

## DELIBERA N. 454

9 giugno 2021

### Oggetto

Elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società in house

### Riferimenti normativi

Articoli 5 e 192 del d.lgs. 50/2016 e s.m.i. e articolo 16 del d.lgs.175/2016

### Parole chiave

Iscrizioni elenco in house

### 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;

## Viste

le domande di iscrizione all'Elenco inoltrate dal COMUNE DI LEGNANO (CF 00807960158), ricevute al protocollo ANAC n. 96244 del 22.11.2018 e n. 98838 del 30.11.2018, contraddistinte dagli ID 1415 e 1474, relativamente agli affidamenti diretti all'organismo *in house providing* ACCAM S.P.A. (CF 00234060127), in virtù di un controllo analogo diretto;

## Vista

la nota inoltrata dal Comune di Legnano a riscontro della nota istruttoria del 09.11.2020, con protocollo n 84316, con la quale si comunicavano le ulteriori amministrazioni aggiudicatrici che eseguono affidamenti ad ACCAM S.p.A. in virtù di un controllo analogo congiunto, nonché la nota redatta da Accam il 3 giugno 2019 relativamente al mancato possesso della quota dell'80% del fatturato e l'istanza del 12.06.2019 presentata per Accam alla Presidenza del Consiglio dei Ministri dai Comuni della Città Metropolitana di Milano e della Provincia di Varese, relativa alla deroga al limite del fatturato *intra moenia* 80/20%;

## Vista

la nota inoltrata di preavviso di rigetto, inviata ai sensi del punto 5.5 delle Linee guida n. 7, protocollo ANAC n. 4109 del 18/01/2021, con la quale veniva evidenziata la carenza dei requisiti dell'*in house providing*, così come richiesti dall'art. 5 del d.lgs. n. 50/2016 e dagli artt. 4 e 16 del d.lgs. n. 175/2016, ai fini dell'iscrizione nell'Elenco, in particolare, la mancanza del requisito del controllo analogo congiunto in capo ai soci di minoranza, nonché la carenza del requisito riguardante l'80% dell'attività in favore delle amministrazioni controllanti, e conseguentemente si invitava l'amministrazione richiedente a far pervenire entro 60 giorni eventuali controdeduzioni e/o documentazione integrativa nonché l'eventuale impegno a eliminare le cause ostative all'iscrizione nei termini del punto 5.5 delle Linee Guida n.7;

## Considerato



1. che a distanza di circa quattro mesi dal preavviso di rigetto mentovato non è pervenuta alcuna comunicazione di controdeduzione piuttosto che di impegno alla rimozione delle cause ostative all'iscrizione;
2. il punto di partenza giurisprudenziale dell'istituto *dell'in house providing* è dato dal fatto che l'organismo *in house*, perché possa essere affidatario di commesse pubbliche, deve poter essere considerato alla stregua di un "ufficio", solo formalmente terzo e sotto ordinato della pubblica amministrazione affidante.
3. Il ricorso al regime di affidamento diretto dell'appalto o concessione è altresì possibile, ai sensi del comma 4 dell'articolo 5 citato, quando siano rispettate anche le condizioni previste dal comma 5 dello stesso articolo, e più precisamente: "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.";
4. come è evidente dal dettato normativo, il legislatore ha prescritto che tutti gli enti partecipanti all'organismo *in house* debbano essere rappresentati negli organi decisionali dello stesso (assemblea e organo di *governance*) e che tali enti, cioè tutti, debbano essere in grado di esercitare congiuntamente – il cui sinonimo è "unitamente", non "collettivamente" - il controllo analogo come definito dal riportato comma 1 dell'articolo 5;
5. la giurisprudenza comunitaria e nazionale è più volte intervenuta per definire i contenuti del controllo analogo congiunto, che deve essere reale, sia nei contenuti che nelle modalità, ed in capo ai soggetti partecipanti, anche con partecipazioni largamente minoritarie, senza che però esso si trasformi in un potere di veto attribuito a ciascun partecipante, prevedendo che in tal senso appare opportuna la predisposizione di patti parasociali, accordi o regolamenti tra gli enti partecipanti che definiscano le modalità con cui adottare le decisioni espressione dei poteri di controllo analogo congiunto;
6. in linea di continuità con detta linea interpretativa l'art. 16 del testo unico in materia di società pubbliche, finanche richiamato dallo stesso articolo 24.1 dello statuto, fissa i



- requisiti sostanziali di tale modello introducendo deroghe al diritto societario strettamente necessarie alla realizzazione dell'assetto di controllo analogo: la facoltà di attribuzione ai soci di poteri ulteriori rispetto al criterio ordinario di distribuzione delle competenze tra assemblea e amministratori; la possibilità di durata dei patti parasociali superiore a quella massima quinquennale;
7. il complesso quadro normativo e interpretativo illustrato si è (a livello nazionale) arricchito a seguito dell'intervento, in materia di partecipazioni pubbliche frammentate, e di esercizio del controllo pubblico congiunto, della Sentenza del Consiglio di Stato (Consiglio di Stato, Sez. V, 13 dicembre 2018, n. 578) e di quelle delle Sezioni Riunite della Corte dei Conti (Corte dei Conti, Sez. V, 4 luglio 2019, n. 17 e 29 luglio 2019, n. 25). Il Consiglio di Stato in caso di partecipazioni plurime giunge ad evocare la figura delle cosiddette "partecipazioni pulviscolari" qualora, in difetto di opportuno coordinamento regolato attraverso disposizioni statutarie o parasociali, le singole partecipazioni appaiano insignificanti nell'ambito della gestione e coordinamento dell'attività della partecipata, (definendole in tal senso pulviscolari), e imponendone conseguentemente la "dismissione";
  8. se alle considerazioni che precedono si aggiunge che alcune pronunce giurisprudenziali hanno messo in luce che la partecipazione della singola amministrazione non può ritenersi effettiva quando vi siano soci di maggioranza in grado di imporre le proprie scelte alla minoranza, già a partire dalla nomina dell'organo amministrativo (ex multis Cons. Stato, III, 27 aprile 2015, n. 2154), e che il controllo analogo comporta il necessario ricorso a strumenti di carattere societario e/o parasociale, non riconducibili agli ordinari poteri attribuiti dalla legge al socio, anche totalitario (cfr. Cons. St., sez. V, 28 settembre 2007, n. 6736), non si può non individuare una modalità di esercizio del controllo analogo che, compatibilmente con gli orientamenti giurisprudenziali rassegnati, preveda dei *quorum* assembleari rafforzati, così come spesso lo stesso legislatore attua in varie decisioni societarie che reputa determinanti per la vita sociale e per i diritti dei soci (vedasi artt. 2368 e 2369 codice civile);
  9. inoltre, ai fini della qualificazione come "*in house*" di un determinato organismo è necessario, altresì, che oltre l'80 per cento delle attività della persona giuridica controllata sia effettuato 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 (art. 5, comma 1, lett. b), del Codice).



pertanto, che nel caso in esame non sia ammissibile procedere all'iscrizione all'Elenco di cui all'articolo 192 del d.lgs. 50/2016, il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione nell'adunanza del 9 giugno 2021

## Rigetta

la domanda di 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, ID 601, presentata dal COMUNE DI LEGNANO (CF 00807960158) per sé e per gli Enti soci in relazione agli affidamenti in regime di *in house providing* al ACCAM S.P.A. (CF 00234060127) in virtù di un controllo analogo congiunto.

Avverso il presente provvedimento può essere proposto ricorso al Tribunale Amministrativo Regionale 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*

*Avv. Giuseppe Busia*

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 17 giugno 2021

*Per Il Segretario Maria Esposito*

*Rosetta Greco*

Atto firmato digitalmente