

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*.

CONTRIBUTI PERVENUTI

Sommario

A) AMMINISTRAZIONI PUBBLICHE E SOCIETÀ PUBBLICHE	2
1. Autorità portuale di Venezia – Gianandrea Todesco	2
2. Regione Lombardia.....	2
3. Regione Siciliana – Assessorato Economia – Ragioneria Generale della Regione.....	5
4. Comune di Teolo.....	2
5. Consiglio di Bacino Priula.....	2
6. Lucca Holding s.p.a	3
7. Itaca	5
B) ASSOCIAZIONI DI CATEGORIA.....	10
8. Fise Assoambiente.....	10
9. Ance	10
10. Utilitalia	13
11. AIPARK – Associazione Italiana tra gli Operatori nel settore della Sosta e dei Parcheggi.....	10
C) DIPENDENTI PUBBLICI	16
12. Righetti Roberto - Consorzio Obbligatorio Unico di Bacino del Verbano Cusio Ossola	16
D) Liberi professionisti	17
13. Studio Legale AOR Avvocati Roma	17
E) ALTRI	18
14. Cineca	18

A) AMMINISTRAZIONI PUBBLICHE E SOCIETÀ PUBBLICHE

1. Autorità portuale di Venezia – Gianandrea Todesco

Appartengo ad una amministrazione aggiudicatrice e conosco la difficoltà di interagire, dialogare o acquisire informazioni con le società partecipate, soprattutto quando gli amministratori non sono emanazione dell'ente.

Per queste ragioni e dall'esperienza diretta formulo le mie osservazioni alla linea 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".

L'onere e le responsabilità per la richiesta di iscrizione (art. 3), per la comunicazione delle variazioni (art. 7) e azioni a fronte della cancellazione (art. 8) compreso il mantenimento dei requisiti, ritengo debba essere in capo alla società in house. O si deve prevedere che questa vi possa provvedere autonomamente.

Come amministrazione aggiudicatrice posso avere le informazioni sulla società ma dal momento che alcuni requisiti sono intrinseci alle attività effettivamente svolte e dinamici (principalmente fatturato) è la società che sa se ha i requisiti e se li sta mantenendo nel tempo. Inoltre vi possono essere casi dubbi sui quali è la società che deve sapere se una certa qualificazione dell'attività configuri il presupposto oppure no.

Il rischio è la disgiunzione delle responsabilità: l'amministrazione aggiudicatrice che ha l'onere e la responsabilità della domanda su requisiti di un soggetto terzo (informazioni derivate) e l'ente che "attende" senza oneri e responsabilità per cui meno attento al rispetto dei principi.

Idem per le variazioni (art. 7) o azioni avverso ipotesi di cancellazione (art. 8).

A mio avviso dovrebbe essere che la società a partecipazione pubblica che intende qualificarsi come in house deve verificare di avere tutti i requisiti e quindi deve iscriversi.

Inoltre i riferimenti della iscrizione andrebbero riportati nei documenti dell'affidamento (nel contratto, convenzione, ecc.).

Nella verifica sul mantenimento dei requisiti si vuole indicare o suggerire una periodicità? In alcuni articoli ho letto annuale.

La riforma MADIA (D.Lgs. 175/16) da dei riferimenti in particolare sulla composizione degli organi amministrativi delle società a partecipazione pubblica preferendo la composizione con soggetti esterni. Per esperienza diretta la società è veramente funzionale alle attività istituzionali dell'ente (art. 4) e con lo stesso realizza al meglio il controllo analogo quando gli amministratori sono dipendenti dell'ente. Sul punto sarebbe utile fornirvi il Vostro parere o indicazione eventualmente con uno specifico passaggio ritengo al punto 6.3.

2. Comune di Teolo

Si chiede se nell'elenco vadano iscritti i Consorzi tra enti locali non in forma societaria che svolgono servizi per il Comune partecipante al Consorzio (Consorzio biblioteche padovane riunite). Si chiede inoltre se vadano iscritte le società (SPA) destinatarie di un affidamento in corso (2014).

3. Consiglio di Bacino Priula

La presente osservazione attiene al riconoscimento dei soli patti parasociali quale strumento utilizzabile per comprovare l'esercizio in via permanente ed effettiva del controllo analogo (paragrafo 2.1. n. 10; paragrafo 6.3 e paragrafo 6.3.3.).

In proposito si rileva che l'art. 16 del testo unico in materia di società a partecipazione pubblica non impone ma consente l'utilizzo dei patti parasociali ("i requisiti del controllo analogo possono essere acquisiti anche mediante la conclusione di appositi patti parasociali").

Il carattere facoltativo e non cogente dell'utilizzo di tale strumento trova conferma anche nella lettura delle definizioni di cui all'art. 1, lettere b) e c) del medesimo testo unico: i patti parasociali infatti sono qui espressamente richiamati solo nella definizione del controllo civile (lettera b) ma non anche in quella di controllo analogo (lettera c). Tale scelta appare peraltro coerente con la prassi andata consolidandosi nel tempo che ha visto i patti parasociali quale strumento naturale nell'ambito di società per lo più quotate ma non invece delle società in house providing di più contenute dimensioni.

E' noto inoltre che la giurisprudenza sia nazionale che europea ha riconosciuto la legittimità di strumenti di natura pubblica (non privata) a presidio del controllo analogo, così come lo stesso contratto di servizio.

Con specifico riguardo all'ordinamento nazionale appaiono utilizzabili (e sono stati ritenuti dalla giurisprudenza a tal fine idonei) vari istituti, tra i quali:

- le convenzioni di diritto pubblico (art. 30 D.lgs. 267/2000)
- l'accordo tra pubbliche amministrazioni (art. 15 Legge 241/1990);
- il Regolamento amministrativo ad efficacia interna (nel caso di consorzi o forme associative comunque dotate di personalità giuridica).

Ad essi si è recentemente affiancato, in forza della previsione del già citato articolo 16, ossia quello dei patti parasociali anche durata anche superiore ai 5 anni.

Per tali ragioni si ritiene doveroso, onde non escludere soggetti che esercitano il controllo analogo attraverso strumenti parimenti legittimi ed idonei ancorché diversi da quello dei patti parasociali, ampliare in tal senso le previsioni testuali delle Linee Guida.

Proposta integrazioni:

paragrafo 2.1. n. 10 terzo alinea (p. 1): dopo «Patti parasociali» aggiungere «o altro corrispondente strumento di diritto pubblico, nonché eventualmente contratto di servizio»;

paragrafo 6.3 (p. 3): dopo «previsti in specifiche disposizioni dell'atto costitutivo, dello statuto o di appositi patti parasociali» aggiungere «o di altro corrispondente strumento di diritto pubblico, nonché eventualmente nel contratto di servizio»;

paragrafo 6.3.3 (p. 4): dopo «mediante l'esame degli atti costitutivi, degli statuti e dei patti parasociali» aggiungere «o di altro corrispondente strumento di diritto pubblico, nonché eventualmente nel contratto di servizio facenti capo alle».

4. Lucca Holding s.p.a

Le linee guida in consultazione tendono a definire la disciplina per l'individuazione delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che hanno titolo per operare mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società "in house".

Il testo pare esclusivamente finalizzato a rendere uniformemente applicabili i "principi comuni" in materia di esclusione degli affidamenti diretti nei confronti di società in house di cui all'art. 5 D. Lgs.

n. 50/16, senza minimamente riferirsi alle altre esclusioni ammesse, limitatamente ai settori speciali, quando enti aggiudicatori decidano di operare affidamenti diretti nei confronti di una joint venture di cui facciano parte o di un'impresa collegata.

Ma gli artt. 6 e 7 D. Lgs. n. 50/16 introducono ulteriori possibilità di esclusione che, in deroga all'art. 5, ad esso vengono sostanzialmente assimilate ogni qual volta gli appalti vengano affidati all'interno di gruppi economici di cui anche l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore facciano parte.

Parrebbe quindi necessario che il presidio di ANAC di cui all'art. 192 D. Lgs. n. 50/16 vigilasse (forse: a maggior ragione) sulla effettiva esistenza di condizioni necessarie e sufficienti a che i soggetti aggiudicatori possano legittimamente invocare la speciale deroga di cui agli artt. 6 e 7 del Codice, registrando sull'apposito elenco le "joint venture" e le imprese "collegate" che beneficiano di affidamenti diretti poiché si qualificano, in base all'organizzazione interna del proprio "gruppo economico" di appartenenza, ricadenti sotto il "controllo analogo" del soggetto aggiudicatore stesso. Ciò potrebbe evitare il ragionevole rischio che, anche dopo l'emanazione delle Linee Guida, alla vigilanza sulla disciplina applicativa dell'art. 5 (recante principi "comuni" in materia di esclusione) sfugga tutta la vasta (ed economicamente assai consistente) casistica derogatoria coperta dagli artt. 6 e 7 D. Lgs. n. 50/16.

Al riguardo, si ricorda che la Direttiva 2014/25/UE (considerando n. 39) raccomanda specificamente agli Stati di prevedere - ad evitare che l'esclusione degli appalti dei settori speciali, attribuiti ad "imprese comuni", "provochi distorsioni della concorrenza" - un "insieme appropriato di norme", per disciplinare - tra l'altro - la stabilità di relazione dominante che si presume intercorrente tra le "imprese o joint venture che sono collegate agli enti aggiudicatori" "e gli enti aggiudicatori di cui sono composte".

5. Regione Lombardia

Si sottopone all'attenzione di ANAC l'interpretazione di Regione Lombardia dell'art. 3.1.6 delle Linee Guida in consultazione.

Regione Lombardia intende il "controllo ex ante" come definizione delle strategie ed assegnazione degli obiettivi e delle finalità di breve e medio periodo che le Società devono perseguire nell'esercizio della propria attività. La Regione esercita tale funzione attraverso gli strumenti della programmazione, e precisamente:

- 1) Programma Regionale di Sviluppo (PRS) : previsto dalla LR 34/78 artt. 5 e 6. Determina gli obiettivi, le strategie, le politiche che la Regione si propone di realizzare nell'arco della legislatura. Prevede tra i suoi allegati gli indirizzi a enti e aziende dipendenti, fondazioni e società partecipate.
- 2) Documento di Economia e Finanza Regionale (DEFER): introdotto dal D. Lgs 118/2011 e previsto dalla LR 34/78, il DEFER aggiorna annualmente il PRS e i suoi allegati, compresi gli Indirizzi a enti e aziende dipendenti, fondazioni e società partecipate.
- 3) Piano della performance, degli indicatori e dei risultati attesi di bilancio: previsto dal D. Lgs 118/2011 e dal D. Lgs 150/2009, espone i principali obiettivi strategici e operativi che l'amministrazione intende perseguire nel triennio successivo e definisce, per ogni programma di bilancio, indicatori finanziari e quali-quantitativi in grado di restituire i principali risultati che l'amministrazione persegue nel triennio di riferimento. Per ogni obiettivo evidenzia il contributo di Enti, Società o Fondazioni appartenenti al Sistema Regionale.

Regione Lombardia intende "controllo ex post" come verifica dell'attuazione delle strategie e in tal senso approva la Relazione sull'attuazione del PRS. La Relazione, prevista dalla LR 34/78, in attuazione del D. Lgs 118/2011 e del D. Lgs 150/2009, è il documento di rendicontazione del Piano della performance, degli indicatori e dei risultati attesi di bilancio; offre una panoramica delle politiche realizzate in corso d'anno, dei relativi indicatori di risultato e delle risorse impegnate. Per ogni obiettivo evidenzia l'eventuale contributo di Enti, Società o Fondazioni appartenenti al Sistema Regionale.

6. Regione Siciliana – Assessorato Economia – Ragioneria Generale della Regione

Si propone l'inserimento, al paragrafo 2, lett d), punto 10, del seguente indice della presenza del controllo di analogo di cui all'art.16 del Decr. Lgs. 175/2016:

- accordi di collaborazione fra pubbliche amministrazioni stipulati ai sensi dell'art.15 della L.241/1990.

Infatti l'art.16 del Decr. lgs. 175/2016, nonché l'art. 2, comma 1, lett.d), non prescrivono una formula organizzativa rigida per l'esercizio congiunto del controllo analogo, limitandosi peraltro il citato art.16 a prevedere, fra l'altro, che i requisiti possono essere acquisiti "anche" (e dunque non soltanto) mediante la conclusione di appositi patti parasociali. Il ricorso all'istituto di cui all'art.15 della L.241/1990 appare perciò utilizzabile anche per disciplinare dette modalità di esercizio congiunto del controllo analogo, caratterizzandosi sia per una maggiore semplicità di stipulazione rispetto ai patti parasociali, sia per la sua economicità, non richiedendo l'intervento di un notaio.

(prot. 61659 del 14.12.2016)

7. Itaca

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

1. OGGETTO

1.1 Le presenti linee guida disciplinano il procedimento per l'iscrizione nell'elenco di cui all'art. 192 del codice delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società *in house* di cui all'art. 5 del codice (di seguito, "elenco").

PROPOSTA EMENDAMENTI REGIONI

TESTO CON MODIFICHE	MOTIVAZIONE
1. Si evidenzia che non sono chiare le eventuali conseguenze derivanti dal rigetto della domanda di iscrizione. A differenza di quanto previsto in seguito alla cancellazione dall'elenco (paragrafo 8.7), infatti, l'ipotesi di rigetto della domanda non	

<p>appare definita nella portata delle eventuali conseguenze. Si ritiene opportuno che tali aspetti siano esplicitati.</p> <ol style="list-style-type: none"> 2. Necessità di chiarire in modo specifico al paragrafo 2 se, nel caso di controllo “a cascata” o “orizzontale”, debba iscriversi all’elenco il solo ente capogruppo (come sembra di capire) 3. La previsione di cui al paragrafo 8.7 (conseguenze cancellazione dall’elenco) non ha un chiaro fondamento legislativo – rischio illegittimità 4. In alcuni punti incoerenze definitorie (es. varie forme di “controllo”). 	
<p>e) denominazione delle amministrazioni aggiudicatrici/enti aggiudicatori che in presenza dei presupposti previsti dall’art. 5 del codice, hanno manifestato l’intenzione di operare affidamenti diretti alla società <i>in house</i> controllata dal soggetto iscritto nell’elenco, in forza di un controllo indiretto <u>(o a cascata) o;</u> orizzontale o a cascata;</p>	<p>Non è chiara la distinzione tra controllo indiretto e controllo a cascata (la distinzione non è indicata nell’art. 6.3.5). Nel caso vi sia una differenza, si consiglia di specificarla espressamente, anche in relazione a quanto osservato sopra.</p>
<p>3.1 Le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori che, al ricorrere dei presupposti previsti dall’art. 5 del codice, intendano operare affidamenti diretti in favore di società <i>in house</i> di altre amministrazioni in forza di un controllo indiretto <u>(o a cascata) o;</u> orizzontale o a cascata, manifestano la propria volontà al soggetto controllante della società <i>in house</i>, il quale indicherà tale volontà nella propria domanda di iscrizione all’elenco oppure integrerà la domanda già presentata con detta indicazione.</p>	<p>Come già osservato, non è chiara la distinzione tra controllo indiretto e controllo a cascata (la distinzione non è indicata nel paragrafo 6.3.5). Nel caso vi sia una differenza, si consiglia di specificarla espressamente, anche in relazione a quanto osservato sopra.</p>
<p>4.2 Nel caso in cui il controllo su una società <i>in house</i> sia esercitato congiuntamente da più amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori, ai sensi dell’art. 5, commi 4 e 5, del codice, deve essere presentata una sola domanda riferita a tutti i soggetti interessati all’iscrizione. <u>La domanda deve contenere i dati identificativi di tutti i soggetti interessati all’iscrizione e deve essere sottoscritta dalle persone fisiche deputate ad esprimere all’esterno la volontà di ciascuno dei soggetti interessati, ai sensi del paragrafo 4.1.</u></p>	<p>Si ritiene utile specificare che la domanda “congiunta” in questo caso deve essere sottoscritta dai rappresentanti di tutti i soggetti che esercitano il controllo analogo congiunto.</p> <p>Si ritiene opportuno mantenere il termine “società in house”, per coerenza definatoria con la terminologia utilizzata nel resto delle linee guida (a partire dall’art. 1).</p>

<p>4.5 A decorrere dalla data di presentazione della domanda, le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori possono operare affidamenti diretti all'ente strumentale all'ente strumentale <u>alla società in house</u> sotto la propria responsabilità ai sensi dell'art. 192, comma 1, del Codice.</p>	
<p>5.2 In fase di prima applicazione della presente disciplina, l'Autorità si riserva la possibilità di dare avvio ai procedimenti di verifica del possesso dei requisiti per l'iscrizione nell'elenco con modalità e tempi, che saranno resi noti con successive comunicazioni, in modo da consentire lo svolgimento delle attività compatibilmente con le risorse umane e strumentali disponibili. Resta fermo che la domanda di iscrizione consente alle amministrazioni aggiudicatrici e agli enti aggiudicatori di effettuare sotto la propria responsabilità affidamenti diretti dei contratti all'ente strumentale all'ente strumentale <u>alla società in house</u>, così come prescritto dall'art. 5<u>192</u>, comma 1, del codice.</p> <p><u>5.3</u> Il termine per la conclusione del procedimento è di 90 giorni decorrenti dall'avvio dell'istruttoria, <u>di cui si dà comunicazione al richiedente entro 10 giorni dalla ricezione della domanda, salvo quanto previsto dal paragrafo 5.2 per la fase di prima applicazione della disciplina</u>. Tale termine sarà sospeso nel caso di approfondimenti istruttori o richieste di integrazione documentale. La sospensione può essere disposta per un massimo di una volta e per un periodo che complessivamente non può superare i 30 giorni.</p> <p>5.5 Nel caso in cui accerti la carenza dei requisiti di legge, l'Autorità comunica al soggetto richiedente le risultanze istruttorie, invitando lo stesso a far pervenire eventuali controdeduzioni e/o documentazione integrativa nel termine di 30 giorni <u>dalla ricezione della comunicazione dell'Autorità</u>. Il termine per la conclusione del procedimento è sospeso dall'invio della comunicazione delle risultanze istruttorie fino alla scadenza del termine assegnato per la presentazione delle controdeduzioni. L'Autorità, esaminata la documentazione acquisita agli atti, può:</p>	<p>Idem La previsione sembra riferirsi all'art. 192, comma 1, del codice.</p> <p>È opportuno fissare un termine anche per l'avvio dell'istruttoria, in modo da identificare un termine certo per la conclusione del procedimento (ferma restando la fase di prima applicazione della disciplina).</p> <p>Si ritiene opportuno specificare che i 30 giorni saranno da computarsi dal momento della ricezione della comunicazione dell'Autorità da parte del richiedente. Coordinamento con ipotesi in cui l'Autorità richiede un'integrazione documentale.</p> <p>Precisazione di coordinamento con paragrafo 5.5.</p> <p>La terminologia del d.lgs. 50/2016 e del d.lgs. 175/2016 è controllo "congiunto". Sembra opportuno specificare che le valutazioni sugli indici del controllo analogo (es. espressione della maggioranza degli amministratori) devono tenere in conto l'esercizio di tale controllo da parte di più</p>

- a) disporre l'iscrizione nell'elenco, dandone comunicazione al soggetto richiedente a mezzo posta elettronica certificata;
- b) rigettare l'iscrizione nell'elenco.

enti nel caso di controllo congiunto.
Modifica numerazione paragrafi (partecipazione privati e limite fatturato sono requisiti diversi da controllo analogo – trattato nel paragrafo 6.3)

6.3.3 La sussistenza del requisito del controllo analogo è accertata dall'Autorità attraverso una valutazione complessiva di tutte le circostanze del caso, mediante l'esame degli atti costitutivi, degli statuti e dei patti parasociali delle società coinvolte. L'onere della prova è posto a carico dell'amministrazione aggiudicatrice o dell'ente aggiudicatore che, al momento della presentazione della domanda di iscrizione nell'elenco o a richiesta dell'Autorità nei casi previsti, deve indicare gli elementi da cui si desume la sussistenza del controllo analogo e la relativa documentazione probatoria.

6.3.4 L'Autorità potrà richiedere ulteriore documentazione utile, quale – a titolo esemplificativo – delibere assembleari, determinazioni dell'organo amministrativo, contratti di affidamento, documenti di programmazione, ecc., laddove ritenuti utili per la completezza dell'istruttoria. In caso di accertamento della carenza dei requisiti di legge secondo quanto previsto dal paragrafo 5.5, l'Autorità indica in ogni caso gli elementi che determinano tale carenza nella documentazione presentata e assegna il termine previsto per l'eventuale integrazione documentale.

b) in caso di *in house* –«congiunto» «frazionato» o «pluripartecipato», è verificata la sussistenza delle condizioni previste dall'art. 5, comma 5, del Codice. La valutazione degli indici di cui ai paragrafi 6.3.1 e 6.3.2 (e in particolare la nomina di amministratori e l'influenza sulle decisioni della società) viene effettuata in questo caso tenendo conto dell'esercizio congiunto del controllo da parte di più enti soci.

~~6.4~~ ~~6.3.6~~ L'Ufficio competente accerta mediante l'esame dell'atto costitutivo della società partecipata **l'assenza di partecipazione di capitali** privati, ad eccezione di quella prescritta da norme di legge. In tali casi eccezionali, l'Autorità accerta che la partecipazione di soggetti privati prescritta da norme di legge non comporti controllo, poteri di veto, né l'esercizio di un'influenza determinante sulla società *in house*,

<p>compiendo le medesime verifiche descritte per la valutazione della sussistenza del controllo analogo.</p> <p>6.46.5 L'Ufficio competente accerta che lo statuto della società partecipata preveda che oltre l'80% del proprio fatturato sia effettuato nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'ente pubblico o dagli enti pubblici soci e che la produzione ulteriore rispetto al suddetto limite di fatturato sia consentita solo a condizione che la stessa permetta di conseguire economie di scala o altri recuperi di efficienza sul complesso dell'attività principale della società.</p>	
<p>8.3 L'Autorità comunicherà all'amministrazione aggiudicatrice o all'ente aggiudicatore interessato l'avvio del procedimento, invitando lo stesso a far pervenire eventuali controdeduzioni e/o documentazione integrativa nel termine di 30 giorni <u>dalla ricezione della comunicazione dell'Autorità.</u></p> <p>8.4 Il termine per la conclusione del procedimento è <u>di 60 giorni. Tale termine è</u> sospeso dall'invio della comunicazione di avvio fino alla scadenza del termine assegnato per la presentazione delle memorie. La <u>Un'ulteriore</u> sospensione del procedimento sarà può essere disposta, per una sola volta e al massimo per 30 giorni, in caso di approfondimenti istruttori o di richiesta di integrazione documentale.</p> <p>8.7 Dalla data di cancellazione dall'elenco, l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore non potrà effettuare nuovi affidamenti diretti in favore di società in house. I contratti già aggiudicati dovranno essere revocati e affidati con le procedure di evidenza pubblica previste dal codice. La continuità del servizio potrà essere garantita disponendo che, nelle more dello svolgimento delle procedure di gara, l'esecuzione del contratto prosegua da parte della società controllata.</p>	<p>Con l'integrazione proposta si specificano in modo più chiaro i termini del procedimento.</p> <p>Le previsione di cui al paragrafo 8.7 non ha un chiaro fondamento legislativo (in particolare per l'obbligo di revoca degli affidamenti già previsti) e non sembra comunque conforme alla previsione di cui all'articolo 16, comma 5, del d.lgs. 175/2016, che prevede la possibilità di sanare il difetto relativo al limite dell'80% di fatturato. In ogni caso, le linee guida non sembrano la fonte giuridica adatta per regolare un aspetto così rilevante della disciplina come le conseguenze della cancellazione dall'elenco.</p>

B) ASSOCIAZIONI DI CATEGORIA

8. AIPARK – Associazione Italiana tra gli Operatori nel settore della Sosta e dei Parcheggi

AIPARK è l'Associazione Italiana tra gli Operatori nel settore della Sosta e dei Parcheggi, che raggruppa gli operatori pubblici e privati.

Si riportano di seguito le considerazioni di AIPARK, alcune delle quali riguardano, anche se indirettamente, più da vicino il settore della sosta (nota 1).

In relazione al testo in consultazione si propone all'art. 2.1 lettera d) punto 7. Settore di attività di ampliare la dicitura ai diversi Settori di attività in quanto non di rado in Italia sono presenti società partecipate dall'Amministrazione Aggiudicatrice che operano in diversi settori, talvolta con economie di scala non sempre chiare.

Sempre all'art. 2.1 lettera d) si propone di inserire un nuovo punto con i principali indicatori economici e finanziari della società quali a titolo esemplificativo: ROI, ROE, ROS, utile (o perdita) di esercizio, rapporto di indebitamento, rating finanziario, durata media dei crediti, ecc., prevedendo un loro confronto con il benchmark di riferimento del settore di attività. Tale elemento consentirebbe una prima valutazione della reale efficienza ed efficacia dell'attività svolta dalle società in-house al fine di evitare, tra l'altro, che i loro bilanci possano causare situazioni di criticità sui bilanci delle Amministrazioni Aggiudicatrici.

Ne consegue pertanto che i momenti di controllo indicati all'art. 6.3.1 dovrebbero essere resi, per quanto possibile, obbligatori in tutte le fasi: "ex ante", "contestuale" ed "ex post".

Di particolare rilievo assume infine la proposta di ampliare l'obbligo di informativa previsto all'art. 7.1 impegnando l'Amministrazione Aggiudicatrice di informare l'Autorità di tutti gli eventi che possano influire negativamente, in via diretta o indiretta, sulla attività della società in-house e sulla sua reale capacità di mantenere gli impegni previsti dall'affidamento diretto.

Nota 1 - Da un recente studio sulle società partecipate dagli enti locali in Italia il settore "Parcheggi" occupa il 13° posto per volume d'affare complessivo (pari ad oltre 400 milioni di euro, ripartito in 91 società partecipate).

9. Ance

Si fa seguito alla consultazione in oggetto, esprimendo approvazione per il ruolo dell'ANAC, attribuito all'articolo 192 del Codice appalti, volto a garantire un maggior controllo e trasparenza per quanto concerne gli affidamenti di lavori pubblici a società in house.

Il documento di consultazione merita un particolare apprezzamento laddove precisa che, nelle società a controllo pubblico, la presenza, nei titolari di contratti pubblici ricevuti in affidamento diretto, di capitali privati, deve essere "prescritta" da norme di legge e debba ritenersi a carattere eccezionale.

Ciò appare senz'altro in armonia con quanto previsto a livello europeo; la codificazione delle regole che legittimano il fenomeno "l'in house" è infatti avvenuta con l'adozione delle nuove direttive UE in materia di appalti e concessioni (e, rispettivamente, con l'articolo 12 della direttiva 2016/24/UE in

materia di appalti nei settori, ordinari, con l'art. 28 della direttiva 2016/25/UE in materia di appalti nei settori speciali, e con l'art. 13 della direttiva 2016/23/UE in materia di concessioni).

Per quanto concerne il requisito dell'apertura al capitale privato all'interno della società controllata, il considerando 32 della direttiva 2014/24/UE specifica che ciò può verificarsi soltanto in alcuni casi determinati, in cui la partecipazione di determinati operatori economici sia stata prescritta da una specifica disposizione normativa.

Da ciò emerge chiaramente che, nelle intenzioni del legislatore comunitario, le forme di partecipazione privata non devono essere semplicemente autorizzate da un provvedimento normativo generale ed aspecifico, bensì devono essere rese necessarie, caso per caso, da una specifica disposizione di legge ed accompagnate da una congrua motivazione.

Al fine, quindi, di garantire una piena conformità della disposizione nazionale al dettato comunitario, appare opportuna la scelta di utilizzare, al posto del verbo "prevedere", il verbo "prescrivere", più idoneo ad indicare che la partecipazione privata non debba essere solo astrattamente prevista dalla legge, ma specificatamente prescritta in relazione a ciascuna fattispecie che motivi concretamente le ragioni di tale apertura.

Ciò in piena aderenza con quanto previsto dal parere del Consiglio di Stato reso sul D.lgs. n. 175/2016.

10. Fise Assoambiente

Requisito della motivazione per l'affidamento in house quale presupposto legittimante - Osservazioni FISE Assoambiente

FISE Assoambiente è l'Associazione che storicamente rappresenta a livello nazionale ed europeo le imprese italiane che operano nel settore della gestione dei rifiuti, delle bonifiche e dei servizi di igiene ambientale.

In relazione alla consultazione in oggetto, si evidenzia quanto segue.

Nella regolazione dei servizi pubblici a rilevanza economica, quali quelli attinenti alla gestione dei rifiuti urbani - come già rilevato in precedenti consultazioni - si è consolidata negli ultimi anni una equiparazione, nelle modalità di affidamento dei servizi, tra gestioni domestiche - tramite società c.d. in house - e le altre modalità organizzative disponibili (esternalizzazione e gara a doppio oggetto).

Ebbene, senza soffermarsi sulle opportunità in merito alle diverse scelte in materia di affidamenti dei servizi - non oggetto della consultazione - diverse Autorità ed istituzioni interessate a diverso titolo al fenomeno in house (ANAC, AGCM, Corte dei Conti) hanno evidenziato la sua particolare diffusione nel settore della gestione dei rifiuti urbani.

Tale fenomeno, sebbene talvolta risulti perfettamente allineato alla normativa e motivato nel rispetto di esigenze economico, sociali, di efficienza ed economicità, è spesso utilizzato in maniera distorta.

L'affermazione spesso ricorrente secondo la quale "l'in house providing è una forma ordinaria di svolgimento di lavori servizi e forniture" è sicuramente da considerarsi vera nella misura in cui postula che l'ordinamento italiano, così come quello comunitario, è imperniato sulla equiordinazione delle forme di gestione dei servizi pubblici, nel senso che tutte le scelte sono in astratto possibili.

Tuttavia, per giustezza della scelta, oltre alla necessità degli indici “rilevatori” di un rapporto in house tra società ed amministrazione (quelli previsti dall’art. 5 del codice dei contratti) spesso viene trascurata la circostanza che - così come previsto da diverse disposizioni di legge (art. 34 D.L. 179/2012 e s.m.i., art. 3 bis D.L. 138/2011, art. 192 D.Lgs. 50/2016) - laddove si scelga di procedere mediante affidamenti in house sia necessario un onere motivazionale rafforzato.

Sulla base di tali premesse di contesto, diverse aziende private del comparto hanno evidenziato nel tempo alcune criticità in merito agli strumenti in base ai quali società pubbliche ottengono gli affidamenti in house di servizi di gestione dei rifiuti urbani.

In merito all’opzione tra modello in house e ricorso al mercato è stato segnalato che, in danno alla concorrenza, le motivazioni addotte da alcuni enti locali in merito alla scelta di affidare i servizi a società in house (relazione ex art. 34, comma 20, del D.L. 179/2012 e s.m.i.) sono spesso generiche in ordine ai punti rilevanti, senza che i difetti siano compensato da specifiche valutazioni effettuate dalle amministrazioni.

In particolare, nelle suddette relazioni non vengono introdotti elementi concreti che diano conto, circa la scelta di erogare servizi ambientali in house, delle valutazioni effettuate intorno agli obiettivi che l’amministrazione intende perseguire, alla qualità del servizio ambientale offerto con attenzione all’economicità della gestione e ai livelli tariffari gravanti sugli utenti.

In altre parole, è vero che la scelta dello schema organizzativo di erogazione di servizi pubblici rientra all’interno della sfera di autonomia organizzativa concessa alla Pubblica Amministrazione; pur tuttavia ciò non deve portare a pensare che nell’ambito della propria discrezionalità la Pubblica Amministrazione possa agire slegata da ogni tipo di vincolo tecnico-economico.

La motivazione infatti è uno strumento attraverso il quale provare che la scelta di uno specifico modello di gestione non risponda ad esigenze meramente politiche ma sia ancorata a presupposti tecnici ed economici che giustifichino il modello scelto sulla scorta di valutazioni legate, tra le altre, all’efficienza e all’economicità.

Si aggiunga che, sebbene la motivazione tecnico-economica sia richiesta per ogni scelta di organizzazione (forma di gestione) dei servizi pubblici, tuttavia per l’in house, espressione dell’auto-organizzazione dell’Ente, la motivazione deve essere particolarmente completa in virtù della distorsione del principio di concorrenza che si verifica a causa della mancanza di una procedura pubblica selettiva ex ante.

Pur riconoscendo la natura di forma ordinaria del modello in house per quel che attiene la fornitura di servizi, è doveroso quindi che nelle linee guida sul procedimento per l’iscrizione nell’elenco di cui all’art. 192 del codice dei contratti venga data la giusta importanza: a) alla motivazione circa la scelta di costituire/acquistare partecipazioni in società in house (art. 5 D.lgs. 175/2016); b) alla motivazione di ogni affidamento in house, quale presupposti di idoneità dello stesso; ciò per evitare un effetto finale di restringimento della concorrenza, con difficoltà di slancio economico per gli operatori di settore e possibili condizioni tariffarie meno favorevoli per le utenze.

Solo per rimanere nel contesto del codice dei contratti (ma vi sono anche altre disposizioni sul punto), lo stesso prevede che “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” (comma 2 dell’art. 192).

Entrando nel merito delle linee guida, quindi, proprio perché si discute di “requisiti” e “presupposti” da valutarsi “preventivamente” alla scelta di operare mediante società in house, appare necessario, a meno di non volere privare la disciplina della sua portata innovativa, richiamare in modo diffuso - tra i requisiti per l’iscrizione all’elenco oggetto di istruttoria ANAC – sia il rispetto degli oneri motivazionali previsti dall’art. 192 comma 2 del codice dei contratti, sia quanto previsto dall’art. 5 del D.lgs. 157/2016 (testo unico in materia di società a partecipazione pubblica).

Per quanto riguarda la prima disposizione, questa cristallizza un canone di congruità sulla giustificazione dell’affidamento in house dove traspare la volontà del legislatore di introdurre un onere motivazionale rafforzato, che consente un penetrante controllo della scelta effettuata dall’amministrazione, anzitutto sul piano dell’efficienza amministrativa e del razionale impiego delle risorse pubbliche. Ai fini dell’iscrizione nell’elenco si reputa necessario integrare la documentazione necessaria, ai fini della istruttoria dell’ANAC, con tutti gli elementi/provvedimenti necessari quali presupposti di ogni singolo affidamento diretto alla società in house, ovvero, ai sensi dell’art. 192 comma 2:

- valutazione sulla congruità economica dell'offerta dei soggetti in house;
- ragioni del mancato ricorso al mercato;
- 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.

Con riferimento alla seconda norma richiamata (art. 5 D.lgs. 175/2016), si ritiene che la verifica dei requisiti per la iscrizione nell’elenco dovrebbe essere estesa anche all’atto deliberativo di costituzione/acquisto di partecipazioni di una società in house previsto nel nuovo testo unico delle società partecipate, il quale, in tutti i suoi elementi, prevede una motivazione sulle ragioni e le finalità che giustificano la scelta di ricorrere al modello in house.

Concludendo, si ritiene coerente con il quadro normativo attuale che l’ANAC, ai fini dell’iscrizione nell’elenco, possa valutare non solo il rispetto dei profili giuridici e societari del rapporto tra società in house e amministrazioni, ma anche la sostanza rappresentata dalla capacità della società di offrire i propri servizi a condizioni migliori, in termini economici e qualitativi, rispetto a quelli offerti dal mercato, a tutela della concorrenza e delle utenze, derogando il meno possibile a procedure competitive.

La nuova disciplina riferita a tutti gli affidamenti di servizi “disponibili sul mercato in regime di concorrenza”, può rappresentare un serio atto di enforcement a favore di dinamiche competitive.

11. Utilitalia

In via preliminare, occorre rammentare che l’introduzione di un elenco delle stazioni appaltanti che operano mediante affidamenti in house, pur se prevista nella legge delega, non trova riscontro nelle

direttive europee, le quali pure disciplinano l'istituto dell'in house, la cui origine è come noto sovranazionale.

Conseguentemente, la regolamentazione di tale strumento e del procedimento per l'iscrizione nell'elenco dovrebbe essere improntata ai principi di minor aggravio e massima semplificazione, al fine di evitare che lo stesso possa costituire un ostacolo allo svolgimento di affidamenti che, sul piano europeo, godono di eguale dignità rispetto agli altri.

Di seguito si formulano alcune osservazioni puntualmente riferite ai singoli paragrafi delle linee guida in consultazione.

Nel paragrafo 1.1. viene esplicitato che il documento sottoposto a consultazione è finalizzato a disciplinare le modalità per l'iscrizione nell'elenco istituito ex articolo 192, D.Lgs. 50/2016, presso codesta Autorità delle "amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società in house". Il paragrafo 2.1, nel definire le informazioni che devono essere riportate nel predetto elenco, richiama espressamente, al punto 8, la detenzione di quote di partecipazione nella società in house da parte della amministrazione aggiudicatrice/ente aggiudicatore che intende procedere all'affidamento diretto.

Tale impostazione non sembra tenere nella dovuta considerazione la peculiare disciplina che informa l'organizzazione dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica.

Tanto la normativa generale (articolo 3-bis, D.L. 138/2011) quanto quella di settore (per l'idrico ed i rifiuti il D.Lgs. 152/2006, c.d. Codice ambiente) prevedono per i suddetti servizi un'organizzazione obbligatoriamente articolata sulla base di ambiti territoriali ottimali (ATO), "guidati" da enti di governo (EGATO) – individuati dalle regioni – a cui gli enti locali sono tenuti ad aderire ed ai quali trasferiscono l'esercizio delle relative competenze. In tale contesto, spettano unicamente agli EGATO, tra le altre, le funzioni inerenti la scelta della forma di gestione e l'affidamento della stessa (cfr. art. 3-bis cit., comma 1-bis).

Da quanto rappresentato emerge che in tali settori non vi è coincidenza tra il soggetto che procede all'affidamento e quello titolare della partecipazione societaria. Infatti, mentre l'ente affidante è per legge individuato nell'EGATO, che non vanta alcuna partecipazione al capitale sociale, le quote della società destinataria dell'affidamento in house sono detenute dagli enti locali ivi rappresentati.

Conseguentemente, per gli affidamenti successivi all'applicazione delle Linee Guida, la domanda di iscrizione all'elenco dovrebbe essere presentata dall'EGATO, laddove individuato e istituito dalle regioni. Tale fattispecie non sembra, infatti, poter essere sussumibile in nessuna di quelle indicate sub 6.3.5 del documento posto in consultazione.

Alla luce delle considerazioni illustrate, sarebbe opportuno coordinare il testo delle linee guida con il peculiare quadro sopra esposto, specificando che, ai soli fini dell'iscrizione nell'elenco in oggetto, nella nozione di amministrazione aggiudicatrice/ente aggiudicatore rientrano anche gli enti di governo degli ambiti territoriali ottimali.

Nel paragrafo 2.1, al punto 11, l'Autorità inserisce tra i dati da riportare nell'elenco in commento la "Clausola statutaria che impone che più dell'80% del fatturato sia svolto in favore del soggetto controllante e che la produzione ulteriore rispetto a detto limite sia consentita solo se assicura economie

di scala o altri recuperi di efficienza sul complesso dell'attività principale della società". Sul punto si sottolinea che tanto l'articolo 5 del D.Lgs. 50/2016, quanto l'articolo 16 del D. Lgs. 175/2016, ricollegano la c.d. attività prevalente allo svolgimento di compiti affidati dall'ente o enti soci controllanti alla società in house. La precisazione appare dirimente nella misura in cui una lettura formale dell'inciso in esame (svolgimento di attività "in favore" degli enti soci) potrebbe condurre ad ipotizzare detta condizione come realizzabile esclusivamente da parte delle società c.d. strumentali, ovvero quelle di cui all'articolo 4, comma 2, lettera d), del citato D.Lgs. 175/2016. Sarebbe, pertanto, opportuno modificare la terminologia utilizzata sub punto 11, riprendendo anche qui, in linea con le norme richiamate, quanto già correttamente indicato sub 6.3.7.

Ai paragrafi 5.6 e 8.7 sarebbe opportuno chiarire che anche in caso di rigetto della domanda di iscrizione, o di cancellazione successiva dall'elenco, è sempre possibile per l'amministrazione aggiudicatrice/ente aggiudicatore presentare nuova domanda di iscrizione per affidamenti diretti nei confronti della medesima società, ad esempio in presenza di nuovi elementi da sottoporre al vaglio dell'Ufficio competente.

Il paragrafo 6.1 prevede una verifica da parte dell'Ufficio competente di codesta Autorità circa la sussistenza dei requisiti richiesti per l'affidamento in house "dall'art. 5 del Codice e dagli artt. 4 e 16 del D.lgs. 175/2016 (Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica) ai fini dell'iscrizione nell'elenco dell'amministrazione aggiudicatrice o dell'ente aggiudicatore richiedente". Per le ragioni esposte nei paragrafi che precedono relative agli EGATO, che si intendono integralmente richiamate, l'accertamento in merito alla realizzazione delle condizioni collegate all'esercizio del controllo analogo ed alla prevalenza dell'attività, legittimanti l'affidamento in questione, dovrà essere effettuato con riferimento agli enti titolari del capitale sociale e non già al soggetto che richiede l'iscrizione. Inoltre, in relazione alla sussistenza del secondo presupposto, si ritiene che la percentuale di fatturato (oltre l'80 per cento) realizzata a favore dell'ente o degli enti controllanti debba poter essere esaminata anche attraverso verifiche diverse (ad esempio sul bilancio) rispetto alle sole prescrizioni statutarie, in considerazione di due ordine di motivi.

Da un lato, alcuni soggetti non sono tenuti ad effettuare dette modifiche (ad es. le società di cui all'articolo 26, commi 4 e 5 del D.Lgs. 175/2016).

Dall'altro, la tempistica prevista per la modifica dello statuto potrebbe risultare oltremodo esigua in presenza di società detenute da più comuni, per le quali la stessa modifica deve essere previamente condivisa e approvata singolarmente da ogni consiglio comunale.

Per le medesime osservazioni di cui al paragrafo 6.1, nel paragrafo 6.3.1 dovrebbe essere specificato che, in presenza di una pluralità di soci, le forme di controllo "ex ante", "contestuale" ed "ex post" possono essere esercitate dagli enti locali che partecipano alla società, in forma congiunta attraverso idonei strumenti stabiliti dallo statuto sociale.

Inoltre è necessario considerare che nel comparto dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica le funzioni attinenti alla vigilanza sulla gestione spettano agli EGATO. La regolazione di settore ascrive, infatti, alla loro sfera di competenza l'esercizio di molte delle attività di controllo elencate sub paragrafo 6.3.1 lettere a) e b). In questi casi, pertanto, appare opportuno operare una distinzione tra i vari livelli di controllo distinguendo quello spettante all'EGATO in qualità di soggetto affidante il servizio, dal "controllo analogo", di competenza dell'ente controllante.

Ad esempio, spetta all'EGATO il controllo in merito al rispetto delle obbligazioni nascenti dal contratto di servizio, anche nell'interesse dell'utente, con particolare riferimento agli standard di qualità e quantità del servizio erogato. Sarebbe quindi opportuno precisare che i controlli indicati nelle schema di linee guida riguardanti la "qualità dei servizi" e gli "indicatori qualitativi e quantitativi del servizio" competono agli EGATO e sono distinti dal controllo analogo esercitato dagli enti locali soci nelle forme definite dallo statuto. Riguardo agli atti da sottoporre al vaglio dell'amministrazione aggiudicatrice/ente aggiudicatore, sarebbe opportuno specificare che anche la preventiva approvazione degli atti fondamentali della gestione, quali "(...) gli acquisti e le alienazioni patrimoniali" riguarda esclusivamente quelli superiori ad un determinato importo (6.3.1, lett. a), in accordo con quanto previsto per gli acquisti e gli impegni di spesa. Ciò al fine di evitare di ingessare completamente la gestione societaria da parte degli amministratori per le operazioni di importi più esigui.

Nel paragrafo 6.3.2, alla lettera c) il documento indica, seppur "a titolo esemplificativo", tra gli elementi idonei a configurare il controllo analogo, il "potere di veto sulla definizione dell'organigramma della società partecipata e sulle sue modifiche". Detta condizione potrebbe legittimare una continua ed ingiustificata ingerenza in atti relativi all'organizzazione di soggetti che sebbene partecipati da enti locali sono connotati da una natura squisitamente privatistica - come peraltro da ultimo statuito dall'ordinanza n. 24591/2016 delle sezioni unite della Corte di Cassazione - rischiando in tal modo di paralizzarne l'attività.

Sarebbe pertanto opportuno prevedere una forma di controllo più attenuata. In tal senso si potrebbe ipotizzare l'acquisizione di un parere vincolante in merito all'adeguatezza dell'assetto organizzativo adottato dalla società in funzione del perseguimento dell'oggetto sociale.

Nel rimanere a disposizione per qualsiasi necessario approfondimento o contributo, cogliamo l'occasione per porgere i più cordiali saluti.

C) DIPENDENTI PUBBLICI

12. Righetti Roberto - Consorzio Obbligatorio Unico di Bacino del Verbano Cusio Ossola

L'ente di appartenenza dello scrivente ha dato corso ad affidamento diretto verso società totalmente pubblica previa approvazione e pubblicazione di relazione di conformità del modello di gestione del servizio pubblico locale (igiene urbana) ai sensi del D. L.18/10/2012, n°179 (Pubblicato in G.U. n.245 del 19 Ottobre 2012, S.O. n.194 - in vigore dal 20 Ottobre 2012) convertito in Legge 17 dicembre 2012 n°221.

Detto ciò, con riferimento al documento posto in consultazione, si ritiene formulare le seguenti osservazioni:

1. circa la clausola relativa al fatturato (più dell'80% sia svolto in favore del soggetto controllante) si ritiene opportuno risulti anche definito se la restante quota consegua da prestazioni verso soggetti aventi sede legale nell'ambito territoriale del soggetto controllante o invece possa derivare anche da attività rese esternamente al territorio ove, appunto, si realizza il richiamato 80%;
2. con riferimento agli adempimenti relativi all'adeguamento statutario conseguenti al D.lgs. 175/2016, la società pubblica beneficiaria dell'affidamento diretto ritiene che il sistema di controllo analogo

(congiunto) attuale non possa risultare confermato nella attuale configurazione (organo esterno di controllo e coordinamento costituito da dodici sindaci, o loro delegati, oltre al presidente dell'ente affidante con funzioni di controllo ex ante ed ex post) posto il divieto, di cui alla lettera d) comma 9 articolo 11 del richiamato decreto, di costituire organi diversi da quelli previsti dalle norme generali in tema di società. Ritenuto, dallo scrivente, che la funzione di controllo debba risultare assolta da organi esterni alla società pubblica appartenenti e coordinati dall'ente affidante, si richiede valutare se opportuno specifico richiamo nelle Linee Guida affinché il controllo analogo non risulti "interno alla società".

D) Liberi professionisti

13. Studio Legale AOR Avvocati Roma

Avuto riguardo al punto 6 del Documento e nello specifico al punto 6.3 che fa riferimento al controllo analogo si formulano le seguenti osservazioni.

1) Nella lettura della fase del “controllo ex ante” (punto 6.3.1 lett. a) avente per lo più ad oggetto la programmazione economico/finanziaria etc..... non si rinviene da nessuna parte il controllo preventivo sulla idoneità tecnica della società a svolgere i servizi affidati. Si ritiene opportuna un’integrazione del documento sotto tale profilo.

2) Non si rinviene alcun riferimento alla necessità da parte dell'Amministrazione di dimostrare l'esistenza di una struttura specifica creata al suo interno (ufficio partecipate) che esegua l'esercizio di tale controllo sulla società in house non quotate nelle due fasi "contestuale" (punto 6.3.1 lett. a) ed “ex post” punto 6.3.1 lett. b). Il tutto anche in considerazione dell'art 147 quater del TUEL. Struttura che oltre a ritenersi quanto mai necessaria per una concreta verifica del rispetto del requisito del controllo analogo si ritiene debba essere composta dai responsabili dei singoli servizi affidati alla società, oltre al responsabile del servizio finanziario, con la possibilità di inserire una professionalità esterna, da scegliersi tramite procedura ad evidenza pubblica, che supporti i Responsabili dal punto di vista tecnico con le analisi economiche e finanziarie, rimanendo quelle dei singoli servizi di esclusiva competenza dei dirigenti degli stessi.

Anche in questo caso si ritiene opportuna un’integrazione del documento sotto tale profilo.

3) Con riferimento al punto 6.3.5 lett. a) quando viene definito "in house a cascata" si ritiene opportuno che venga specificato che anche il soggetto B debba essere in house. Si propone la seguente modifica in merito (“ l'Amministrazione A controlla un soggetto in house B che a sua volta controlla la società in house C- ...”).

E) ALTRI

14. Cineca

In ordine al documento messo in consultazione si formulano le seguenti osservazioni.

CINECA è un Consorzio Interuniversitario senza scopo di lucro formato da 70 università italiane, 6 Enti di Ricerca Nazionali e il MIUR.

Costituito nel 1969 (come Consorzio Interuniversitario per il Calcolo Automatico dell'Italia Nord Orientale), oggi il CINECA è il maggiore centro di calcolo in Italia, uno dei più importanti a livello mondiale. Operando sotto il controllo del Ministero dell'Istruzione dell'Università e della Ricerca, offre supporto alle attività della comunità scientifica tramite il supercalcolo e le sue applicazioni, realizza sistemi gestionali per le amministrazioni universitarie e il MIUR, progetta e sviluppa sistemi informativi per pubblica amministrazione, sanità e imprese.

Sempre più punto di riferimento in Italia per l'innovazione tecnologica, con sedi a Bologna, Milano e Roma e oltre 700 dipendenti, il CINECA opera al servizio di tutto il sistema accademico, dell'istruzione e della ricerca nazionale.

Fin dalla sua fondazione il CINECA ha attuato, con una evoluzione nel corso del tempo, il modello operativo oggi caratteristico dei soggetti in-house.

Il documento di consultazione in materia di in-house proposto dall'ANAC costituisce una sintesi completa della normativa comunitaria e nazionale applicabile. Il peculiare scopo del documento, destinato ad assumere una funzione essenzialmente pratica nell'ambito di linee guida destinate agli operatori, potrebbe suggerire tuttavia l'opportunità di alcuni approfondimenti e chiarimenti che di seguito si riportano. In grassetto la parte del documento di consultazione alla quale si riferiscono le osservazioni.

2. CONTENUTO DELL'ELENCO

11. Clausola statutaria che impone che più dell'80% del fatturato sia svolto in favore del soggetto controllante e che la produzione ulteriore rispetto a detto limite sia consentita solo se assicura economie di scala o altri recuperi di efficienza sul complesso dell'attività principale della società.

6. LA VERIFICA DEI REQUISITI DI CUI ALL'ART. 5 DEL CODICE E AGLI ARTT. 4 E 16 DEL D.LGS. 175/2016

6.3.7 L'Ufficio competente accerta che lo statuto della società partecipata preveda che oltre l'80% del proprio fatturato sia effettuato nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'ente pubblico o dagli enti pubblici soci e che la produzione ulteriore rispetto al suddetto limite di fatturato sia consentita solo a condizione che la stessa permetta di conseguire economie di scala o altri recuperi di efficienza sul complesso dell'attività principale della società.

Il testo richiama il punto 32 della direttiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014, nel quale si esprime la seguente condizione:

“che la persona giuridica controllata svolga più dell’80 % delle proprie attività nell’esecuzione di compiti a essa affidati dall’amministrazione aggiudicatrice che esercita il controllo o da altre persone giuridiche controllate da tale amministrazione aggiudicatrice, a prescindere dal beneficiario dell’esecuzione dell’appalto”.

Tale principio è ripreso integralmente nell’art. 12, comma 1, lettera b) della Direttiva, che infatti recita:

“oltre l’80 % delle attività della persona giuridica controllata sono effettuate nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall’amministrazione aggiudicatrice controllante o da altre persone giuridiche controllate dall’amministrazione aggiudicatrice di cui trattasi”.

In ambito nazionale il principio è stato recepito con anticipo rispetto al termine indicato nella Direttiva, comparso nel testo dell’art. 9 del D.L. n. 78 del 19 giugno 2015, convertito con L. n. 125 del 06 agosto 2015, il quale ai commi 11 bis e seguenti recita:

“11-bis. Fanno parte del Consorzio interuniversitario CINECA, che opera senza scopo di lucro ed è sottoposto alla vigilanza del Ministero dell’istruzione, dell’università e della ricerca, persone giuridiche pubbliche o private che svolgono attività nel settore dell’istruzione, dell’università e della ricerca, secondo quanto previsto dallo statuto del Consorzio medesimo.

11-ter. Il Ministero dell’istruzione, dell’università e della ricerca e le altre amministrazioni consorziate esercitano, congiuntamente, sul Consorzio interuniversitario CINECA un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, previo adeguamento, ove necessario, dello statuto del Consorzio medesimo.

11-quater. I servizi informativi strumentali al funzionamento dei soggetti facenti parte del sistema dell’istruzione, dell’università e della ricerca possono essere svolti da detti soggetti direttamente o per il tramite di enti, anche con personalità giuridica di diritto privato, costituiti su iniziativa delle amministrazioni pubbliche di cui all’articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, e da queste partecipati, purché siano soddisfatte le seguenti condizioni:

- a) oltre l’80 per cento delle attività dell’ente è effettuato nello svolgimento dei compiti ad esso affidati dall’amministrazione controllante o da altre persone giuridiche controllate dalla stessa;
- b) nella persona giuridica controllata non vi è alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto e che non esercitano un’influenza determinante sulla persona giuridica controllata;
- c) le amministrazioni partecipanti esercitano su tali enti, anche in maniera congiunta, un controllo analogo a quello da esse esercitato sui propri servizi”.

La regola 80/20 sopra richiamata è stata integrata in senso espansivo dall’art. 16 del D.Lgs. n. 175 del 19 agosto 2015, Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica, il quale in proposito recita al comma 3:

“Gli statuti delle società di cui al presente articolo devono prevedere che oltre l’ottanta per cento del loro fatturato sia effettuato nello svolgimento dei compiti a esse affidati dall’ente pubblico o dagli enti pubblici soci e che la produzione ulteriore rispetto al suddetto limite di fatturato sia consentita solo a

condizione che la stessa permetta di conseguire economie di scala o altri recuperi di efficienza sul complesso dell'attività principale della società”.

Il Dossier sul Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica – Atto del Governo n. 297 – XVII Legislatura collega tale previsione, aggiuntiva rispetto al quadro comunitario, al parere del Consiglio di Stato n. 298/15 (Quesito in materia di affidamento in via diretta al CINECA, da parte del MIUR, di servizi nel campo dell'informatica, concernenti il sistema universitario, della ricerca e scolastico). Il punto non è specificamente motivato, limitandosi il testo del Dossier ad osservare che:

“Il comma in esame prevede che il recepimento della condizione dell'80% di fatturato sia anche oggetto di specifica disposizione degli statuti delle società in house, aggiungendo una condizione ulteriore: che la produzione eccedente rispetto al suddetto limite di fatturato sia consentita solo a condizione che la stessa permetta di conseguire economie di scala o altri guadagni di efficienza produttiva nell'esercizio dell'attività principale della società”.

Appare significativo che lo stesso Dossier (p. 81) riporti in proposito, in corsivo, quanto segue:

“Sul punto, si segnala la richiesta richiamata nei pareri resi sia dalla Conferenza unificata, sia dal Consiglio di Stato, di sopprimere la disposizione che condiziona lo svolgimento dell'attività ulteriore rispetto al richiamato limite di fatturato al conseguimento di economie di scala o altri recuperi di efficienza”.

Nel quadro richiamato sembra auspicabile che l'ANAC voglia introdurre nelle proprie Linee Guida la precisazione dei criteri accertabili per la determinazione del rapporto 80/20, in particolare con riguardo ai seguenti aspetti:

- a) Se, in attesa di eventuali modifiche normative, l'attuale obbligo di motivazione della “produzione eccedente” possa essere soddisfatto anche in via generale tramite la presenza di apposite clausole statutarie o di accordi parasociali;
- b) Quale interpretazione debba essere data alla nozione “economie di scala o altri recuperi di efficienza” nel contesto di enti, quali il CINECA, che per dichiarata finalità istituzionale non hanno scopo di lucro; conseguentemente quali evidenze documentali debbano essere predisposte allo scopo di poter dare prova del rispetto di tale requisito;
- c) Il testo normativo sembra prestarsi a due possibili interpretazioni:
 - a. Considerato uguale a 100 il valore totale della produzione, almeno l'80% deve essere generato da affidamenti in-house, mentre il residuo valore generato sul mercato si deve intendere lecito solo qualora sia soddisfatto l'ulteriore requisito del conseguimento di economie di scala o altri recuperi di efficienza. Tale interpretazione comporta la possibilità di valutare l'incidenza proporzionale (almeno 80%) dell'attività in-house solo ex post, sulla base dell'effettivo conseguimento di obiettivi gestionali, con la possibilità che valutazioni discrezionali di elementi generici e astratti (quali appunto “economie di scala o altri recuperi di efficienza”) compromettano il possesso dei requisiti per l'operatività in-house;
 - b. Considerato uguale a 100 il valore totale della produzione, si considerano geneticamente correlate alla natura in-house, oltre agli affidamenti diretti dai soggetti che detengono il controllo analogo, anche le operazioni la cui finalità (nell'interesse indiretto dei controllanti e nell'ambito di una programmazione formulata in sede di effettivo esercizio del controllo analogo) tendono a economie di

scala o recuperi di efficienza. In tale secondo scenario la parte non inferiore all'80% del valore della produzione comprende gli affidamenti diretti dai soggetti in controllo analogo più "la produzione ulteriore rispetto al suddetto limite di fatturato" per finalità di incremento di economia o efficienza, mentre resta salva la possibilità di operazioni sul libero mercato (in un soggetto non lucrativo quale il CINECA esclusivamente allo scopo di generare risorse per investimenti in strutture, beni strumentali e tecnologie), purché per una quota inferiore al 20% del valore totale della produzione.

Con riguardo a CINECA, tenuto conto della progressiva contrazione delle risorse pubbliche a sostegno delle infrastrutture informatiche per il sistema dell'istruzione e della ricerca, l'interpretazione di cui al punto b. consentirebbe un ampliamento delle possibilità operative e pertanto una migliore possibilità di adempiere alle proprie finalità pubbliche di sistema.

Quanto richiamato con riguardo al punto 2.11 del Documento di consultazione dovrebbe essere correlato con l'interpretazione attuativa da dare alle previsioni in materia di "partecipazioni private".

2. CONTENUTO DELL'ELENCO

9. Presenza di partecipazioni private prescritte da norme di legge.

6. LA VERIFICA DEI REQUISITI DI CUI ALL'ART. 5 DEL CODICE E AGLI ARTT. 4 E 16 DEL D.LGS. 175/2016

6.3.6 L'Ufficio competente accerta mediante l'esame dell'atto costitutivo della società partecipata l'assenza di partecipazione di capitali privati, ad eccezione di quella prescritta da norme di legge. In tali casi eccezionali, l'Autorità accerta che la partecipazione di soggetti privati prescritta da norme di legge non comporti controllo, poteri di veto, né l'esercizio di un'influenza determinante sulla società in-house, compiendo le medesime verifiche descritte per la valutazione della sussistenza del controllo analogo.

Sembra opportuno richiamare anzitutto il punto 14 dei considerata della Direttiva 24/2014:

"È opportuno precisare che la nozione di «operatori economici» dovrebbe essere interpretata in senso ampio, in modo da comprendere qualunque persona e/o ente che offre sul mercato la realizzazione di lavori, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi, a prescindere dalla forma giuridica nel quadro della quale ha scelto di operare. Pertanto imprese, succursali, filiali, partenariati, società cooperative, società a responsabilità limitata, università pubbliche o private e altre forme di enti diverse dalle persone fisiche dovrebbero rientrare nella nozione di operatore economico, indipendentemente dal fatto che siano «persone giuridiche» o meno in ogni circostanza".

Il testo deve essere coordinato con il punto 32 dei considerata, in particolare con la seguente sezione del testo:

"L'esenzione non dovrebbe estendersi alle situazioni in cui vi sia partecipazione diretta di un operatore economico privato al capitale della persona giuridica controllata poiché, in tali circostanze, l'aggiudicazione di un appalto pubblico senza una procedura competitiva offrirebbe all'operatore economico privato che detiene una partecipazione nel capitale della persona giuridica controllata un indebito vantaggio rispetto ai suoi concorrenti".

Premesso che nel quadro della Direttiva tutte le università, sia pubbliche sia private, sono indistintamente qualificate “operatore economico”, e che in ambito comunitario sono presenti qualificazioni non perfettamente omogenee con il diritto interno sugli elementi che distinguono un soggetto pubblico da uno privato, appare essenziale un approfondimento dello scopo al quale tende il testo appena richiamato.

I limiti alla partecipazione in un soggetto in-house di operatori economici “privati” trovano infatti la loro ratio esclusivamente nella necessità di prevenire un indebito vantaggio del “privato” rispetto a propri “concorrenti”, che potrebbe ad esempio dipendere da:

- partecipazione agli utili che derivano dagli affidamenti in-house;
- incremento del valore di mercato della propria quota di capitale del soggetto in-house;
- possibilità di fruire di servizi da parte del proprio soggetto in-house a condizioni più favorevoli rispetto a quelle che possono essere ottenute dai concorrenti.

La conseguenza è che qualora tali circostanze siano alla radice escluse dal concreto assetto del soggetto e delle operazioni caratteristiche, la presenza di soggetti “privati” non dovrebbe risultare in contrasto con la natura in-house, almeno nei casi seguenti:

- il soggetto in-house non ha scopo di lucro e pertanto lo statuto esclude o non prevede ogni divisione di utili;
- non è presente un capitale sociale o le quote dello stesso non sono negoziabili sul mercato, escludendo così potenziali incrementi di valore a vantaggio di un eventuale socio alienante;
- i soggetti partecipanti prestano servizi pubblici e svolgono funzioni amministrative (organizzazione e svolgimento di attività didattiche e di ricerca, rilascio di titoli di studio) uguali indipendentemente dalla natura giuridica pubblica o privata, come avviene nel caso delle università che – pur avendo forme giuridiche differenziate – rispondono tutte alle medesime esigenze funzionali nel quadro di controlli pubblici e di pubbliche sovvenzioni, con percorso pubblico per la selezione del personale docente;
- i soggetti “privati” partecipanti non hanno finalità lucrative e/o i capitali privati presenti al loro interno hanno vincolo di destinazione a fini di pubblica utilità, come avviene nel caso di fondazioni, enti morali e più in generale soggetti giuridici la cui esistenza è riconosciuta e approvata con riferimento a specifiche finalità pubbliche.