTO del pregresso deliberato consiliare del 26 marzo 2019, punto 17;

CONSIDERATO che la società AMAP S.p.A. richiedente l'iscrizione per gli affidamenti in *house providing* all'organismo RE.SE.T. PALERMO, domanda ID 1, risulta partecipata da 34 comuni, tra cui il COMUNE DI PALERMO, per i quali gestisce il servizio idrico integrato;

CONSIDERATO che la società AMAP S.p.A., partecipa al capitale sociale dell'organismo RE.SE.T. PALERMO il quale risulta, altresì partecipato dal COMUNE DI PALERMO, che ne

detiene la quota di maggioranza, e da altre società da quest'ultimo controllate: SISPI SISTEMA PALERMO INFORMATICA S.P.A., RISORSE AMBIENTE PALERMO S.P.A., AMG ENERGIA S.P.A., AMAT PALERMO S.P.A.;

CONSIDERATO che, sulla base dello statuto di RE.SE.T. PALERMO vigente al momento dell'invio delle domande di iscrizione ID 1, 51, 67, 178, 413, sulla base della circostanza che le amministrazioni aggiudicatrici/enti aggiudicatori (AA/EA) richiedenti l'iscrizione risultavano detenere quote del capitale sociale dell'organismo, nonché sulla base del fatto che le stesse AA/EE risultavano a loro volta partecipate dal COMUNE DI PALERMO, sussistevano sia elementi a supporto di un controllo analogo diretto sull'organismo di cui trattasi da parte del COMUNE DI PALERMO sia elementi a supporto di un controllo analogo congiunto da parte delle società partecipanti al capitale sociale;

CONSIDERATA la nota di riscontro (protocollo ANAC n. 43688/2018) alle note inviate dall'Autorità (protocolli ANAC n. 20620/2018 e 36693/2018) con la quale il COMUNE DI PALERMO comunicava l'approvazione del nuovo statuto di RE.SE.T. PALERMO da parte dell'assemblea dei soci in data 9 maggio 2018 e altresì comunicava l'invio di una nuova domanda di iscrizione, per sé e per le proprie società partecipate, ID 926, per gli affidamenti alla società RE.SE.T. PALERMO sulla base di un controllo analogo congiunto;

VALUTATO che, in base agli elementi istruttori relativi alla domanda ID 926 di cui al precedente considerato, in particolare le nuove previsioni statutarie riguardanti la società RE.SE.T. PALERMO, non sono presenti elementi sufficienti a dimostrare la sussistenza del requisito di controllo analogo congiunto del COMUNE DI PALERMO insieme alle società da quest'ultimo partecipate e detentrici di quote del capitale sociale di RE.SE.T. PALERMO;

CONSIDERATO pertanto che la società AMAP S.p.A. e le altre società controllate dal Comune di Palermo non risultano legittimate ad effettuare affidamenti *in house* all'organismo RE.SE.T. PALERMO sulla base di un controllo analogo congiunto sull'organismo;

VALUTATO in particolare che, per quanto concerne gli affidamenti da parte di AMAP S.p.A. a RE.SE.T. PALERMO, sulla base degli approfondimenti giuridici svolti dagli Uffici non si possa altresì configurare l'affidamento *in house* orizzontale, in quanto il caso in esame rientra nella fattispecie di affidamento tra persone giuridiche che non sono controllate dalla medesima compagine sociale. In tal caso, si ritiene non possa sussistere il requisito di controllo analogo in

quanto, a quadro normativo vigente, il controllo analogo, così come definito dall'art. 5, comma 2 del Codice dei contratti, richiede l' *"influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della persona giuridica controllata"* e, pertanto, non può essere parcellizzato, cosa che, invece, si realizzerebbe nel caso di specie in quanto la società richiedente l'iscrizione, AMAP S.p.A., e l'organismo RE.SE.T. PALERMO non sono controllati dai medesimi soggetti essendo la prima controllata da 34 comuni (tra cui il COMUNE DI PALERMO) mentre l'organismo RE.SE.T. PALERMO risulta controllato dal solo COMUNE DI PALERMO;

CONSIDERATO pertanto che la società AMAP S.p.A., a differenza delle altre società controllate esclusivamente dal COMUNE DI PALERMO, non è legittimata ad effettuare affidamenti *in house* all'organismo RE.SE.T. PALERMO sulla base di un controllo orizzontale sulla stessa;

VALUTATO che, a supporto dell'orientamento di cui al precedente considerato, milita anche il comma 3 secondo cpv. dell'art. 5 del Codice dei contratti che stabilisce che l'*in house orizzontale* ricorre quando una persona giuridica controllata, che è un'amministrazione aggiudicatrice, aggiudica un appalto *"a un altro soggetto giuridico controllato dalla stessa amministrazione aggiudicatrice, a condizione che nella persona giuridica alla quale viene aggiudicato l'appalto pubblico non vi sia alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata"*;

VALUTATO che anche la giurisprudenza comunitaria dalla quale deriva l'istituto dell'*in house orizzontale*, segnatamente la C. giust., 8.5.14, C-15/13, Technische Universität Hamburg-Harburg and Hochschul-Informations-System GmbH c. Datenlotsen Informationssysteme GmbH, risulta coerente con l'impostazione delineata giustificando l'eccezione agli obblighi dell'evidenza pubblica già individuata in via interpretativa per gli affidamenti *in house* di tipo verticale. In questa sede rileva particolarmente evidenziare la possibilità che detto controllo venga esercitato congiuntamente da più autorità pubbliche che possiedono in comune l'entità affidataria. Si ha controllo congiunto allorché più enti locali siano soci ed esercitino un controllo comune su una identica compagine societaria. Detto controllo fa sì che la società risulti strumentale alle finalità di ognuno dei soci e che il rapporto *in house* sussista tra ciascuno degli enti locali e la società controllata;

CONSIDERATO altresì che in caso contrario, ossia nel caso di un contratto concluso tra un ente su cui più amministrazioni esercitano un controllo congiunto e un altro ente controllato (anche congiuntamente con altre amministrazioni) da una delle amministrazioni che esercitano il controllo sul primo ente, sarebbe difficile individuare – alla base dell’operazione – la matrice sintetica di una volontà unitaria. Ne consegue che l’affidamento orizzontale può riconoscersi solo laddove l’Ente (Enti nel caso di controllo congiunto) che esercita il controllo analogo sui due soggetti contraenti, affidante e affidatario, sia lo stesso. Tale impostazione pare, in definitiva, quella più coerente con la *ratio* dell’istituto dell’*in house orizzontale*, che risiede nella circostanza che la conclusione del contratto tra due soggetti in relazione di controllo cd. “analogo” non sia il risultato della convergenza di autonome volontà espresse da distinti “centri di interesse”, ma piuttosto la manifestazione di un intento negoziale sostanzialmente “unitario” anche al fine di non estendere oltre i limiti di ragionevolezza le deroghe alla disciplina degli appalti pubblici, così come sembra emergere anche dalla giurisprudenza analizzata;

CONSIDERATE le controdeduzioni alla nota di preavviso di rigetto dell’Autorità (protocollo ANAC n. 38171/2019) che sono state trasmesse dal COMUNE DI PALERMO (protocollo ANAC n. 47641/2019) con le quali lo stesso, in riferimento alla domanda ID 926, conveniva con l’Autorità circa l’incoerenza tra le previsioni statutarie di RE.SE.T. PALERMO con l’ipotesi di controllo analogo congiunto e contestualmente dichiarava di voler confermare la domanda ID 178 ai fini dell’iscrizione all’Elenco sulla base di un controllo analogo diretto, impegnandosi ad eliminare le cause ostative segnalate dall’Autorità nella predetta nota protocollo n. 38171/2019, ai sensi dell’articolo 5.5 delle Linee guida;

CONSIDERATO che nelle controdeduzioni di cui al precedente punto il COMUNE DI PALERMO prendeva atto del fatto che la società AMAP S.p.A., propria controllata, allo stato non risultava legittimata ad effettuare affidamenti diretti a RE.SE.T. PALERMO, in questo modo confermando quanto rappresentato dall’Autorità sia con riguardo alla insussistenza del requisito di controllo analogo congiunto sia con riguardo alla insussistenza del requisito di controllo analogo orizzontale di AMAP S.p.A. su RE.SE.T. in quanto avente, a differenza delle altre società controllate dal COMUNE DI PALERMO, una compagine di controllo non omogenea rispetto a quella dell’organismo essendo partecipata da altri comuni oltre che dal COMUNE DI PALERMO;

CONSIDERATE le controdeduzioni trasmesse da AMAP S.p.A. (protocollo ANAC n. 58095/2019) alla nota di preavviso rigetto dell’Autorità (protocollo ANAC n. 56066/2019) con le

quali la società conferma di essere controllata congiuntamente dal COMUNE DI PALERMO e dagli altri comuni soci per i quali svolge il servizio idrico integrato e manifesta l'impegno, per quanto di propria competenza, ad *“eliminare ogni fattore ostativo alla iscrizione nell'elenco di cui in oggetto mediante l'approvazione di Patti Parasociali o di modifiche dello Statuto Sociale”*;

RITENUTO che, l'impegno del COMUNE DI PALERMO a rimuovere le cause ostative alla propria iscrizione all'Elenco mediante modifiche dello statuto di RE.SE.T. PALERMO che comportino il controllo analogo diretto sull'organismo esclude la possibilità di controllo congiunto da parte di AMAP S.p.A.;

RITENUTO che, all'esito dell'attività istruttoria, nel caso di specie, da una complessiva valutazione delle previsioni normative e statutarie nonché dei documenti in atti e degli approfondimenti giuridici svolti, non sussistano i requisiti dell'*in house providing* di cui all'articolo 5 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 e ss.mm, né sulla base di un controllo analogo orizzontale né sulla base di un controllo analogo congiunto,

DELIBERA

il diniego dell'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 AMAP SPA (CF 04797200823), per gli affidamenti in regime *in house providing* a RETE SERVIZI TERRITORIALI PALERMO (RE.SE.T. PALERMO) SOCIETA' CONSORTILE (CF 06370190826).

Avverso il presente provvedimento può essere proposto ricorso al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio nei termini e secondo quanto previsto dal codice del processo amministrativo di cui all'allegato 1 del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104.

Il Presidente

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data: 31 ottobre 2019

Il Segretario, Maria Esposito