



Autorità Nazionale Anticorruzione

Il Presidente

Delibera n. 1142 del 8 novembre 2017

Oggetto: attuazione art. 49, comma 1, d.l. 17 aprile 2017, n. 50, convertito dalla l. 21 giugno 2017, n. 96 – sviluppo di sinergie tra FS e ANAS per la programmazione, progettazione, realizzazione e gestione integrata di reti ferroviarie e stradali di interesse nazionale - richiesta di parere Ferrovie dello Stato s.p.a.

AG 18/2017/AP

Il Consiglio

Visto il decreto legislativo n. 50/2016 e s.m.i.;

Visto l'appunto dell'Ufficio Precontenzioso e Pareri;

Considerato in fatto

Con nota pervenuta in data 5 ottobre 2017 ed acquisita al prot. n. 114662, Ferrovie dello Stato s.p.a. ha sottoposto all'attenzione dell'Autorità una richiesta di parere in ordine all'applicazione dell'art. 49 ("Disposizioni urgenti in materia di riordino di società"), comma 1, del d. l. 17 aprile 2017, n. 50 (recante "Disposizioni urgenti in materia finanziaria, iniziative a favore degli enti territoriali, ulteriori interventi per le zone colpite da eventi sismici e misure per lo sviluppo"), convertito dalla l. 21 giugno 2017, n. 96.

Più in dettaglio, la società richiedente evidenzia che la norma sopra indicata prevede che ANAS S.p.A. sviluppi opportune sinergie con il gruppo Ferrovie dello Stato, anche attraverso appositi contratti e convenzioni, con l'obiettivo di rilanciare gli investimenti delle infrastrutture, anche attraverso la gestione integrata delle reti ferroviarie e stradali di interesse nazionale.

La norma stabilisce, altresì, che il Ministro dell'economia e delle finanze, alle condizioni previste al comma 3, trasferisce, nel rispetto della disciplina dell'Unione europea, le azioni di ANAS S.p.A. a Ferrovie dello Stato Italiane S.p.A., mediante aumento di capitale di tale ultima società.

Si rende dunque necessario individuare gli istituti attraverso i quali poter dare attuazione alla norma de qua sia nell'immediato, nell'ottica del perseguimento dell'incremento degli investimenti atteso per il 2017 dal Governo, sia a seguito del previsto trasferimento a FS s.p.a. delle quote azionarie di Anas s.p.a.

Al riguardo l'istante evidenzia che ai fini della gestione integrata delle infrastrutture ferroviarie e stradali occorre procedere ad una progettazione integrata ed uniforme delle stesse. Per perseguire tale obiettivo Anas s.p.a. - che generalmente si avvale di progettisti interni o esterni scelti con gara - e Italferr s.p.a. - società di ingegneria del gruppo FS -



Autorità Nazionale Anticorruzione

Il Presidente

intendono regolare con contratti e convenzioni, lo sviluppo da parte di Italferr per conto di Anas, dei suindicati progetti.

Tale modalità di affidamento, a parere dell'istante, sarebbe conforme alle disposizioni dell'art. 5, comma 3, del d.lgs. 50/2016, posto che -all'esito delle operazioni previste dal citato art. 49 del d.l. 50/2017 - saranno soddisfatte tutte le condizioni richieste dalla norma:

- FS spa deterrà il 100% delle quote azionarie di Anas e di Italferr;
- L'affidamento di attività tra le due società riguarderebbe due soggetti controllati dalla medesima holding;
- Il capitale di Italferr è integralmente detenuto da FS s.p.a. e sono escluse partecipazioni di privati.

Pertanto, ai sensi del citato art. 5, comma 3, del Codice saranno esclusi dall'ambito di applicazione del Codice, gli affidamenti di servizi di ingegneria tra Anas s.p.a e Italferr s.p.a., nonché altri affidamenti tra Anas s.p.a. e FS s.p.a. e/o altre società del gruppo controllate dalla stessa Ferrovie dello Stato s.p.a.

La società richiedente sottolinea, altresì, che anche prima dell'ingresso di Anas nel gruppo FS, tali affidamenti sarebbero comunque consentiti sulla base di quanto previsto dall'art. 5, comma 6, del Codice inerente il c.d. partenariato pubblico-pubblico ed applicabile anche agli enti aggiudicatori.

A tal fine non sarebbe ostativo all'applicazione della norma, il riconoscimento di un corrispettivo ad Italferr s.p.a. per i servizi resi, trattandosi di trasferimento finanziario legato al pubblico interesse (la progettazione di un'infrastruttura ferroviaria) e tenuto conto che la predetta società persegue la redditività del capitale pubblico investito; inoltre detto corrispettivo rimarrebbe all'interno del bilancio FS, nell'ottica dell'ingresso di Anas nel gruppo.

Alla luce di quanto sopra, è stato chiesto all'Autorità di esprimere avviso in ordine all'ammissibilità, secondo il vigente ordinamento, di contratti/convenzioni tra Anas s.p.a. e Italferr s.p.a. volti a regolare lo svolgimento, da parte di quest'ultima società, di attività progettuali in ambito stradale, nonché in ordine alla sottoscrizione di tali convenzioni per il perseguimento delle finalità di cui all'art. 49, co.1, d.l. 50/2017, anche anticipatamente rispetto al trasferimento delle azioni di Anas s.p.a. a Ferrovie dello Stato s.p.a., sulla base delle norme del Codice sopra richiamate.

Ritenuto in diritto

Al fine di rendere il richiesto parere, sembra opportuno richiamare in via preliminare l'art. 49 del d.l. 50/2017 convertito dalla l.n. 96/2017.

Tale disposizione stabilisce al comma 1 che «Con l'obiettivo di rilanciare gli investimenti del settore delle infrastrutture attraverso la programmazione, la progettazione, la



Autorità Nazionale Anticorruzione

Il Presidente

realizzazione e la gestione integrata delle reti ferroviarie e stradali di interesse nazionale, ANAS S.p.A. sviluppa le opportune sinergie con il gruppo Ferrovie dello Stato, anche attraverso appositi contratti e convenzioni al fine di realizzare, tra l'altro, un incremento degli investimenti nel 2017 di almeno il 10 per cento rispetto al 2016 ed un ulteriore incremento di almeno il 10 per cento nel 2018».

Il secondo comma della norma dispone altresì che «al fine di realizzare una proficua allocazione delle partecipazioni pubbliche facenti capo al Ministero dell'economia e delle finanze in ambiti industriali omogenei, il Ministro dell'economia e delle finanze, entro trenta giorni dal verificarsi delle condizioni di cui al comma 3, trasferisce, nel rispetto della disciplina dell'Unione europea, alla società Ferrovie dello Stato Italiane S.p.A. le azioni della società ANAS S.p.A. mediante aumento di capitale della società Ferrovie dello Stato Italiane S.p.A. tramite conferimento in natura. L'aumento di capitale è realizzato per un importo corrispondente al patrimonio netto di ANAS S.p.A. risultante da una situazione patrimoniale approvata dal Consiglio di amministrazione della società e riferita ad una data non anteriore a quattro mesi dal conferimento. Pertanto, all'operazione di trasferimento non si applicano gli articoli 2343, 2343-ter, 2343-quater, nonché l'articolo 2441 del codice civile (...)».

L'articolo 49 citato prevede quindi lo sviluppo, da parte di ANAS S.p.A., di sinergie con il gruppo Ferrovie dello Stato al fine di realizzare, tra l'altro, un incremento degli investimenti di almeno il 10% (rispetto al 2016) sia nel 2017 che nel 2018. La disposizione prevede inoltre il trasferimento a Ferrovie dello Stato Italiane S.p.A. delle azioni di ANAS S.p.A., mediante aumento di capitale, per un importo corrispondente al patrimonio netto di ANAS. L'articolo detta altresì le condizioni per il trasferimento delle quote societarie e disciplina gli effetti del medesimo trasferimento su atti e operazioni societarie. In particolare, tale trasferimento azionario è subordinato – ai sensi del comma 3 - alle seguenti condizioni:

- perfezionamento del Contratto di Programma 2016/2020 tra lo Stato e ANAS S.p.A. secondo quanto previsto dall'articolo 1, comma 870, della legge 28 dicembre 2015, n. 208¹;

¹Ai sensi dell'art. 1, co. 870, l. 208/2015 «Il contratto di programma tra l'ANAS Spa e il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti ha durata quinquennale e riguarda le attività di costruzione, manutenzione e gestione della rete stradale e autostradale non a pedaggio nella diretta gestione dell'ANAS Spa nonché di servizi di interconnessione, decongestione, salvaguardia e sicurezza del traffico che l'ANAS Spa garantisce in tutto il territorio nazionale. Il contratto di programma definisce il corrispettivo annuale a fronte delle opere da realizzare e dei servizi da rendere sulla base di un piano pluriennale di opere e di un programma di servizi sulla rete stradale. Il contratto di programma stabilisce, altresì, gli standard qualitativi e le priorità, il cronoprogramma di realizzazione delle opere, le sanzioni e le modalità di verifica da parte del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti. Lo schema di contratto di programma è approvato dal CIPE, su proposta del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze per quanto attiene agli aspetti finanziari».



Autorità Nazionale Anticorruzione

Il Presidente

- acquisizione di una perizia giurata di stima da cui risulti l'adeguatezza dei fondi stanziati nel bilancio ANAS, anche considerato quanto disposto dai commi 7 e 8², rispetto al valore del contenzioso giudiziale in essere;
- l'assenza di effetti negativi sui saldi di finanza pubblica rilevanti ai fini degli impegni assunti in sede europea, verificata dal Ministero dell'economia e delle finanze.

La norma prevede al riguardo (comma 4) che all'esito del trasferimento, restano in capo ad ANAS S.p.A. le concessioni, le autorizzazioni, le licenze, i nulla osta e tutti gli altri provvedimenti amministrativi comunque denominati. Inoltre, intervenuto il trasferimento della partecipazione de qua, qualsiasi deliberazione o atto avente ad oggetto il trasferimento di ANAS S.p.A. o operazioni societarie straordinarie sul capitale della società è oggetto di preventiva autorizzazione del Ministro dell'economia e delle finanze d'intesa con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti.

Da quanto rappresentato nella richiesta di parere, il trasferimento a Ferrovie dello Stato Italiane S.p.A. delle azioni di ANAS S.p.A. non risulta ancora perfezionato, in attesa che si verifichino tutte le condizioni previste nella norma.

Al momento, dunque, le società citate restano soggetti giuridici distinti ed inoltre operanti in ambiti diversi, la prima nei settori c.d. speciali, con particolare riguardo al trasporto ferroviario, la seconda, in quelli ordinari, essendo deputata alla gestione del patrimonio stradale e autostradale nazionale, come può evincersi dall'esame dei relativi statuti.

La natura di tali società costituisce una questione di rilievo al fine di stabilire se in relazione alle attività svolte o da svolgere dalle medesime, secondo le finalità di cui all'art. 49, co.1, d.l. 50/2017, trovi applicazione la disciplina ordinaria o quella dettata dal d.lgs. 50/2016 per i settori speciali, posto che come chiarito dall'Autorità e dalla giurisprudenza amministrativa, ricadono in tale ultima disciplina solo gli appalti aggiudicati per gli scopi istituzionali degli enti operanti in tali ambiti³.

²Ai sensi dell'art. 49, co. 7, d.l. 50/2017 «ANAS S.p.A. è autorizzata per gli anni 2017, 2018 e 2019, nei limiti delle risorse di cui al comma 8, a definire, mediante la sottoscrizione di accordi bonari e/o transazioni giudiziali e stragiudiziali, le controversie con le imprese appaltatrici derivanti dall'iscrizione di riserve o da richieste di risarcimento, laddove sussistano i presupposti e le condizioni di cui agli articoli 205 e 208 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 e con le modalità ivi previste, previa valutazione della convenienza economica di ciascuna operazione da parte della Società stessa, nonché apposito preventivo parere dell'Autorità nazionale anticorruzione». Il co. 8 dispone che «La quota dei contributi quindicennali assegnati con le delibere CIPE nn. 96/2002, 14/2004 e 95/2004 pubblicate, rispettivamente, nella Gazzetta Ufficiale n. 30 del 6 febbraio 2003, n. 304 del 29 dicembre 2004 e n. 147 del 27 giugno 2005, non utilizzati ed eccedenti il fabbisogno risultante dalla realizzazione degli interventi di cui alle predette delibere, nel limite complessivo di 700 milioni di euro, è destinata, con esclusione delle somme cadute in perenzione, alle finalità di cui al comma 7. Il CIPE individua le risorse annuali effettivamente disponibili in relazione al quadro aggiornato delle opere concluse da destinare alle predette finalità, nel rispetto degli equilibri di finanza pubblica».

³ La disciplina sui settori speciali non si applica agli appalti che gli enti aggiudicatori affidano per scopi diversi dall'esercizio delle loro attività di cui agli articoli 115 e seguenti, per i quali trova applicazione la disciplina ordinaria se gli



Autorità Nazionale Anticorruzione

Il Presidente

Al riguardo può quindi sinteticamente osservarsi, sotto il profilo soggettivo, che:

- FS s.p.a., il cui capitale è detenuto dal Ministero dell'economia, ha la doppia natura di impresa pubblica e di soggetto privato che si avvale di diritti speciali o esclusivi per l'esercizio dell'attività ferroviaria (in tal senso Consiglio di Stato n. 3677/2001 e n. 5007/2001⁴). La società è, quindi, qualificabile come "ente aggiudicatore" ai sensi dell'art. 3, co. 1, lett. e) del Codice.
- Per la sua qualità di impresa collegata alla s.p.a. Ferrovie dello Stato⁵, la s.p.a. Italferr – società con socio unico soggetta alla direzione e coordinamento di FS S.p.A., deputata alla progettazione di sistemi di trasporto ferroviari convenzionali e ad alta velocità - va a sua volta qualificata sia come impresa pubblica, sia come soggetto privato che si avvale di diritti speciali o esclusivi per l'esercizio dell'attività ferroviaria (Consiglio di Stato n. 5007/2001). Italferr s.p.a. è quindi un "ente aggiudicatore" di cui all'art. 3, co. 1, lett. e) del Codice. La società, inoltre, come si evince dallo Statuto, ha come oggetto sociale (in particolare) lo studio, la progettazione e la direzione lavori di sistemi di trasporto ferroviario convenzionali e ad alta velocità, di infrastrutture e di tecnologie, nonché di opere di ingegneria civile e di inserimento ambientale urbanistico e territoriale compresi i cantieri e gli interventi di bonifica dei siti contaminati; - lo studio, la progettazione e la realizzazione di monitoraggi ambientali e di indagini archeologiche; - la realizzazione di opere e di infrastrutture attinenti i sistemi di trasporto anche nella formula chiavi in mano; - l'organizzazione, la sperimentazione, la realizzazione e l'avviamento della gestione di sistemi di trasporto; - l'effettuazione di ispezioni tecniche, economiche e finanziarie relative a progetti di costruzioni edili, opere di ingegneria civile in generale ed impiantistica connessa.

stessi sono qualificabili come amministrazioni aggiudicatrici. «L'assoggettabilità dell'affidamento di un servizio alla disciplina dettata per i settori speciali, quindi, non può essere desunta sulla base di un criterio solo soggettivo, relativo al fatto che ad affidare l'appalto sia un ente operante nei settori speciali, ma deve tener conto anche di un parametro di tipo oggettivo, relativo alla riferibilità del servizio all'attività speciale» (Tar Lazio, Roma, sentenza 18 febbraio 2013, n.1778). Per una migliore illustrazione della disciplina applicabile ai soggetti operanti nei settori speciali, si rinvia all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 16/2011; si veda anche Atto di Regolazione n. 2/99.

⁴Il Consiglio di Stato nella sentenza 5007/2001 ha affermato che "la s.p.a. Ferrovie dello Stato è anche una 'impresa pubblica' in senso tecnico: le qualità di 'soggetto privato che si avvale di diritti speciali o esclusivi' e di 'impresa pubblica' non sono tra loro incompatibili, nel senso che esse sono cumulabili e non alternative, riguardando aspetti diversi. La prima riguarda il 'regime giuridico particolare', di cui si avvale il soggetto privato nel corso della sua attività, mentre la seconda consegue alla sussistenza dei presupposti o degli indici rivelatori, specificati nell'art. 2, lettera b), del decreto legislativo n. 158 del 1995 (per il quale si ha l'impresa pubblica quando una pubblica amministrazione può «esercitare, direttamente o indirettamente, una influenza dominante», perché ne ha «la proprietà» o «una partecipazione finanziaria»). Nella specie, è pacifico che il Ministero del Tesoro sia titolare del capitale della s.p.a. Ferrovie dello Stato, sicché sussiste in concreto l'indice rivelatore: va pertanto confermato l'orientamento della Sezione sulla natura di 'impresa pubblica' di tale società (Sez. VI, 5 agosto 1999, n. 1018) (...)".

⁵ Con delibera n.1189 del 16 novembre 2016, l'Autorità ha affermato che Italferr è una società con socio unico, soggetta all'attività di direzione e coordinamento di Ferrovie dello Stato S.p.A. che ne detiene l'intero capitale. Ferrovie dello Stato S.p.A. è a sua volta controllata dal Ministero dell'economia, che ha la titolarità dell'intero capitale, ma vigilata dal MIT.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Il Presidente

Dunque sia FS s.p.a., sia Italferr s.p.a., sono «enti aggiudicatori», ai fini della disciplina di cui alla parte II del Codice (secondo la definizione di cui all'art. 3, comma 1, lett. e), ossia «amministrazioni aggiudicatrici o imprese pubbliche che svolgono una delle attività di cui agli articoli da 115 a 121» e pertanto gli stessi applicano la predetta disciplina solo per gli appalti aggiudicati per scopi istituzionali; per l'affidamento dei contratti pubblici estranei a tali finalità, le società sopra indicate sono tenute ad applicare la disciplina ordinaria, trattandosi di amministrazioni aggiudicatrici ex art. 3, comma 1, lett. a) del Codice (nella forma dell'organismo di diritto pubblico, come chiarito dalla giurisprudenza amministrativa⁶).

Per quanto attiene ad Anas s.p.a., invece, ai fini del presente parere, sembra sufficiente evidenziare che la stessa è inclusa nell'elenco di cui all'Allegato IV del Codice, riferito agli organismi di diritto pubblico nei settori ordinari, cui rinvia l'art. 3, comma 1, lett. d) del d.lgs. 50/2016, ai fini dell'individuazione delle caratteristiche proprie di tali soggetti giuridici (anche lo statuto specifica che Anas s.p.a. è organismo di diritto pubblico ai sensi dell'art. 3, comma 26, d.lgs. 163/2006).

Consegue da quanto sopra, che Anas s.p.a. è un'amministrazione aggiudicatrice, tenuta in quanto tale ad applicare il Codice per l'affidamento di contratti pubblici. Quanto all'oggetto sociale, la società ha come scopo principale la gestione e la manutenzione della rete stradale e autostradale nazionale, la costruzione di nuove strade e autostrade, acquisto, costruzione, conservazione, miglioramento e incremento dei beni mobili e immobili destinati al servizio della rete stradale e autostradale nazionale di competenza.

Sotto il profilo oggettivo, avuto riguardo all'attuazione dell'art.49, co. 1, d.l. 50/2017, può osservarsi che nella nota di richiesta parere non vengono definite nel dettaglio le opere pubbliche cui si riferiscono le attività progettuali che Anas s.p.a. dovrebbe affidare ad Italferr s.p.a. Non si chiarisce, in particolare, se si tratta di opere di ingegneria civile

⁶ Il Consiglio di Stato, nella citata sentenza n. 5007/2001, ha altresì osservato che «...tenuto conto della natura del servizio ferroviario la s.p.a. Italferr va altresì considerata *organismo di diritto pubblico* (ai sensi dell'art. 2, comma 1, del decreto legislativo n. 158 del 1995), perché (...) sussiste in concreto anche il requisito rappresentato dal perseguimento di «specifici bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale»: - la progettazione più o meno complessa di sistemi ferroviari (in quanto concerne la libera circolazione delle persone, nell'ambito di valutazioni che attengono a scelte essenziali, concernenti gli aspetti ambientali, le relazioni interpersonali e lo sviluppo dei commerci) mira a soddisfare bisogni «di interesse generale» (tali da essere prioritari e prevalenti «sul fine economico utilitaristico proprio dell'attività di impresa comune»: cfr. Sez. VI, 7 giugno 2001, n. 3090);- per tale loro natura, questi bisogni di interesse generale non hanno un mero carattere industriale o commerciale, anche perché non ha importanza verificare se i contratti conclusi dalla s.p.a. Italferr (in base agli atti impugnati in primo grado) abbiano o meno riguardato una parte preponderante dell'attività da essa complessivamente svolta (cfr. Corte di Giustizia delle Comunità europee, 15 gennaio 1998, C-44/96, punti 26 e 29)».



Autorità Nazionale Anticorruzione

Il Presidente

strettamente connesse con la realizzazione di interventi afferenti le infrastrutture ferroviarie o se invece si tratta di opere stradali dotate di una propria autonomia rispetto a queste ultime, dunque riconducibili - in quanto tali - alla disciplina dettata dal Codice per gli appalti nei settori ordinari. Si fa esclusivo riferimento alla gestione integrata delle infrastrutture ferroviarie e stradali quale finalità perseguita dalla norma ed alla correlata necessità di attuare una progettazione unitaria; si afferma inoltre che Anas dovrebbe affidare l'attività di progettazione di strade ad Italferr secondo lo schema dell'in house orizzontale.

In linea generale, quindi, ove ritenuta percorribile la soluzione ipotizzata dalla società istante (affidamento diretto da Anas ad Italferr di incarichi tecnici, a seguito di quanto previsto dall'art. 49), Italferr s.p.a. - avuto riguardo al suo oggetto sociale - potrebbe svolgere la progettazione di strade *solo nell'ipotesi in cui tali opere siano strettamente connesse alle infrastrutture ferroviarie*, quale attività rientrante nei compiti istituzionali della società.

Al contrario, ove ritenuto non perseguibile l'affidamento diretto de quo in assenza dei presupposti dell'in house, e i servizi di ingegneria attengano ad opere stradali con propria autonomia, gli stessi dovrebbero essere affidati con procedura di gara da Anas s.p.a. (come peraltro evidenziato nell'istanza di parere a pag. 3) secondo la disciplina ordinaria.

Occorre, quindi, stabilire se nella fattispecie possa trovare applicazione l'art. 5, co. 3, del Codice, tenuto conto del fatto che FS s.p.a. e Italferr s.p.a. sono enti operanti nei settori speciali.

A tal fine occorre sottolineare che ai sensi dell'art. 114 del Codice, ai contratti dei settori speciali «si applicano le norme che seguono e, in quanto compatibili, le disposizioni di cui agli *articoli da 1 a 58*, ad esclusione delle disposizioni relative alle concessioni (...)». Dunque, l'art. 5 del d.lgs. 50/2016 trova applicazione anche in relazione agli appalti in esame, per quanto compatibile.

Al riguardo l'istante ritiene che all'esito dell'acquisizione delle azioni di Anas s.p.a. da parte della stessa FS s.p.a. ricorreranno i presupposti ivi previsti per ricorrere al c.d. affidamento in house di tipo orizzontale, contemplato nel comma 3, ai sensi del quale un soggetto può affidare un contratto ad altro soggetto con il quale non ha alcuna relazione diretta, ma entrambi sono in relazione di *in house* con un terzo soggetto comune che li controlla. Si tratterebbe in questo caso di Italferr s.p.a. cui Anas s.p.a. dovrebbe affidare servizi di progettazione; società entrambe (in futuro) controllate da FS s.p.a.

Invero, con riferimento a tale soluzione ipotizzata dalla società istante, occorre sottolineare che la suindicata acquisizione azionaria non si è ancora perfezionata, come già evidenziato in premessa.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Il Presidente

Si ritiene, pertanto, che l'Autorità non possa, in astratto, esprimere un parere sulla ricorrenza dei presupposti legittimanti l'affidamento in house di servizi di ingegneria da Anas s.p.a. (le cui azioni all'esito di quanto previsto nella norma saranno trasferite a FS s.p.a.) ad Italferr s.p.a. (società totalmente partecipata da FS s.p.a.), prima del perfezionamento delle operazioni societarie previste nel citato 49 d.l. 50/2017 e delle conseguenti modifiche statutarie delle società interessate, dalle quali emergano gli elementi utili per verificare il rapporto in house tra le suindicate società e la controllante FS s.p.a.

Ciò in quanto, come chiarito dalla stessa Autorità, ai fini della valutazione della sussistenza delle predette condizioni, è fondamentale «la valutazione caso per caso dell'organizzazione e degli *assets* societari, che devono essere idonei a garantire che la gestione della società affidataria sia nella piena disponibilità del socio pubblico, al fine di configurare il rapporto di “delegazione interorganica” che consente l'affidamento senza gara di contratti pubblici» (AG9/2016/AP).

L'Autorità ha anche chiarito (tra le molte, parere sulla normativa AG 22/2016/AP) che il ricorso all'*in house* consente di non esternalizzare un appalto - sottraendolo alla libera concorrenza del mercato - qualora sussistano *tutti* i presupposti indicati nell'art. 5 del Codice (controllo analogo, attività prevalente e partecipazione pubblica al capitale sociale del soggetto *in house*), ritenuti idonei a rivelare un rapporto di *immedesimazione organica* tra l'amministrazione affidante e l'ente affidatario, per cui quest'ultimo, pur essendo formalmente diverso dall'amministrazione controllante, ne costituisce sostanzialmente un diretto strumento operativo, una *longa manus*. Il requisito del controllo analogo è soddisfatto qualora l'amministrazione aggiudicatrice eserciti un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative del soggetto *in house*, prevedendo inoltre la possibilità che tale controllo sia *indiretto*, cioè che possa essere esercitato da una persona giuridica diversa, a sua volta controllata allo stesso modo dall'amministrazione aggiudicatrice.

Il comma 3 prevede l'esclusione dell'applicazione del Codice anche per gli appalti o le concessioni aggiudicati dal soggetto *in house* (che è a sua volta amministrazione aggiudicatrice), alla propria amministrazione controllante o ad altro soggetto giuridico controllato da quest'ultima, sempreché nell'aggiudicataria non vi sia alcuna partecipazione diretta di capitali privati (ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati che non comportino poteri di controllo o di veto sulla società *in house*, né la possibilità di esercitare sulla stessa un'influenza determinante).

Si tratta di due fattispecie distinte, entrambe mutate dalle direttive comunitarie (paragrafo 2, art. 12, Direttiva 2014/24/UE), che configurano due varianti al modello classico dell'*in house*.

La prima fattispecie - definita *in house verticale capovolto o invertito* - consente a due



Autorità Nazionale Anticorruzione

Il Presidente

soggetti, che siano entrambi amministrazioni aggiudicatrici e che si trovino in relazione di *in house*, di affidarsi reciprocamente, in via diretta e bidirezionale, un contratto pubblico. La seconda fattispecie, definita *in house orizzontale*, implica invece l'esistenza di tre soggetti: un soggetto aggiudica un appalto ad altro soggetto con il quale non ha alcuna relazione diretta, ma entrambi sono in relazione di *in house* con un terzo soggetto comune che li controlla.

Lo schema dell'*in house* orizzontale - individuato dalla Corte di giustizia con la decisione 8 maggio 2014 (C-15/13) - richiama un modello strutturato su una relazione triangolare, che consente l'affidamento diretto tra due distinti soggetti giuridici, seppur non collegati in alcun modo tra loro, *solo laddove entrambi svolgano la parte più importante della loro attività in favore dell'istituzione comune e siano sottoposti al controllo analogo esclusivo dello stesso ente controllante*.

Sulla base di tali considerazioni, l'Autorità ha chiarito che affinché si possa legittimamente ricorrere l'*in house* occorre la sussistenza *in concreto* delle condizioni legittimanti la configurazione di un rapporto *in house*, in senso orizzontale o verticale, tra soggetto affidante e soggetto affidatario o una espressa disposizione normativa che lo consenta (AG22/2016/AP).

Occorre evidenziare, inoltre, che la disciplina dell'istituto in esame deve essere esaminata congiuntamente alle correlate disposizioni dell'art. 192 del Codice, contemplante l'istituzione presso l'ANAC dell'elenco delle stazioni appaltanti che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società "in house" (secondo le modalità e i criteri definiti dall'Autorità nelle Linee Guida n. 7/2017). Come precisato nel comma 2 del citato art. 192, «Ai fini dell'affidamento in house di *un contratto* avente ad oggetto servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza, le stazioni appaltanti effettuano preventivamente la valutazione sulla congruità economica dell'offerta dei soggetti in house, avuto riguardo *all'oggetto e al valore della prestazione*, dando conto nella motivazione del provvedimento di affidamento delle ragioni del mancato ricorso al mercato, nonché dei benefici per la collettività della forma di gestione prescelta, anche con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche».

Deriva da quanto sopra che le condizioni legittimanti l'affidamento in house devono essere valutate in relazione all'assegnazione del *singolo contratto* e non ad una serie *indefinita* di prestazioni contrattuali da amministrazione di riferimento a soggetto controllato, come deriva anche dalla previsione di una valutazione di congruità economica dell'offerta dei soggetti *in house* rispetto al mercato, avuto riguardo *all'oggetto e al valore della (singola) prestazione*.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Il Presidente

Alla luce di quanto sopra, pertanto, la valutazione *in concreto* dei presupposti legittimanti l'*in house* deve riguardare la sussistenza tra soggetto affidante e soggetto affidatario del controllo analogo esercitato dal primo sul secondo (secondo le indicazioni contenute nelle linee guida n. 7/17), l'attività prevalente svolta dall'affidatario in favore dell'amministrazione di riferimento, la partecipazione pubblica al capitale sociale del soggetto *in house*, il singolo contratto da affidare il quale deve riguardare le attività contemplate nell'oggetto sociale dell'affidataria ed essere preceduto da una valutazione di congruità economica dell'offerta.

Tale verifica, come sopra evidenziato, potrà essere effettuata dall'Autorità solo all'esito del perfezionamento delle operazioni societarie previste nel citato 49 d.l. 50/2017, avuto riguardo agli assets societari che ne deriveranno ed alle conseguenti modifiche statutarie delle società coinvolte (che dovrebbero dare evidenza degli elementi qualificanti l'*in house*). Non si rinviene, inoltre, nelle disposizioni dell'art. 49 citato, una espressa previsione contemplante tale tipologia di affidamento tra le società sopra indicate, in deroga alla disciplina del Codice.

Infine, quanto alla possibilità per Italferr spa e Anas spa di concludere accordi/convenzioni prima dell'attuazione della riforma prevista nella norma sopra richiamata, ai fini dell'affidamento di servizi di ingegneria dalla prima società alla seconda, si osserva quanto segue.

Si richiama il comma 6 dell'art. 5 del Codice, ai sensi del quale «un accordo concluso *esclusivamente tra due o più amministrazioni aggiudicatrici* non rientra nell'ambito di applicazione del presente codice, quando sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni: a) l'accordo stabilisce o realizza 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*; b) l'attuazione di tale cooperazione è retta esclusivamente da considerazioni inerenti all'interesse pubblico; c) le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori partecipanti svolgono sul mercato aperto meno del 20 per cento delle attività interessate dalla cooperazione».

La norma - dettata in recepimento dell'art. 1, paragrafo 6, della direttiva 24/2014/UE - contempla una specifica disciplina degli accordi tra soggetti pubblici, quale istituto già previsto in passato e in linea generale dall'art. 15 della l. 241/1990, ed indica in maniera tassativa i limiti entro i quali gli accordi tra PA possono essere conclusi, affinché possa ritenersi legittima l'esenzione dal Codice.

In particolare, come chiarito dall'Autorità in diverse pronunce, ancorché con riferimento all'assetto normativo previgente recato dal d.lgs. 163/2006 e dal citato art. 15 della l.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Il Presidente

241/1990 (in particolare, determinazione n. 7/2010 e pareri sulla normativa AG14/2017/AP, AG/07/15/AP, AG20/2014), la norma prefigura un modello convenzionale attraverso il quale le pubbliche amministrazioni coordinano l'esercizio di funzioni proprie in vista del conseguimento 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. I limiti del ricorso a tali accordi possono così individuarsi:

- 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;
- alla base dell'accordo deve esserci una *reale divisione di compiti e responsabilità*;
- 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;
- il ricorso all'accordo *non può interferire con il perseguimento dell'obiettivo principale delle norme comunitarie in tema di appalti pubblici*, ossia la libera circolazione dei servizi e l'apertura alla concorrenza non falsata negli Stati membri. Pertanto, la collaborazione tra amministrazioni non può trasformarsi in una costruzione di puro artificio diretta ad eludere le norme menzionate e gli atti che approvano l'accordo, nella motivazione, devono dar conto di quanto su esposto».

Negli accordi tra amministrazioni, dunque, assume rilievo la posizione di equiordinazione tra le stesse, al fine di coordinare i rispettivi ambiti di intervento su oggetti di interesse comune e non di comporre un conflitto di interessi di carattere patrimoniale; occorre, in sostanza, una "*sinergica convergenza*" su attività di interesse comune, pur nella diversità del fine pubblico perseguito da ciascuna amministrazione.

Tale convergenza difetta nel caso in cui il contratto sia inquadrabile nel paradigma generale previsto dall'art. 1321 cod. civ., essendo caratterizzato dalla patrimonialità del rapporto giuridico con esso costituito e disciplinato, a causa della riconducibilità delle prestazioni demandate all'affidatario di servizi che - pur rientranti in astratto nella istituzionale funzione di degli stessi - sono annoverabili tra le attività di cui all'allegato II-A alla direttiva 2004/18 e sono destinate ad essere fatte proprie dall'Amministrazione affidante, in quanto strumentali rispetto ai compiti demandati dall'ordinamento a tali amministrazioni, con acquisizione di una *utilitas* in via diretta delle stesse; il tutto secondo la logica dello scambio economico suggellata dalla previsione di un corrispettivo, calcolato secondo il criterio del costo necessario alla produzione del servizio e dunque in perfetta aderenza allo schema tipico dei contratti di diritto comune ex art. 1321 c.c.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Il Presidente

Alla luce di quanto sopra, l'Autorità ha concluso affermando che una convenzione tra amministrazioni aggiudicatrici rientra nell'ambito di applicazione dell'art. 15, l. 241/1990 ove regoli la realizzazione di interessi pubblici effettivamente comuni alle parti, con una reale divisione di compiti e responsabilità, in assenza di remunerazione, ad eccezione di movimenti finanziari configurabili solo come ristoro delle spese sostenute e senza interferire con gli interessi salvaguardati dalla normativa sugli appalti pubblici (parere AG 34/2016/AP; AG/07/15/AP).

Nel caso della mancata sussistenza di tali condizioni, le prestazioni annoverabili tra gli appalti di servizi, secondo la definizione fornita dal Codice (art. 3, comma 1, lett. ss), devono essere affidate con le procedure ad evidenza pubblica contemplate nel Codice stesso, afferendo ad attività rinvenibili sul mercato in regime di libera concorrenza.

Alla luce di quanto sopra, pertanto, può osservarsi che l'accordo/convenzione che Italferr s.p.a. dovrebbe sottoscrivere con Anas s.p.a. ai fini dell'attuazione dell'art. 49, d.l. 50/2017, prima dell'acquisizione del pacchetto azionario di quest'ultima da parte di FS s.p.a., non sembra rientrare – sulla base di quanto rappresentato nella nota di richiesta parere - nello schema dell'accordo tra amministrazioni pubbliche di cui all'art. 5, comma 6, del Codice, poiché si basa sullo svolgimento di prestazioni progettuali da parte di Italferr s.p.a. in favore di Anas s.p.a. dietro pagamento di un corrispettivo. Caratteristiche, queste, che – alla luce dei chiarimenti offerti dall'Autorità sull'argomento – valgono a ricondurre il predetto accordo nello schema tipico del contratto d'appalto. A ciò si aggiunga che la progettazione di strade e autostrade non è inclusa nell'oggetto sociale di Italferr s.p.a., pertanto, alla stessa sembrerebbe precluso lo svolgimento di tale attività.

Sulla base delle considerazioni che precedono

Il Consiglio

Ritiene che:

- la conformità dell'affidamento diretto di incarichi tecnici da Anas s.p.a. ad Italferr s.p.a., secondo le disposizioni dell'art. 5, comma 3, del Codice, potrà essere utilmente vagliata dall'Autorità solo all'esito del trasferimento del pacchetto azionario della stessa Anas s.p.a. a FS s.p.a., avuto riguardo anche alle conseguenti modifiche statutarie delle società interessate, dalle quali possano chiaramente evincersi i presupposti legittimanti il ricorso all'istituto de quo, come indicati nelle pronunce dell'Autorità sopra richiamate e fermo restando il vincolo per Italferr s.p.a. di poter effettuare attività progettuale per interventi stradali esclusivamente ove gli stessi siano strettamente correlati ai suoi compiti istituzionali.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Il Presidente

- Non appare coerente con lo schema del partenariato pubblico-pubblico di cui all'art. 5, comma 6 del Codice, l'eventuale accordo di collaborazione tra le predette società, laddove lo stesso presuppone l'affidamento di servizi di ingegneria da Anas s.p.a. a Italferr s.p.a., non inclusi nel suo oggetto sociale e dietro pagamento di un corrispettivo, quale schema riconducibile al contratto d'appalto.

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 22 novembre 2017

Il Segretario, Maria Esposito