

DELIBERA N. 331 21 aprile 2021

Oggetto

Comune di Comacchio – Affidamento dei servizi tecnici di redazione del progetto definitivo ed esecutivo dell'intervento di "Riqualificazione di Viale Carducci/Querce e zone limitrofe – Lido Estensi".

Nell'adunanza del 21 aprile 2021

Visto il d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50;

Visto il decreto legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 114, secondo cui i compiti e le funzioni svolti dall'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture sono trasferiti all'Autorità Nazionale Anticorruzione;

Vista la relazione dell'Ufficio Vigilanza Lavori

Considerato in fatto

Con deliberazione di Giunta Comunale n. 90 del 11.04.2019 il Comune di Comacchio ha approvato la Convenzione tra il medesimo Comune e l'Azienda Case Emilia Romagna – ACER - di Ferrara avente ad oggetto l'effettuazione delle attività tecniche necessarie alla realizzazione del progetto definitivo ed esecutivo relativo all'intervento di "Riqualificazione di Viale Carducci/Querce e zone limitrofe – Lido Estensi", sottoscritta tra le parti in data 10.06.2019.

Stante l'impossibilità per il Comune di provvedere direttamente alla progettazione dell'intervento a causa degli "attuali carichi di lavori", cui si fa riferimento nel provvedimento, e la conseguente necessità di affidare a terzi tali servizi, l'Ente locale procedeva con un affidamento diretto in favore dell'Azienda tramite il ricorso all'accordo convenzionale.

Nel provvedimento collegiale, in particolare, si richiamava una precedente deliberazione di G.C. (n. 414 del 12.12.2018) con cui era stato previamente approvato dal punto di vista tecnico, il progetto di fattibilità tecnica ed economica relativo all'intervento di "RIQUALIFICAZIONE DI VIALE CARDUCCI/QUERCE E AREE LIMITROFE - LIDO ESTENSI", redatto da ACER.

La base normativa di tale accordo veniva rinvenuta, per espressa previsione, nell'articolo 41 della Legge Regionale n. 24 del 8 agosto 2001 recante "Disciplina generale dell'intervento pubblico nel settore abitativo" e nell'art. 2 comma 1 dello statuto ACER ai sensi del quale le medesime possono effettuare attività tecniche in favore dei Comuni attraverso la stipula di una apposita convenzione che stabilisca servizi, tempi e modalità di attuazione degli stessi e proventi derivanti dall'attività.

Per onere di completezza l'articolo 41 della legge dispone che *"Le A.C.E.R. svolgono quali compiti istituzionali le seguenti attività: a) la gestione di patrimoni immobiliari, tra cui gli alloggi di erp, e la manutenzione, gli interventi di recupero e qualificazione degli immobili, ivi compresa la verifica dell'osservanza delle norme contrattuali e dei regolamenti d'uso degli alloggi e delle parti comuni; b) la fornitura di servizi tecnici, relativi alla programmazione, progettazione, affidamento ed attuazione di interventi edilizi o urbanistici o di programmi complessi; c) la gestione di servizi attinenti al soddisfacimento delle esigenze abitative delle famiglie, tra cui le agenzie per la locazione e le altre iniziative di cui alla lettera g) del comma 1 dell'art. 6; d) la prestazione di servizi agli assegnatari di alloggi di erp e di abitazioni in locazione. 2. I comuni, le province e gli altri enti pubblici, comprese le Asp, possono avvalersi dell'attività delle A.C.E.R. di cui al comma 1 anche attraverso la stipula di una apposita convenzione, che stabilisce i servizi prestati, i tempi e le modalità di erogazione degli stessi ed i proventi derivanti dall'attività."*

L'accordo in esame trae origine da un'ulteriore Convenzione stipulata tra le medesime parti in data 02.03.2015 per la gestione del patrimonio di edilizia residenziale pubblica, il cui articolo 17 rubricato "Servizi Aggiuntivi" prevedeva che *"Ai sensi dell'art. 6, comma 3 e dell'art. 41 comma 2, della legge regionale n. 24/2001, il Comune potrà richiedere ad Acer di fornire altre attività tecniche ed amministrativo-gestionali attinenti alla gestione immobiliare, quali quelle contenute, a titolo esemplificativo e non esaustivo, negli allegati D) ed E) alla presente convenzione"*; specificato che l'allegato E) disciplina le *"Attività di ACER aggiuntive sul patrimonio non E.R.P." del Comune, al cui blocco 3) – Servizi di gestione tecnica sono comprese le attività di progettazione preliminare"*.

Nella delibera e nell'atto convenzionale successivo si richiamava, altresì l'articolo 6 della precedente convenzione rubricato "Programmi di Investimenti Aggiuntivi" ai sensi del quale *"in relazione al combinato disposto dei commi 1 e 2 dell'art. 41 della L.R. 24/2001 già citata i Comuni attraverso la stipula di apposita convenzione, possono avvalersi delle ACER[...].per la fornitura di servizi tecnici relativi alla programmazione, progettazione[...].di interventi[...].urbanistici o di programmi complessi"* e che *"l'intervento di "Riqualificazione viale Carducci/Querce in Lido degli Estensi" può, a giusta ragione, essere definito, per i contenuti che si intendono sviluppare, come intervento urbanistico di natura complessa, poiché richiede la corretta definizione di una serie articolata di elementi che attengono la riqualificazione urbana delle aree di intervento e che devono costantemente essere tenuti in giusta considerazione per la migliore definizione di questo intervento pubblico"*

In merito all'oggetto della Convenzione, l'articolo 3 prevedeva in capo ad Acer lo svolgimento delle prestazioni di redazione del progetto definitivo ed esecutivo, nonché la redazione di tutta la documentazione necessaria per ottenere i pareri degli Enti preposti, attività, tuttavia, svolte dalla medesima solo parzialmente.

Secondo quanto emerge dal sito web di ACER - Azienda Casa Emilia Romagna Ferrara, alla sezione "Amministrazione trasparente", infatti, l'azienda avrebbe esternalizzato parte dei servizi stante *"Incarico professionale per la progettazione definitiva ed esecutiva di riqualificazione di Viale Carducci a Comacchio (FE)" in favore di ARCHLIVING - Laboratorio di Progettazione, per un importo di 27.050.000 euro (CIG: Z72286E377).*

Circa gli aspetti economici l'articolo 5 della Convenzione disponeva che *"Il compenso onnicomprensivo per le prestazioni tecniche dedotte nella presente convenzione viene fissato nella misura di Euro 53.215,33, oltre IVA di legge, così come previsto dal preventivo esperito da ACER Ferrara con prot. n. 4059 del 21/01/2019. Il compenso sarà corrisposto ad ACER, secondo le percentuali di seguito riportate: 50% all'approvazione del progetto definitivo da parte del Comune, entro 60 giorni dalla data di fatturazione; 50% all'approvazione del progetto esecutivo da parte del Comune, entro 60 giorni dalla data di fatturazione"*



Con esposto acquisito al protocollo dell'Autorità con il numero 16605 in data 27.02.2020, l'Ordine degli architetti pianificatori paesaggisti e conservatori della Provincia di Ferrara segnalava l'utilizzo elusivo di tale Convenzione stipulata tra il Comune di Comacchio e ACER per mezzo della quale era stata affidata in via diretta la progettazione definitiva ed esecutiva dell'intervento di "Riqualificazione di Viale Carducci/Querce e zone limitrofe – Lido Estensi".

L'Ufficio competente, preso atto del contenuto di tale esposto, rilevando profili d'illegittimità della procedura di affidamento dei servizi in oggetto, ha inoltrato, con nota prot. n. 50429 del 03.07.2020, comunicazione di avvio del procedimento, contestando il ricorso elusivo all'accordo convenzionale per l'affidamento diretto di servizi di ingegneria e architettura, formulando al Comune richiesta di chiarimenti in merito all'affidamento de quo.

A tale richiesta è stato dato riscontro con la nota n. 58522 acquisita al prot. ANAC in data 30.07.2020 a firma congiunta del Responsabile Unico del Procedimento - Ing. E.B.- e del II Dirigente Settore IV-V ad interim - Ing. F.D.B. nella quale, svolte brevi premesse circa la natura giuridica di ACER, si osservava che *"il comune di Comacchio (e non solo) considerasse l'Acer come un Ente rientrante nella previsione dell'articolo 5 del D.lgs 50/2016 avente ad oggetto "Principi comuni in materia di esclusione per concessioni, appalti pubblici e accordi tra enti e amministrazioni aggiudicatrici nell'ambito del settore pubblico" la considerasse come un "ufficio interno" dell'Ente che ha contribuito a costituirlo, una sorta di longa manus, rilevando per essa l'insussistenza di un rapporto di alterità sostanziale ma solo formale. Il richiamato articolo 5 prevede che una concessione o un appalto pubblico aggiudicati da un'amministrazione aggiudicatrice a una persona giuridica di diritto pubblico o di diritto privato, non rientrano nell'ambito di applicazione del codice quando l'amministrazione aggiudicatrice esercita sulla persona giuridica di cui trattasi un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della persona giuridica controllata che può avvenire anche in forma congiunta (art 5 comma 4).*

Per tale motivo si evidenziava ulteriormente che *"Non si ritiene, pertanto, che questo Ente abbia violato l'art 36 comma 2 lettera b) D.lgs. 50/2016, avendo agito in conformità all'art 5 commi 1, 2, 4, 5 del D.lgs 50/16, all'art. 41 della L.R. 24/2001 e s. m. e i. e all'art 2 dello Statuto di Acer Ferrara, per il tramite dello strumento convenzionale regolativo del rapporto, disciplinato sia dalla legge regionale che dallo statuto, avendo optato nell'ipotesi in oggetto per la scelta di affidare la fornitura di servizi tecnici istituzionali ad Acer Ferrara sulla quale esercita un controllo analogo congiunto".*

In merito all'esternalizzazione dei servizi tecnici da parte di ACER ad un professionista, il Rup evidenziava altresì che *"In merito allo stato di avanzamento della procedura, si segnala che l'Ente ha già provveduto alla contestazione ad Acer dell'affidamento a terzi di parte della progettazione in assenza di qualsivoglia previsione convenzionale oltre che di comunicazione o autorizzazione da parte dell'Ente. Il Comune nei prossimi giorni provvederà alla revisione dell'incarico con conseguente modifica della convenzione e dell'importo dell'affidamento, approvato con la delibera della Giunta comunale n. 90 del 2019".*

Stante il confermarsi, alla lettura della nota di controdeduzioni acquisita, delle criticità sollevate in sede di avvio del procedimento in merito all'applicazione dell'art. 41 della L.R. 24/2001, recante la "Disciplina generale dell'intervento pubblico nel settore abitativo", e ritenuta la non inquadrabilità dell'affidamento in esame nell'ambito degli accordi tra pubbliche amministrazioni né sotto il profilo dell'in house providing, sono stati quindi svolti ulteriori accurati approfondimenti sulla fattispecie dei cui esiti si dà atto nel prosieguo.

Ritenuto in diritto

Come evidenziato nelle premesse fattuali, la fattispecie in esame verte in ordine all'utilizzo elusivo dell'accordo tra amministrazioni per l'affidamento diretto di un servizio di ingegneria e architettura, in violazione della normativa codicistica.

Più in generale le convenzioni cui fa riferimento l'articolo 41 della L.R. 24/2001 si inquadrano nell'ambito del partenariato orizzontale, quale modello consensuale di esercizio sinergico di funzioni pubbliche attraverso cui le amministrazioni coordinano l'esercizio di funzioni proprie per il conseguimento di un risultato come ad esse, in un'ottica di reciproca collaborazione.

Tale istituto, presente anche a livello europeo, trova disciplina, in ambito nazionale nell'articolo 15 della legge n. 241/1990 recante il paradigma generale degli accordi tra pubbliche amministrazioni, nonché nell'articolo 30 del D.lgs. 276/2000 ai sensi del quale gli enti locali possono stipulare apposite convenzioni al fine di svolgere in modo coordinato funzioni e servizi determinati.

Muovendo dalla norma la giurisprudenza europea ed amministrativa hanno delineato i criteri di qualificazione degli accordi tra p.a., i quali, innanzitutto, devono regolare la realizzazione di un interesse effettivamente comune alle parti, che hanno l'obbligo di perseguire come principale, alla luce delle finalità istituzionali delle stesse; alla base dell'accordo deve esserci una reale suddivisione di compiti e responsabilità, ed infine la mancata onerosità degli stessi, da intendersi in un regime di semi gratuità.

Nell'ambito della contrattualistica pubblica l'articolo 5 comma 6 D.lgs. 50/2016 delinea l'accordo tra amministrazioni aggiudicatrici per escludere l'applicazione codicistica qualora siano soddisfatte le condizioni previste dalla disposizione stessa, ovvero: l'accordo stabilisca o realizzi una cooperazione tra le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori partecipanti, finalizzata a garantire che i servizi pubblici che essi sono tenuti a svolgere siano prestati nell'ottica di conseguire gli obiettivi che essi hanno in comune, l'attuazione di tale cooperazione sia retta esclusivamente da considerazioni inerenti all'interesse pubblico, le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori partecipanti svolgano sul mercato aperto meno del 20 per cento delle attività interessate dalla cooperazione.

Da un punto di vista soggettivo, stante la natura pubblicistica in capo alle Aziende Territoriali per l'edilizia residenziale (variamente denominate ATER/ACER), appare indubbia la possibilità del ricorso all'istituto de quo, che, tuttavia, nel caso di specie, ha comportato la violazione della normativa in materia di appalti. Dalla qualifica di ente pubblico economico rinvenibile in capo ad ACER, sussumibile nell'ambito della contrattualistica pubblica in quello di organismo di diritto pubblico, discende, infatti, ai sensi dell'articolo 1 comma 9 della Direttiva CE 18/2004, l'osservanza della disciplina del Codice degli appalti, tranne nel caso in cui ricorra la sopra richiamata ipotesi derogatoria dell'articolo 5 comma 6 D.lgs. 50/2016.

Al fine di delimitare la zona grigia di sottrazione alla disciplina codicistica, l'Autorità e la giurisprudenza amministrativa hanno nel tempo individuato le condizioni affinché il ricorso a tale modello convenzionale non si traduca in un'elusione della disciplina degli appalti pubblici. In particolare l'Autorità soffermandosi sui primi due presupposti dell'articolo 5 comma 6 evidenzia che: *"l'accordo deve regolare la realizzazione di un interesse pubblico, effettivamente comune ai partecipanti, che le parti hanno l'obbligo di perseguire come compito principale, da valutarsi alla luce delle finalità istituzionali degli enti coinvolti, e alla base dell'accordo deve esserci una reale divisione di compiti e responsabilità"* (Delibera n. 07 del 18.02.2015).

In maniera più puntuale l'Autorità afferma ulteriormente che la comunione d'interesse debba essere valutata *"secondo un criterio di effettività alla luce di un'attenta valutazione del caso concreto. In altri termini, deve sussistere una*

effettiva condivisione di compiti e di responsabilità, ben diversa dalla situazione che si avrebbe in presenza di un contratto a titolo oneroso in cui solo una parte svolge la prestazione pattuita mentre l'altra assume l'impegno della remunerazione" (delibera n. 1118 del 28.11.2018).

Orbene, se da una parte non si può escludere la comunione dell'interesse pubblico, in quanto sia lo Statuto di ACER che la legge regionale n. 24 del 8 agosto 2001, recante la "Disciplina generale dell'intervento pubblico nel settore abitativo", istitutiva di ACER prevedono che l'ente possa svolgere servizi tecnici relativi a interventi urbanistici o programmi complessi, dubbi apprezzabili persistono in merito all'effettiva suddivisione dei compiti tra quest'ultimo ed il Comune.

Secondo quanto previsto nella Convenzione, infatti, difetterebbe quell'esercizio sinergico dei compiti attinenti alle finalità istituzionali in quanto, ai sensi degli articoli 3 e 4 della Convenzione stipulata tra il Comune e ACER, lo svolgimento di tutte le prestazioni ricade interante su quest'ultima, residuando, in capo all'ente comunale solo un potere di verifica delle attività affidate ad ACER, al pari di qualsiasi committente di un appalto di servizi.

Preme, sul punto, ribadire, altresì, l'esternalizzazione ad opera di ACER di parte dei servizi commissionati dal Comune (impiantistica elettrica, stratigrafia stradale ad altre attività propedeutiche alla progettazione) in favore di un professionista esterno, peraltro in assenza di autorizzazione da parte del Comune di Comacchio il quale è stato informato dall'ufficio scrivente dell'affidamento, così da rendere ancor più effimero il potere di vigilanza in capo al Comune.

Infine anche l'ulteriore requisito della gratuità dell'accordo risulta assente nell'accordo stipulato, in quanto, come sopra riportato, la Convenzione all'articolo 6 prevede espressamente il pagamento di un compenso da corrispondere ad ACER per le prestazioni oggetto della stessa. Il pagamento del corrispettivo, in particolare costituisce elemento sintomatico della qualificazione dell'accordo alla stregua di un appalto di servizi.

Al riguardo l'Autorità ha evidenziato che *"ove sia previsto uno scambio economico, ossia la previsione di un corrispettivo, calcolato secondo il criterio del costo necessario alla produzione del servizio (...) è configurabile lo schema tipico dei contratti di diritto comune ex art. 1321 cod. civ., escludendo quindi che l'accordo dia luogo ad una cooperazione tra enti pubblici finalizzata a garantire l'adempimento di una funzione di servizio pubblico comune a questi ultimi."* (delibera n. 07 del 18.02.2015), evidenziando ulteriormente che *"i movimenti finanziari tra i soggetti che sottoscrivono l'accordo devono configurarsi solo come ristoro delle spese sostenute, essendo escluso il pagamento di un vero e proprio corrispettivo, comprensivo di un margine di guadagno"* (Delibera n. 07 del 18.02.2015).

Parimenti la giurisprudenza amministrativa al fine di configurare un accordo ex art. 15 L.241/1990 come un appalto ha ritenuto dirimente la circostanza, che appunto ricorre anche nel caso di specie, che il rapporto fosse a titolo oneroso e che l'*utilitas* venisse effettuata solo in favore di un'amministrazione (Consiglio di Stato, sent. n. 1418 del 28.03.2017)

Per le motivazioni sopra espresse pare, in concreto, difettare, dunque, quell'esercizio congiunto di funzioni proprie per il perseguimento di un risultato comune in modo complementare e sinergico, ossia in forma di reciproca collaborazione, in maniera gratuita e nell'obiettivo comune di fornire servizi indistintamente a favore della collettività richiesto dalla giurisprudenza e dall'Autorità.

Rilevatasi la mancanza dei requisiti per la stipula degli accordi ex art. 15 L. 241/1990, la Convenzione in oggetto, afferente i servizi di progettazione, costituisce, di fatto, appalto di servizi di ingegneria e architettura, ed in quanto tale, ragionevolmente deducibile in una procedura pubblica.

L'Autorità sul punto osserva che *"qualora un'amministrazione si ponga rispetto all'accordo come un operatore economico (ai sensi di quanto stabilito dalla Corte di Giustizia nella sentenza del 23 dicembre 2009, in C-305/08), prestatore di servizi e verso un corrispettivo, anche non implicante il riconoscimento di un utile economico ma solo il rimborso dei costi, non è possibile parlare di una cooperazione tra enti pubblici per il perseguimento di funzioni di servizio pubblico comune, ma di uno scambio tra i medesimi"* (delibera n. 07 del 18.02.2015).

In maniera analoga si è espresso in passato il giudice comunitario, che nella sentenza n. 159/2011 ha affermato il principio per cui *"il diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici osta ad una normativa nazionale che autorizzi la stipulazione, senza previa gara, di un contratto mediante il quale taluni enti pubblici istituiscono tra loro una cooperazione, nel caso in cui tale contratto non abbia il fine di garantire l'adempimento di una funzione di servizio pubblico comune agli enti medesimi, non sia retto unicamente da considerazioni ed esigenze connesse al perseguimento di obiettivi d'interesse pubblico, oppure sia tale da porre un prestatore privato in una situazione privilegiata rispetto ai suoi concorrenti"* (Corte di Giustizia CE sentenza 19 dicembre 2012, n.C-159/11).

La conclusione di un accordo tra p.a., infatti, deve avvenire *"nel rispetto delle finalità perseguite dalle direttive europee in tema di contratti pubblici e concessioni, vale dire la libera circolazione dei servizi e la libera concorrenza pertanto, detti accordi devono avere ad oggetto attività non deducibili in contratti d'appalto"* (delibera n. 567 del 31.05.2017, in tal senso anche Cons. Stato n. 3849/2013).

Anche recentemente si è espresso il giudice amministrativo chiarendo che l'obbligo della gara possa escludersi solo in caso di contratti che istituiscono una cooperazione tra enti pubblici finalizzata a garantire l'adempimento di una funzione di servizio pubblico comune (Tar Campania, Napoli, sezione I, sentenza n. 548/2019).

Acclarata dunque la mancanza dei requisiti per il ricorso al modello convenzionale e l'utilizzo dello stesso in termini non adeguati viene, altresì, in rilievo l'estraneità dell'affidamento in oggetto alle competenze di ACER.

Il servizio conferito dal Comune, riguardante la progettazione di un intervento di riqualificazione dell'asse viario principale Lido degli Estensi, esula dall'applicazione della legge regionale n. 24/2001 recante *"Disciplina generale dell'intervento pubblico nel settore abitativo"*, il cui perimetro operativo è circoscritto dall'articolo 2 alla programmazione regionale degli interventi pubblici di edilizia residenziale pubblica, alla definizione del regime giuridico e delle modalità di gestione del patrimonio degli alloggi di edilizia residenziale pubblica, e al riordino istituzionale e organizzativo del sistema regionale dell'edilizia residenziale pubblica.

Parimenti, il successivo articolo 41 della legge definisce le attività ed i compiti di ACER, come riportati nella parte fattuale, delineando l'ambito di applicazione delle medesime al settore dell'edilizia residenziale pubblica. In particolare viene qui in rilievo l'applicazione del comma 1 lett. b) ai sensi del quale le ACER possono svolgere servizi tecnici, relativi alla programmazione, progettazione, affidamento ed attuazione di interventi edilizi o urbanistici o di programmi complessi.

Un'interpretazione sistematica di tali disposizioni impone di ritenere che le convenzioni come quella in oggetto, debbano essere predisposte ai sensi dell'articolo 6 c. 1 lett. c) della legge regionale, ovvero per consentire l'esternalizzazione di funzioni amministrative degli enti comunali in favore di ACER, ai fini della predisposizione ed attuazione dei programmi volti alla realizzazione, manutenzione e riqualificazione del patrimonio di edilizia residenziale pubblica, comprensivo degli alloggi di proprietà di enti pubblici assegnati in concessione al comune.

Sebbene l'articolo 41 c. 1 lett. b) non circoscriva i servizi tecnici all'ambito dell'edilizia residenziale, come



invece dispone espressamente l'articolo 6, un'interpretazione coerente con la disciplina pubblicistica impone una lettura restrittiva, secondo cui gli interventi edilizi o urbanistici o di programmi complessi devono intendersi sempre ricollegati e connessi al solo campo dell'edilizia abitativa/residenziale.

Un'applicazione estensiva della norma comporterebbe, infatti, un ricorso indiscriminato all'affidamento di servizi in favore di un soggetto pubblico, in totale spregio della disciplina degli appalti.

Per tale motivo non possono essere accolte le motivazioni svolte dal Rup nella nota di riposta secondo cui *"l'articolo 41 della legge regionale testualmente prevede tra i compiti istituzionali dell'Acer la fornitura di servizi tecnici, relativi alla programmazione, progettazione, affidamento ed attuazione di interventi edilizi o urbanistici o di programmi complessi, categoria all'interno della quale con certezza rientra la riqualificazione del viale urbano come quello di Viale Carducci/Querce e zone limitrofe –Lido Estensi, oggetto della citata convenzione"*.

Nel caso di specie, infatti, manca qualsiasi nesso con l'ambito di intervento relativo all'edilizia abitativa/ residenziale pubblica, proprio di ACER, in quanto l'intervento in oggetto riguarda sostanzialmente *"un intervento di riqualificazione del centro commerciale naturale del Lido degli Estensi che interessa l'asse viario principale della località balneare"*.

Ala luce della ricostruzione della fattispecie sopra delineata, appaiono, altresì, incongruenti e contraddittorie le argomentazioni svolte dal Rup e dal Dirigente del servizio nella nota di risposta.

Come sopra premesso, infatti, nella stessa nota contro deduttiva, in termini non condivisibili, si tenta di confutare la ricostruzione operata in fase di avvio del procedimento escludendo la sussunzione della Convezione stipulata tra il Comune ed ACER all'interno dell'istituto dell'accordo tra pubbliche amministrazioni, sull'assunto per cui il Comune ha ritenuto ACER quale *"ente rientrante nella previsione dell'articolo 5 del D.lgs 50/2016 avente ad oggetto "Principi comuni in materia di esclusione per concessioni, appalti pubblici e accordi tra enti e amministrazioni aggiudicatrici nell'ambito del settore pubblico"* (e) la considerasse come un *"ufficio interno"* dell'Ente che ha contribuito a costituirlo, una sorta di longa manus, rilevando per essa l'insussistenza di un rapporto di alterità sostanziale ma solo formale. Il richiamato articolo 5 prevede che una concessione o un appalto pubblico aggiudicati da un'amministrazione aggiudicatrice a una persona giuridica di diritto pubblico o di diritto privato, non rientrano nell'ambito di applicazione del codice quando l'amministrazione aggiudicatrice esercita sulla persona giuridica di cui trattasi un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della persona giuridica controllata che può avvenire anche in forma congiunta (art 5 comma 4).

Orbene, i concetti di *"longa manus"* e *"controllo analogo"* sopra richiamati alludono in maniera incontrovertibile all'istituto dell'*"in house providing"*; sebbene il Rup non vi faccia riferimento in maniera espressa, appare ovvio il tentativo di sussumere Acer quale società in house, evenienza confermata anche dal rinvio operato all'articolo 5 comma 4 (D.lgs. 50/2016) che disciplina la partecipazione nella società in house da parte di più amministrazioni. Una compiuta disamina non può dunque esimersi da considerazioni di carattere preliminare circa l'istituto de quo.

L'articolo 5 comma 1 D.lgs. 50/2016 esclude dall'ambito applicativo del codice gli affidamenti in house effettuati da un'amministrazione in favore di un soggetto giuridico (avente natura privatistica) al sussistere delle condizioni previste dalla norma, ovvero: l'amministrazione eserciti su tale persona giuridica un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, la quale effettua oltre l'80 per cento delle attività per lo svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'amministrazione (o da altre persone giuridiche controllate dall'amministrazione aggiudicatrice o da un ente aggiudicatore), ed infine non abbia

alcuna partecipazione diretta di capitali privati (con esclusione delle forme di partecipazione di capitali privati non comportanti un'influenza determinante, controllo o potere di veto).

In particolare al comma 2 si specifica l'essenza del controllo analogo esercitato dall'amministrazione sul soggetto il quale, pur se dotato di personalità giuridica, risulta nella sostanza sottoposto ad un penetrante controllo gestionale e finanziario dell'ente pubblico analogo, appunto, a quello che l'ente esercita sulle proprie articolazioni interne. In particolare si estrinsecerebbe in un'influenza dominante tale da consentire alla p.a. di determinare unilateralmente gli obiettivi strategici della struttura tale da delineare in capo alla stessa un'autonomia solo parziale estrinsecantesi quasi in un rapporto di subordinazione.

Orbene, venendo al caso di specie, esclusa la veste formale di soggetto privato in capo ad ACER trattandosi, appunto, di ente pubblico economico, e rilevando l'assenza dell'iscrizione della medesima nell'elenco delle società in house detenuto dall'Autorità ai sensi dell'art. 192 D.lgs. 50/2016, la cui iscrizione è necessaria per lo svolgimento delle funzioni, si sottolinea l'estraneità concettuale di tale azienda con l'istituto dell'*in house providing*.

Prescindendo dagli aspetti formalistici, infatti, emerge la contraddizione ontologica tra quanto rilevato nella nota di riscontro secondo cui *"Le Acer, come è noto, sono Enti Pubblici Economici dotati di personalità giuridica e di autonomia organizzativa, patrimoniale e contabile la cui titolarità è conferita alla Provincia e ai Comuni, che la esercitano nell'ambito della Conferenza degli Enti"*, e la natura delle in house le quali, sebbene dotate di personalità giuridica, tuttavia difettano di quell'autonomia organizzativa patrimoniale e contabile sopra richiamata.

In particolare il controllo analogo esercitato dall'amministrazione elide l'autonomia organizzativa e decisionale propria di qualsiasi società, ed il termine stesso "società" indicherebbe solo il modello organizzativo usato dall'amministrazione.

Sul punto il Supremo Consesso afferma che l'amministrazione esercita sulla società *"un potere di comando direttamente esercitato sulla gestione dell'ente con modalità e con un'intensità non riconducibili ai diritti ed alle facoltà che normalmente spettano al socio (fosse pure un socio unico) in base alle regole dettate dal codice civile, e sino a punto che agli organi della società non resta affidata nessuna autonomia rilevante autonomia gestionale"* (Corte di Cassazione, Sezioni Unite, sentenza n. 26283 del 2013).

Sembrerebbe, altresì, esclusa anche l'autonomia patrimoniale, in quanto, secondo quanto riferito dalla Corte *"se non risulta possibile configurare un rapporto di alterità tra l'ente pubblico partecipante e la società in house che ad esso fa capo, è giocoforza concludere che anche la distinzione tra il patrimonio dell'ente e quello della società si può porre in termini di separazione patrimoniale, ma non di distinta titolarità"*.

Come specificato nelle Linee Guida Anac n. 7 recanti *"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 d.lgs. 50/2016"* approvate dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 235 del 15.02.2017 e aggiornate con deliberazione n. 951 del 20.09.2017, il controllo analogo può essere esercitato in tre diverse modalità temporali, ovvero quale "controllo ex ante", esercitabile, ad esempio, attraverso la previsione, nel documento di programmazione dell'amministrazione aggiudicatrice, degli obiettivi da perseguire con l'*in house providing*, la preventiva approvazione, da parte dell'amministrazione aggiudicatrice dei documenti di programmazione, delle deliberazioni societarie di amministrazione straordinaria, degli atti fondamentali della gestione; quale "controllo contestuale", esercitabile, ad esempio, attraverso la richiesta di relazioni periodiche sull'andamento della gestione, la verifica dello stato di attuazione degli obiettivi, con individuazioni delle

azioni correttive in caso di scostamento o squilibrio finanziario, la previsione della possibilità di fornire indirizzi vincolanti sulle modalità di gestione economica e finanziaria dell'organismo in house, ed infine quale "controllo ex post" esercitabile in fase di approvazione del rendiconto. Orbene nello Statuto di ACER non si rinviene alcuna disposizione che dia conto delle possibilità per l'amministrazione di svolgere il controllo nelle modalità di cui sopra, né sul sito di ACER Ferrara si rinviene la pubblicazione di qualsiasi regolamento o patto parasociale che preveda tali possibilità.

Acer dunque, in qualità di ente pubblico economico agisce in regime di diritto privato e deve essere considerato alla stregua di qualsiasi altro operatore economico laddove intenda partecipare a procedure per l'affidamento di contratti pubblici.

Né vale a cambiare tale profilo la partecipazione "totalitaria" pubblica, sull'assunto per cui *"Alla Provincia compete una quota pari al 20% del valore patrimoniale netto dell'ACER, la restante quota è conferita ai Comuni, in proporzione al numero dei loro abitanti"*, come rilevato nella nota di riscontro. Inoltre la partecipazione quasi esclusiva di capitale pubblico è rinvenibile in una pluralità di istituti di diritto amministrativo, tra cui le società partecipate, senza che da ciò derivi la sussistenza del controllo analogo nei termini di cui sopra.

Nello Statuto, altresì, non si rinviene alcuna norma che vieti l'apertura del mercato ai privati, o disciplini un'apertura ridotta, tale da assicurare l'assenza di poteri di controllo e di veto.

Nella nota di riscontro, inoltre, ACER viene definito *"Ente con capitale interamente pubblico, i cui organi decisionali sono composti da rappresentanti di tutte le amministrazioni che esercitano stringenti poteri di controllo sulla sua attività (controllo analogo)"*.

Tale affermazione merita delle precisazioni.

In primo luogo l'organo decisionale che sarebbe composto dai rappresentanti delle amministrazioni partecipanti viene erroneamente individuato nella "Conferenza degli enti" che, ai sensi dell'articolo 5 dello Statuto, è effettivamente composto dal Presidente della provincia, che la presiede, e dai sindaci dei Comuni partecipanti. Tale organo, tuttavia, presenta natura deliberativa, e non decisionale, assimilabile all'assemblea dei soci di una qualsiasi società, mentre l'organo decisionale che ai sensi dell'articolo 5 comma 5 lettera a) D.lgs. 50/2016 deve essere composto da rappresentanti di tutte le amministrazioni aggiudicatrici è il consiglio di amministrazione.

Orbene nello Statuto, oltre alla mancanza di qualsiasi disposizione riguardante il controllo analogo e le modalità di gestione dello stesso, non sono chiarite neanche le modalità di nomina del Consiglio di amministrazione che dovrebbero essere tali da garantire l'effettiva partecipazione delle amministrazioni affinché possano svolgere sull'ente quel controllo analogo di cui si è riferito sopra.

Infine risulta difettare anche il terzo requisito dell'attività prevalente, che negli anni è stato interpretato dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale in maniera sempre più restrittiva, facendo coincidere la prevalenza con la sostanziale esclusività. A fronte del dato letterale che fissa la soglia dell'80% del fatturato, superata la quale non può più affermarsi che l'attività sia svolta in modo prevalente in favore dell'Ente conferente, appare ovvio che nello Statuto debbano essere posti dei limiti alla possibilità per l'ente di svolgere attività sul mercato.

Tale assunto si scontra, tuttavia, con quanto previsto dall'articolo 2 comma 3 dello Statuto, secondo cui l'Ente può svolgere le varie attività dell'oggetto sociale *"a favore di soggetti privati nelle forme contrattuali del diritto civile, secondo criteri di redditività"*. L'assenza di qualsiasi limite all'attività dell'ente in favore di privati, comporterebbe, dunque, in via astratta, il rischio di realizzare per l'amministrazione partecipante

meno di quanto potrebbe svolgere in qualità di soggetto privatistico in regime di libero mercato, a poco rilevando le affermazioni svolte dal Rup secondo cui *"oltre l'80 per cento delle attività dell'ACER è effettuata nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dalle Amministrazioni controllanti e, difatti, il fatturato totale medio dei servizi della stessa nel triennio 2016/2018 (il triennio precedente all'affidamento del servizio) è per circa l'85 % a favore delle stesse"*.

La mancanza dei requisiti necessari previsti dall'articolo 5 D.lgs. 50/2016 comporta, dunque, l'impossibilità di qualificare Acer come società in house.

Ulteriore elemento contraddittorio in merito alla paventata configurazione di ACER quale organo interno del Comune, riguarda la previsione del corrispettivo pattuito nella Convenzione, poiché, qualora si accedesse all'ipotesi irrealistica della longa manus non dovrebbe in alcun modo essere previsto. Tutt'al più il Comune avrebbe potuto prevedere la corresponsione, in favore dei progettisti di ACER, dell'incentivo per funzioni tecniche di cui all'articolo 113 D.lgs. 50/2016 per le progettazioni, non certo un vero e proprio corrispettivo che denota un elemento di sinallagmaticità tra due enti diversi e distinti.

Né può assumere efficacia dirimente quanto riportato nella nota di riscontro secondo cui *"l'affidamento è caratterizzato da una convenienza economica rispetto alla tariffa professionale dedotta dal D.M. 17 giugno 2016"*.

Come affermato anche recentemente dall'Autorità, l'economicità quale criterio cui deve ispirarsi l'azione amministrativa, non può andare a discapito del rispetto di altri principi di pari rango quale la tutela della concorrenza, la trasparenza e la non discriminazione (in tal senso delibera n. 695 del 04.08.2020).

Tutto ciò considerato e ritenuto, in esito all'istruttoria espletata nell'ambito del procedimento di vigilanza in epigrafe

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione
nell'adunanza del 21.04.2021

DELIBERA

- di ritenere la procedura in analisi non conforme ai disposti di cui agli articoli 5 comma 6 e 157 comma 3 D.lgs. 50/2016, nonché alle Linee Guida Anac n. 1, in quanto non risultano rispettati dall'Amministrazione i presupposti per la stipula degli accordi ex art. 15 L. 241/1990, risultandosi altresì nella fattispecie provveduto all'affidamento di attività di progettazione con procedure diverse da quelle previste dal Codice dei contratti.
- di ritenere, inoltre, la procedura in esame non rispettosa dell'articolo 30 D.lgs. 50/2016 con conseguente lesione dei principi di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, nonché di quanto specificatamente previsto all'art. 41 della L.R. 24/2001 stante l'affidamento ad ACER di servizi di progettazione al di fuori del perimetro applicativo della medesima norma.



- di trasmettere, a cura dell'Ufficio Vigilanza Lavori, la presente deliberazione al Comune di Comacchio invitandolo a dare notizia delle valutazioni di competenza e delle eventuali determinazioni assunte entro 30 giorni dal ricevimento della presente delibera.

Il Presidente
Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 27 aprile 2021

Per il Segretario Maria Esposito
Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente