



Autorità Nazionale Anticorruzione

Linee guida

Istituzione dell'elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società *in house*, previsto dall'art. 192 del d.lgs. 50/2016.

Relazione AIR

PREMESSA

Il presente documento, redatto in base all'art. 8 del Regolamento del 27 novembre 2013 recante «Disciplina dell'analisi di impatto della regolamentazione (AIR) e della verifica dell'impatto della regolamentazione (VIR)» descrive il contesto normativo, le motivazioni, gli obiettivi e le fasi del procedimento che hanno condotto all'adozione delle Linee guida inerenti l'«Istituzione dell'elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società *in house*, previsto dall'art. 192 del d.lgs. 50/2016», dando evidenza delle ragioni che hanno guidato l'Autorità nell'adozione di alcune scelte di fondo, soprattutto con riferimento alle più significative osservazioni formulate in sede di consultazione.

I. CONTESTO E OBIETTIVI DELL'INTERVENTO DELL'AUTORITÀ

Le disposizioni del d.lgs. 19 agosto 2016 n. 175 – Testo unico sulle società partecipate, si pongono come finalità la razionalizzazione del sistema delle partecipazioni pubbliche, nell'ottica della riduzione della spesa pubblica e della promozione di adeguati livelli di pubblicità e trasparenza. Con le medesime finalità, l'art. 5 del d.lgs. 50/2016 (di seguito «codice») prevede l'istituzione dell'elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti a proprie società *in house*, affermando, seppur indirettamente, che l'iscrizione nell'Elenco è condizione necessaria per poter operare affidamenti diretti ai soggetti controllati. Con riferimento alla diffusione del fenomeno, è necessario precisare che non risultano disponibili, allo stato, dati aggiornati sul numero di società *in-house*. Dal «Rapporto sulle partecipazioni pubbliche (Dati Anno 2014)», pubblicato dal Dipartimento del Tesoro nel mese di novembre 2016, emerge che in base ai dati dichiarati dalle Amministrazioni oggetto della rilevazione¹, sono 48.896 le partecipazioni (di cui 35.034 dirette e 15.944 indirette) detenute in 8.893 organismi partecipati. A valle di un esercizio di ricostruzione delle quote di partecipazione indiretta, a partire dalle informazioni comunicate dalle Amministrazioni, il Dipartimento ha individuato ulteriori 44.384 partecipazioni non dichiarate, portando il totale delle partecipazioni a quota 93.280. Limitando l'analisi alle partecipate dalle Amministrazioni Locali, per le quali

¹ Le Amministrazioni oggetto della rilevazione dei dati eseguita dal Dipartimento del Tesoro sono quelle comprese nel cosiddetto Settore S13 (definito annualmente dall'ISTAT ai sensi dell'art. 1, comma 3, della Legge 196/2009 per la redazione del conto economico consolidato delle Amministrazioni Pubbliche rilevante ai fini della procedura per i disavanzi eccessivi) con l'esclusione degli Enti privati di gestione di forme di previdenza e assistenza obbligatorie, nonché individuate dall'articolo 1, comma 2, del Decreto Legislativo del 30 marzo 2001 n. 165 che, a titolo esemplificativo, include le ACI (Automobile Club d'Italia), le ASP (Aziende di Servizi alla Persona, già IPAB - Istituti di Pubblica Assistenza e Beneficenza), gli IACP (Istituti Autonomi Case Popolari)e, quindi, l'Elenco sarà l'occasione per avere dati certi e completi.

sono disponibili i dati di bilancio (6.138 su 8.386 società), emerge che, tra esse, quasi il 60 per cento ha chiuso il bilancio in utile. Delle restanti società, l'11,1 per cento è in pareggio e il 29,1 ha registrato perdite, pari complessivamente a quasi 688 milioni di euro. Con riferimento agli affidamenti effettuati dalle Amministrazioni in favore delle società partecipate, sono stati rilevati, in generale, circa 11.300 affidamenti. In particolare, le risposte inviate dalle Amministrazioni Locali evidenziano che delle 8.386 società partecipate censite, 2.997 sono quelle alle quali le Amministrazioni hanno dichiarato di aver affidato servizi. I Comuni hanno affidato prevalentemente servizi pubblici (quasi il 60 per cento dei servizi affidati), mentre le Regioni, le Province e le altre Amministrazioni Locali hanno affidato alle partecipate prevalentemente altre tipologie di servizi, tra i quali soprattutto i cosiddetti servizi strumentali. Per quanto riguarda la modalità di affidamento dei servizi, la rilevazione evidenzia la forte prevalenza degli affidamenti diretti rispetto a quelli con gara che rappresentano, in media, appena il 5 per cento. Il Dipartimento del Tesoro ha sottolineato che i dati raccolti non sono esaustivi delle quote di partecipazione in società detenute dalla totalità delle Amministrazioni Locali, in quanto non tutte hanno comunicato le proprie partecipazioni. Stante quindi l'incompletezza delle dichiarazioni, il Rapporto in esame evidenzia che, comunque, i dati rilevati mostrano la netta prevalenza degli affidamenti senza gara a società nelle quali le Amministrazioni Locali detengono quote di partecipazione non totalitarie, se non addirittura minoritarie e la conseguente necessità di monitorare la sussistenza di ulteriori forme di controllo della società ai fini di una migliore comprensione del fenomeno.

In tale contesto, si inserisce l'art. 192 del codice, prevedendo l'istituzione presso l'A.N.AC. dell'elenco 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, anche «Elenco»). A tal fine, la disposizione richiamata prevede che l'Autorità definisca con proprio atto le modalità e i criteri per l'iscrizione nell'Elenco, stabilendo che tale iscrizione avviene a domanda, dopo che sia stata riscontrata l'esistenza dei requisiti. Per espressa previsione dell'art. 192, l'Elenco è istituito «anche al fine di **garantire adeguati livelli di pubblicità e trasparenza** nei contratti pubblici», in aderenza al criterio di cui alla lettera eee) dell'articolo 1, comma 1 della legge-delega n. 11 del 2016. L'Elenco consente, inoltre, di ottenere una **rilevazione specifica**, nell'ambito del più vasto settore delle società a partecipazione pubblica, di quella parte costituita da organismi partecipati qualificabili come organismi *in house*, in quanto in possesso di tutti i requisiti a tal fine prescritti dalla legge. Esso può contribuire alla **tutela e promozione della concorrenza e del mercato**, nonché alla **razionalizzazione e riduzione della spesa pubblica** che costituiscono criteri guida anche del nuovo d.lgs. 175/2016, che richiede alle Amministrazioni un'analisi dell'assetto complessivo delle società in cui detengono partecipazioni, dirette o indirette.

In attuazione del richiamato art. 192, l'Autorità ha elaborato le Linee guida inerenti l'«Istituzione dell'elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società *in house*», nelle quali è definito l'ambito soggettivo di riferimento della previsione normativa sopra citata e sono

individuare le modalità per la presentazione della domanda, le regole dell'istruttoria, nonché la documentazione da produrre a comprova del possesso dei requisiti prescritti dalla legge.

II. IL QUADRO NORMATIVO E GIURISPRUDENZIALE DI RIFERIMENTO

L'*in house providing* è un istituto di origine pretoria. Pertanto, preliminarmente alla ricostruzione del contesto normativo di riferimento, si ritiene necessario richiamare sinteticamente i principali passi dell'evoluzione giurisprudenziale di tale istituto, con particolare riferimento alle pronunce della Corte di giustizia dell'Unione europea. Successivamente, si darà conto delle innovazioni apportate dalle ultime direttive europee di settore, per poi illustrare come tali novità siano state trasposte nel nuovo codice degli appalti di cui al d.lgs. n. 50/2016.

2.1 La giurisprudenza comunitaria e nazionale in tema di *in house providing*

Con l'espressione «*in house providing*» si fa riferimento all'affidamento da parte di un ente pubblico di un appalto o di una concessione in favore di una società controllata dall'ente medesimo, senza ricorso alle procedure di evidenza pubblica, in virtù della peculiare relazione intercorrente tra l'ente pubblico e il soggetto affidatario, per cui quest'ultimo – nonostante sia una persona giuridicamente distinta - può essere qualificato come una «derivazione» o una *longa manus* dell'amministrazione. Si tratta di un istituto creato dalla **giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea**. In particolare, la giurisprudenza ha riconosciuto la legittimità dell'affidamento diretto (senza gara) di appalti e concessioni tutte le volte in cui l'organismo affidatario, ancorché dotato di autonoma personalità giuridica, presenti connotazioni tali da giustificare la sua equiparazione a un «ufficio interno» dell'amministrazione affidante. In tali casi, il rapporto tra i due enti (affidante e affidatario) è solo apparentemente un rapporto intersoggettivo, configurandosi di fatto come un rapporto di delegazione interorganica. Conseguentemente, la Corte ha ritenuto che in presenza di tale relazione – di cui ha precisato presupposti e limiti - non si configura un ricorso delle amministrazioni al mercato finalizzato all'approvvigionamento di beni o servizi (*outsourcing*) ma una forma di «autoproduzione» di quei beni o servizi mediante strumenti propri (*in house*). L'autoproduzione, escludendo la concorrenza per il mercato e un rapporto contrattuale in senso stretto tra due soggetti distinti, giustifica la sottrazione di tali affidamenti alle regole dell'evidenza pubblica senza che ciò comporti una violazione dei principi del Trattato.

La Corte, a partire dalla nota sentenza sul caso Teckal S.r.l. (18 novembre 1999, causa C-107/98), ha individuato due condizioni, poi costantemente ribadite con le pronunce successive, che devono essere presenti per poter legittimamente sostenere la ricorrenza di un rapporto di *in house* tra l'ente affidante e l'ente affidatario (e, quindi, l'affidamento senza gara):

- a) il **controllo analogo**, ossia una situazione nella quale l'ente affidante sia in grado di esercitare sul soggetto affidatario un controllo analogo a quello che lo stesso ente esercita sui propri «servizi interni»;

- b) che il destinatario dell'affidamento diretto svolga **la parte più importante della propria attività in favore dell'ente che esercita su di esso il controllo.**

In ordine al requisito del controllo analogo la Corte ha chiarito che per poterne affermarne la ricorrenza occorre:

- una **partecipazione pubblica totalitaria** nella società affidataria (Corte di Giustizia UE, 11 gennaio 2005, causa C-26/03 e, da ultimo, 19 giugno 2014, causa C-574/12), ritenendo che la partecipazione, anche minoritaria, di un'impresa privata esclude che l'amministrazione possa esercitare un controllo analogo, dal momento che qualunque investimento di capitale privato in un'impresa obbedisce a considerazioni proprie degli interessi privati e persegue obiettivi differenti rispetto a quelli di interesse pubblico perseguiti dall'amministrazione; inoltre, l'impresa privata presente nel capitale della società affidataria riceverebbe un vantaggio rispetto ai suoi concorrenti, pregiudicando i principi di concorrenza libera e di parità di trattamento;
- la presenza di **strumenti di controllo** da parte dell'ente pubblico più incisivi rispetto a quelli previsti dal diritto civile a favore del socio totalitario, dovendo l'amministrazione aggiudicatrice essere in grado di esercitare un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti dell'ente affidatario e il controllo esercitato deve essere effettivo, strutturale e funzionale (Corte di Giustizia UE, sez. III, sentenza 29 novembre 2012, C-182/11 e C-183/11). In tal caso, la capacità dell'ente controllante di influire sul funzionamento del soggetto affidatario e l'assenza di autonomia che ne deriva per quest'ultimo consentono di negare qualsiasi concretezza al contratto stipulato tra i due.

Inoltre, la Corte di Giustizia ha riconosciuto anche la possibilità di un **controllo congiunto**, ossia che il controllo analogo sia esercitato congiuntamente da più autorità pubbliche che possiedono in comune l'entità affidataria, non essendo necessario che ciascuna di esse detenga da sola un potere di controllo individuale su tale entità (Corte di Giustizia UE, 13 novembre 2008, causa C-324/07, *Coditel Brabant*; 29 novembre 2012, cause C-182/11e e C-183/11, *Econord*, secondo cui il controllo congiunto è soddisfatto qualora ciascuna delle autorità pubbliche partecipi sia al capitale sia agli organi direttivi dell'entità incaricata di adempiere compiti di servizio pubblico ad esse spettanti).

Con riferimento al concetto di «**attività prevalente**», la Corte di Giustizia ha stabilito che occorre considerare che il fatturato determinante è rappresentato da quello che l'impresa in questione realizza in virtù delle decisioni di affidamento adottate dall'ente controllante, compreso quello ottenuto con gli utenti in attuazione di tali decisioni. Infatti, le attività di un'impresa aggiudicataria da prendere in considerazione sono tutte quelle che quest'ultima realizza nell'ambito di un affidamento effettuato dall'amministrazione aggiudicatrice, indipendentemente dal fatto che il destinatario sia la stessa amministrazione aggiudicatrice o l'utente delle prestazioni (Corte di Giustizia UE, 11 maggio 2006, *Carbotermo e Consorzio Alisei*, causa C-340/04)

I requisiti dell'*in house providing* sopra descritti, costituendo un'eccezione alle regole generali del diritto comunitario, vanno interpretati restrittivamente (Corte di Giustizia CE, 6 aprile 2006, causa C-410/04).

La **giurisprudenza nazionale** ha ribadito nelle proprie pronunce i principi generali affermati dalla Corte di Giustizia UE in tema di *in house providing*, delineando le coordinate di riferimento del concetto di prevalenza dell'attività svolta per l'amministrazione affidante e i contorni essenziali della nozione di controllo analogo (v. *ex multis* Cons. St., Ad. pl., 3 marzo 2008, n. 1). In particolare, è stato affermato che:

- a) lo statuto della società non deve consentire che una quota del capitale sociale, anche minoritaria, possa essere alienata a soggetti privati (Cons. Stato, sez. V, 30 agosto 2006, n. 5072);
- b) il consiglio di amministrazione della società non deve avere rilevanti poteri gestionali e all'ente pubblico controllante deve essere consentito esercitare poteri maggiori rispetto a quelli che il diritto societario riconosce normalmente alla maggioranza sociale (Cons. Stato, sez. VI, 3 aprile 2007, n. 1514);
- c) l'impresa non deve avere acquisito una vocazione commerciale che rende precario il controllo dell'ente pubblico e che risulterebbe, tra l'altro: dall'ampliamento dell'oggetto sociale; dall'apertura obbligatoria della società, a breve termine, ad altri capitali; dall'espansione territoriale dell'attività della società all'estero (v. Cons. St., Ad. pl., 3 marzo 2008, n. 1, che richiama C. giust. CE: 10 novembre 2005, C-29/04, Mödling o Commissione c. Austria; 13 ottobre 2005, C-458/03, Parking Brixen);
- d) le decisioni più importanti devono essere sottoposte al vaglio preventivo dell'ente affidante (Cons. Stato, sez. V, 8 gennaio 2007, n. 5, che ha affermato che se il consiglio di amministrazione ha poteri ordinari non si può ritenere sussistente un controllo analogo).

Ne consegue che l'*in house* ricorre se l'organismo affidatario si trova in condizioni di soggezione nei confronti dell'ente affidante che è in grado di determinarne le scelte e se è sotto l'influenza dominante dell'ente.

In tema di controllo congiunto (per il quale la dottrina utilizza anche le espressioni di «*in house* frazionato» o «pluripartecipato»), la giurisprudenza italiana ha chiarito che ciò che rileva non è la configurabilità di un controllo totale e assoluto di ciascun ente pubblico sull'intera società, ma che, in forza di idonei strumenti giuridici, ciascun ente sia in grado di assumere il ruolo di dominus nelle decisioni operative rilevanti circa il frammento di gestione relativo al proprio territorio (in tal senso cfr. T.A.R. Lombardia-Brescia, II, 23.9.2013, n. 780). Ad ogni modo, il controllo della mano pubblica sull'ente affidatario deve essere prima di tutto **effettivo**.

Al riguardo, si è ritenuto essenziale il concorso dei seguenti ulteriori fattori, tutti idonei a concretizzare una forma di controllo che sia effettiva, e non solo formale o apparente (v. Cons. giust. amm. reg. sic. 4 settembre 2007, n. 719):

- a) il controllo del bilancio;

- b) il controllo sulla qualità dell'amministrazione;
- c) la spettanza di poteri ispettivi diretti e concreti;
- d) la totale dipendenza dell'affidatario diretto in tema di strategie e politiche aziendali.

2.2 Le nuove direttive europee in materia di appalti e concessioni

L'istituto dell'*in house providing* ha ricevuto una prima codificazione normativa con il nuovo pacchetto di direttive europee sugli appalti e le concessioni del 2014. Le direttive europee, sebbene non utilizzino l'espressione «*in house*», regolano tale istituto con riguardo alle concessioni tra enti nell'ambito del settore pubblico di cui all'**art. 17 della direttiva concessioni 2014/23/UE**, agli appalti pubblici tra enti nell'ambito del settore pubblico di cui all'**art. 12 della direttiva appalti 2014/24/UE** e agli appalti tra amministrazioni aggiudicatrici di cui all'**art. 28 della direttiva settori speciali 2014/25/UE**, con disposizioni pressoché di analogo tenore. In tali articoli i principi precedentemente affermati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di *in house* sono stati in gran parte recepiti con alcune precisazioni e novità.

In particolare, il legislatore europeo, dopo aver ribadito la libertà degli Stati membri in ordine alla scelta tra l'autoproduzione di beni e servizi e l'esternalizzazione degli stessi, prevede l'applicazione delle nuove direttive solo nei casi in cui le amministrazioni decidano di rivolgersi al mercato e individua negli articoli sopra richiamati gli ambiti esclusi dall'applicazione delle stesse.

Al paragrafo 1 dell'art. 12 della Direttiva 2014/24/UE sono elencate le condizioni, di seguito riportate, che devono essere contemporaneamente soddisfatte affinché possa essere escluso dall'ambito di applicazione della direttiva l'affidamento di un appalto da parte di un'amministrazione aggiudicatrice a una persona giuridica di diritto pubblico o privato:

- a) l'amministrazione aggiudicatrice esercita sulla persona giuridica di cui trattasi un controllo analogo a quello da esso esercitato sui propri servizi;
- b) 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 o dall'ente aggiudicatore di cui trattasi;
- c) nella persona giuridica controllata non vi è alcuna partecipazione di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto, prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata.

La prima novità rispetto alle regole fissate dalla giurisprudenza europea riguarda il requisito della **partecipazione pubblica totalitaria**: sono esclusi, infatti, gli obblighi di evidenza pubblica disciplinati dalle nuove direttive europee non solo in caso di affidamenti a soggetti interamente partecipati dal soggetto pubblico committente ma anche in caso di affidamenti a soggetti che presentano **partecipazioni di capitali privati, purché siano osservate le condizioni prescritte**

dal legislatore europeo (ossia, che tali partecipazioni private non comportino controllo o potere di veto, che siano prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati e che non determinino un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata).

Sul punto, il considerando 32 della dir. 2014/24/UE fornisce ulteriori indicazioni. Il legislatore europeo osserva, infatti, che - in via generale - in caso di partecipazione diretta di un operatore economico privato al capitale della persona giuridica controllata, 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. Tuttavia, *«date le particolari caratteristiche degli organismi pubblici con partecipazione obbligatoria, quali le organizzazioni responsabili della gestione o dell'esercizio di taluni servizi pubblici, ciò non dovrebbe valere nei casi in cui la partecipazione di determinati operatori economici privati al capitale della persona giuridica controllata è resa obbligatoria da una disposizione legislativa nazionale in conformità dei trattati, a condizione che si tratti di una partecipazione che non comporta controllo o potere di veto e che non conferisca un'influenza determinante sulle decisioni della persona giuridica controllata»*. In tale considerando si chiarisce, quindi, che il legislatore europeo intende riferirsi esclusivamente ai casi in cui la partecipazione di privati al capitale della società pubblica è resa «obbligatoria» da una disposizione legislativa nazionale. Si aggiunge altresì che ad essere rilevante è esclusivamente la partecipazione privata diretta al capitale della persona giuridica controllata e non anche la partecipazione di capitali privati nell'amministrazione aggiudicatrice controllante. In tale ultimo caso, quindi, non è preclusa l'aggiudicazione di appalti pubblici alla persona giuridica controllata, senza applicare le procedure previste dalla presente direttiva, in quanto tali partecipazioni non incidono negativamente sulla concorrenza tra operatori economici privati.

La seconda novità riguarda il requisito della prevalenza dell'attività svolta dalla società *in house*: è stato fissato, infatti, nell'**80% il valore quantitativo dell'attività da svolgere in favore del soggetto controllante**. Al riguardo, il legislatore ha precisato che per la determinazione di tale percentuale si prende in considerazione il fatturato totale medio, o una idonea misura alternativa basata sull'attività, quali i costi sostenuti dalla persona giuridica o amministrazione aggiudicatrice in questione nei campi dei servizi, delle forniture e dei lavori per i tre anni precedenti l'aggiudicazione dell'appalto. Se, a causa della data di costituzione o di inizio dell'attività della persona giuridica o amministrazione aggiudicatrice in questione, ovvero a causa della riorganizzazione delle sue attività, il fatturato, o la misura alternativa basata sull'attività, quali i costi, non è disponibile per i tre anni precedenti o non è più pertinente, è sufficiente dimostrare, segnatamente in base a proiezioni dell'attività, che la misura dell'attività è credibile.

Le direttive europee forniscono, inoltre, una compiuta definizione del «controllo analogo», nella quale sono recepiti gli ultimi arresti in materia della giurisprudenza della Corte di Giustizia (Corte di Giustizia, Sez. V, 8 maggio 2014, causa C-15/13). Il **controllo analogo** ricorre quando l'amministrazione aggiudicatrice esercita un'influenza decisiva sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative della persona giuridica controllata.

Occorre evidenziare, altresì, l'espresso riconoscimento normativo da parte del legislatore europeo di differenti modi di configurazione dell'istituto dell'*in house*.

All'art. 12, par. 1, Dir. 2014/24/UE è previsto il cd. *in house* «a cascata», che ricorre quando il controllo analogo è esercitato da una persona giuridica diversa, a sua volta controllata allo stesso modo dall'amministrazione aggiudicatrice. In tal caso, c'è un'amministrazione capofila che esercita un controllo analogo su un ente che, a sua volta, esercita un controllo analogo sulla società *in house* ed è consentito l'affidamento diretto anche se tra l'amministrazione capofila e la società *in house* non sussiste una relazione diretta.

Al paragrafo 2 della Dir. 2014/24/UE è riconosciuto, inoltre, il cd. «*in house verticale invertito*» o «*in house capovolto*», che ricorre quando una persona giuridica controllata, che è un'amministrazione aggiudicatrice, aggiudica un appalto alla propria amministrazione aggiudicatrice controllante. Pertanto, è consentita una sorta di bidirezionalità dell'affidamento *in house*.

Al medesimo paragrafo è prevista anche la legittimità del cd. «*in house orizzontale*», che ricorre quando una persona giuridica controllata, che è un'amministrazione aggiudicatrice, aggiudica un appalto a un altro soggetto giuridico controllato dalla stessa amministrazione aggiudicatrice, a condizione che nella persona giuridica alla quale viene aggiudicato l'appalto pubblico non vi sia alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata. In tal caso ritorna, come nel caso dell'affidamento *in house* a cascata, la presenza di tre soggetti. Tuttavia, tra il soggetto che affida l'appalto e quello affidatario non sussiste una relazione di *in house*, nemmeno indiretta o a cascata, ma entrambi sono in relazione *in house* con un terzo soggetto che esercita il controllo analogo su entrambi.

2.3 Il d.lgs. 50/2016 di attuazione delle Direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25 UE in materia di concessioni e appalti pubblici.

Le disposizioni codicistiche in materia di affidamenti *in house* ricalcano sostanzialmente le previsioni delle direttive europee, riprendendo i principi ivi affermati con riferimento al controllo analogo, all'attività prevalente in favore dell'amministrazione controllante e, seppur con qualche significativa differenza, alla partecipazione dei privati.

In particolare, l'**art. 5 del Codice**, che disciplina i principi comuni in materia di esclusione per appalti, concessioni e accordi tra enti e amministrazioni aggiudicatrici, individua i presupposti al ricorrere dei quali gli affidamenti effettuati da un'amministrazione aggiudicatrice o un ente aggiudicatore ad una persona giuridica di diritto pubblico o di diritto privato (c.d. *in house*

«classico») sono sottratti all'applicazione del Codice e possono quindi avvenire con affidamento diretto. I presupposti individuati dalla norma ricalcano quelli previsti a livello europeo:

- a) l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore esercita sulla persona giuridica di cui trattasi un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi;
- b) oltre l'80 per cento delle attività della persona giuridica controllata è effettuata nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'amministrazione aggiudicatrice controllante o da altre persone giuridiche controllate dall'amministrazione aggiudicatrice o da un ente aggiudicatore di cui trattasi;
- c) nella persona giuridica controllata non vi è alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati previste dalla legislazione nazionale, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata.

Il **controllo analogo** sussiste quando un'amministrazione aggiudicatrice o un ente aggiudicatore esercita un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici (es. decisioni riguardanti la produzione, la fissazione dei prezzi, gli investimenti o la destinazione degli utili) che sulle decisioni significative della persona giuridica controllata.

Il Codice ammette espressamente le varianti dell'*in house* «a cascata» (art. 5, comma 2) e dell'*in house* «invertito» (art. 5, comma 3) prevedendo, in tale ultimo caso, che eventuali partecipazioni di privati al capitale sociale della società *in house* siano prescritte dalla legge e non comportino l'esercizio di un controllo o di un potere di veto, né un'influenza determinante. Infine, al comma 4 dell'articolo in esame, è ammessa la configurabilità dell'*in house* «frazionato» che ricorre allorquando più amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori esercitano su una persona giuridica un controllo congiunto che si desume dalla contemporanea sussistenza di tutte le seguenti condizioni:

- a) gli organi decisionali della persona giuridica controllata sono composti da rappresentanti di tutte le amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori partecipanti. Singoli rappresentanti possono rappresentare varie o tutte le amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori partecipanti;
- b) tali amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori sono in grado di esercitare congiuntamente un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative di detta persona giuridica;
- c) la persona giuridica controllata non persegue interessi contrari a quelli delle amministrazioni aggiudicatrici o degli enti aggiudicatori controllanti.

In tale fattispecie dovrà verificarsi che l'esercizio dell'influenza determinante sia effettivamente congiunto e non venga svolto, invece, esclusivamente dall'amministrazione o dalle amministrazioni che detengono la partecipazione maggioritaria.

Con riferimento al requisito dello svolgimento della prevalente attività in favore dell'amministrazione controllante, il Codice - dando attuazione alla direttiva - individua per la prima volta la soglia al di sotto della quale l'attività svolta dalla società controllata nell'interesse dell'ente affidante non può dirsi prevalente e fornisce indicazioni operative finalizzate alla determinazione della percentuale minima individuata (oltre l'80%). Stabilisce, altresì, che debba essere preso a riferimento il fatturato totale medio o altra misura alternativa basata sull'attività, entrambi riferiti al triennio precedente l'aggiudicazione dell'appalto o della concessione. La norma replica, inoltre, la previsione europea secondo cui, se a causa della costituzione della società *in house* in epoca antecedente al triennio o dell'intervenuta riorganizzazione della relativa attività i dati di cui sopra non siano disponibili, è sufficiente la dimostrazione, effettuata sulla base di proiezioni, della credibilità della misura dell'attività.

Riguardo alla partecipazione dei privati si registra una differenza lessicale rispetto alla previsione delle Direttive. L'art. 5, comma 1, lett. c) prevede, infatti, che nella persona giuridica controllata non debba esserci alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione delle forme di partecipazione di capitali privati «previste» dalla legislazione nazionale, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata. Le direttive, invece, fanno riferimento a forme di partecipazione di capitali privati «prescritte» dalle disposizioni legislative nazionali in conformità dei trattati. La differenza non è solo testuale: il riferimento alla «prescrizione» contenuto nelle direttive comporta che la partecipazione da parte di privati nelle società *in house* è ammessa solo se imposta (e non anche soltanto consentita) dalle disposizioni di legge nazionale (così come chiarito nel considerando 32 della dir. 2014/24/UE, sopra richiamato). Il dubbio interpretativo è ad ogni modo fugato dalla previsione del decreto legislativo 175/2016 che, all'art. 16, consente affidamenti diretti alle società *in house* soltanto se non vi sia partecipazione di privati, riproponendo l'eccezione riferita alle ipotesi di partecipazioni «prescritte» da disposizioni di legge. Del resto, è da osservare che anche lo stesso art. 5, al comma 3, laddove descrive l'*in house* invertito, fa riferimento alla «prescrizione» di partecipazione di capitali privati da parte della legislazione nazionale e non alla semplice previsione della partecipazione. Pertanto, si ritiene che anche la previsione di cui al comma 1, dell'art. 5, debba essere interpretata nel senso indicato dalle direttive, non apparendo giustificata una diversa disciplina delle due tipologie di affidamento *in house* e viste le previsioni del T.U. sulle società partecipate.

A parte il sopra descritto art. 5, il Codice disciplina gli affidamenti *in house* anche nella Parte IV dedicata al partenariato pubblico privato e al contraente generale e, in particolare, nel Titolo II, all'**art. 192**. La norma introduce una serie di garanzie finalizzate a controbilanciare la possibilità di procedere ad affidamenti diretti con la previsione di adeguate forme di pubblicità e trasparenza (iscrizione nell'elenco istituito presso l'ANAC e obbligo di pubblicazione e aggiornamento di tutti i dati concernenti l'affidamento), oltre che il rispetto dei principi di economicità ed efficienza (richiedendo la preventiva valutazione di congruità economica dell'offerta dei soggetti *in house* in caso di servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza). Con particolare riferimento all'elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano

mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società *in house*, la norma in esame prevede che l'iscrizione avvenga a domanda, dopo la verifica della sussistenza dei requisiti che giustificano l'affidamento *in house*, da effettuarsi secondo modalità e criteri definiti dall'Autorità con proprio atto.

2.4. Il D.lgs. n. 175/2016 – Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica.

Le disposizioni del Codice vanno coordinate con le previsioni del d.lgs. 175/2016 e, in particolare, con l'art. 4, che individua le finalità perseguibili mediante l'acquisizione e la gestione di partecipazioni pubbliche e l'art. 16 che reca la disciplina delle società *in house*.

L'art. 4, al comma 4, stabilisce che le società *in house* hanno come **oggetto sociale esclusivo** una o più delle attività di cui al comma 2, lettere a), b), d) ed e) del medesimo articolo. Pertanto, dette società possono occuparsi:

- della produzione di un servizio di interesse generale², ivi compresa la realizzazione e la gestione delle reti e degli impianti funzionali ai servizi medesimi;
- della progettazione e realizzazione di un'opera pubblica sulla base di un accordo di programma fra amministrazioni pubbliche ai sensi dell'art. 193 del d.lgs. n. 50/2016;
- dell'autoproduzione di beni o servizi strumentali all'ente partecipante;
- di servizi di committenza, ivi compresa la committenza ausiliaria, apprestati a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici.

La disposizione precisa altresì che tali società operano in via prevalente con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti, salvo quanto previsto dall'art. 16. Detto art. 16, infatti, oltre a prevedere – in conformità al Codice – che oltre l'80% del fatturato delle società *in house* sia effettuato nello svolgimento dei compiti a esse affidati dall'ente pubblico o dagli enti pubblici soci, fornisce ulteriori indicazioni sulla possibilità di svolgimento della «**produzione ulteriore**» (per la residua quota inferiore al 20%) stabilendo che tale attività è consentita soltanto a condizione che la stessa permetta di conseguire economie di scala o altri recuperi di efficienza sul complesso dell'attività principale della società. Il mancato rispetto del limite quantitativo descritto non comporta lo scioglimento del rapporto, ma configura una grave irregolarità ai sensi dell'art. 2409 del cod. civ. e dell'art. 15 del T.U. A detta situazione consegue, quindi, la possibilità di denunciare i fatti al tribunale competente da parte dei soci che rappresentano le percentuali del capitale sociale previste dalla norma o dallo statuto, del collegio sindacale, del consiglio di sorveglianza o del comitato per il controllo sulla gestione, nonché, nelle società che fanno ricorso al mercato del

² L'art. 2, lett h) del d.lgs. 175/2016 definisce i «servizi di interesse generale» come le «attività di produzione e fornitura di beni e servizi che non sarebbero svolte dal mercato senza un intervento pubblico o sarebbero svolte a condizioni differenti in termini di accessibilità fisica ed economica, continuità, non discriminazione, qualità e sicurezza che le amministrazioni pubbliche, nell'ambito delle rispettive competenze, assumono come necessarie per assicurare la soddisfazione dei bisogni della collettività di riferimento, così da garantire l'omogeneità dello sviluppo e della coesione sociale, ivi inclusi i servizi di interesse economico generale».

capitale di rischio, del pubblico ministero. All'esito della denuncia, il tribunale può ordinare l'ispezione dell'amministrazione della società oppure, sospendere temporaneamente il procedimento se l'assemblea sostituisce gli amministratori e i sindaci con soggetti di adeguata professionalità, che si attivano senza indugio per accertare se le violazioni sussistono e, in caso positivo, per eliminarle, riferendo al tribunale sugli accertamenti e le attività compiute. Se le violazioni denunciate sussistono ovvero se gli accertamenti e le attività compiute ai sensi del terzo comma risultano insufficienti alla loro eliminazione, il tribunale può disporre gli opportuni provvedimenti provvisori e convocare l'assemblea per le conseguenti deliberazioni. Nei casi più gravi può revocare gli amministratori ed eventualmente anche i sindaci e nominare un amministratore giudiziario, determinandone i poteri e la durata.

L'art. 16 prevede, inoltre, che la suddetta irregolarità possa essere sanata ricorrendo, nel termine di tre mesi, a due possibilità alternative: la rinuncia a una parte dei rapporti di fornitura con soggetti terzi, risolvendo i relativi rapporti contrattuali, oppure la rinuncia agli affidamenti diretti da parte dell'ente pubblico socio, sciogliendo i relativi rapporti. In questo caso, le attività che erano state affidate alla società controllata devono essere riaffidate mediante procedure competitive nei sei mesi successivi allo scioglimento del rapporto contrattuale. Al fine di garantire la continuità nell'erogazione dell'attività oggetto di affidamento alla società *in house*, è previsto che nelle more dello svolgimento delle procedure di gara, la società controllata continui ad eseguire il contratto. La norma stabilisce, altresì, che le società *in house* sono tenute all'acquisto di lavori, servizi e forniture con le procedure previste dal D.lgs. n. 50/2016 e fa salvo il disposto dell'art. 192 del Codice medesimo.

Giova richiamare, infine, l'art. 26 che stabilisce che le società a controllo pubblico già costituite all'atto dell'entrata in vigore del Testo Unico adeguano i propri statuti alle disposizioni contenute nel predetto decreto entro il 31 dicembre 2016 (tale termine è esteso al 31 dicembre 2017 per le società miste costituite per le finalità di cui all'art. 4, comma 2, lett. c), che tuttavia non possono costituire oggetto sociale degli organismi *in house* ai sensi del medesimo art. 4, comma 4).

III. LE PROCEDURE DI CONSULTAZIONE

Nell'adunanza del 30 novembre 2016, il Consiglio dell'Autorità ha deliberato di avviare la consultazione on-line relativa allo schema di Linee guida recanti «Istituzione dell'elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società *in house*, previsto dall'art. 192 del d.lgs. 50/2016», al fine di acquisire osservazioni e commenti da parte degli operatori del mercato.

Nel corso della consultazione, che si è svolta nel periodo 5 dicembre – 20 dicembre 2016, sono pervenuti all'Autorità contributi da parte di 14 soggetti (n. 7 Amministrazioni pubbliche, n. 4 associazioni di categoria, n. 1 dipendente pubblico, n. 1 libero professionista, n. 1 altri soggetti).

All'esito dell'esame dei contributi pervenuti, l'Autorità ha integrato e modificato lo schema di Linee guida alla luce delle osservazioni ricevute. Il testo del documento è stato trasmesso al Consiglio di Stato per l'acquisizione del relativo parere.

Con atto n. 282/2017 del 1/2/2017 (affare n. 1/2017) il Consiglio di Stato ha reso il parere sullo schema di Linee guida. Nella redazione del testo finale dell'atto l'Autorità ha recepito le osservazioni formulate dal Supremo Consesso.

IV. VALUTAZIONE DELL'OPZIONE DI NON INTERVENTO ("OPZIONE ZERO")

Nel presente caso l'opzione di non intervento non è percorribile in quanto l'istituzione dell'Elenco è disposta dall'art. 192 del codice, che richiede espressamente che l'Autorità definisca con proprio atto le modalità e i criteri da seguire per l'iscrizione nell'Elenco.

V. LE SCELTE DI FONDO EFFETTUATE

L'iscrizione nell'Elenco avviene a domanda dell'amministrazione aggiudicatrice o del soggetto aggiudicatore, all'esito della verifica dei requisiti effettuata dall'ANAC secondo i criteri e le modalità individuate nel presente documento. L'iscrizione costituisce condizione necessaria affinché le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori possano operare affidamenti diretti in favore di proprie società *in house*. Per espressa previsione della disposizione in esame, tuttavia, gli effetti dell'iscrizione sono anticipati al momento della presentazione della domanda. Pertanto, nelle more dell'espletamento, da parte dell'Autorità, delle verifiche propedeutiche all'iscrizione, le amministrazioni che abbiano presentato domanda di iscrizione possono effettuare affidamenti diretti in favore di società *in house* «sotto la propria responsabilità», fatta salva la necessità di revocare l'affidamento diretto nel caso in cui, all'esito degli accertamenti, la domanda di iscrizione dovesse essere rigettata per carenza dei requisiti prescritti dalla normativa vigente. Tra gli affidamenti effettuati nelle more dell'iscrizione nell'Elenco e quelli effettuati dopo che sia avvenuta la predetta iscrizione sussiste, quindi, un differente regime di responsabilità per l'ente affidante.

Le modalità di iscrizione nell'Elenco adottate dall'Autorità hanno tenuto conto della necessità di evitare la duplicazione di iscrizioni riferite alla medesima società *in house* (si è previsto, a tal fine, che nel caso di controllo a cascata di cui all'art. 5, comma 2, del codice, o di controllo invertito o orizzontale di cui all'art. 5, comma 3, del codice, la domanda di iscrizione deve essere presentata dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore che esercita il controllo analogo diretto sull'organismo *in house*; nel caso in cui il controllo su un organismo *in house* 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). L'Autorità ha inteso inoltre evitare l'introduzione di nuovi o maggiori oneri a carico delle amministrazioni, nel rispetto del divieto di *gold plating* (a tal fine si è previsto che l'Autorità acquisisce d'ufficio le informazioni contenute nelle proprie banche dati o nelle banche dati detenute da altre amministrazioni). Inoltre, percorrendo la via della massima semplificazione, è stata prevista l'iscrizione nell'Elenco con modalità telematica.

Al fine di consentire l'ottimale gestione delle richieste che, si presume, giungeranno numerose in fase di prima applicazione³, è stata prevista la possibilità di scaglionare le istruttorie secondo modalità che saranno rese note con apposite comunicazioni. Inoltre, tenuto conto anche della complessità dell'istruttoria che l'Autorità è tenuta a svolgere, che impone la verifica di clausole statutarie, visure camerali, patti parasociali, bilanci, etc., si è ritenuto di prevedere un termine per la conclusione del procedimento pari a 90 giorni decorrenti dall'avvio dell'istruttoria.

Il documento elenca, inoltre, i requisiti fissati dalla legge che saranno controllati al fine di consentire l'iscrizione nell'Elenco, illustrando le modalità di dimostrazione e di verifica degli stessi.

VI. VALUTAZIONE DELLE OPZIONI ALTERNATIVE

1. Onere probatorio ai fini dell'iscrizione

Osservazioni pervenute

È stata evidenziata l'opportunità che l'onere e le responsabilità per la richiesta di iscrizione (par. 3), per la comunicazione delle variazioni (par. 7), nonché le azioni a fronte della cancellazione (par. 8), compreso il mantenimento dei requisiti, siano posti in capo all'organismo *in house* e non all'ente controllante. Diversamente, si attribuisce a tale ente l'onere di comunicare dati non propri, che lo stesso potrebbe avere difficoltà ad acquisire. In alternativa, si suggerisce la possibilità che all'iscrizione provveda direttamente la società *in house*. Inoltre, si chiede che i riferimenti relativi all'iscrizione siano riportati negli atti di affidamento (contratto, convenzione, ecc.).

Opzione scelta

L'opzione di porre a carico dell'organismo *in house*, anziché dell'ente controllante, gli oneri relativi alla richiesta di iscrizione nell'elenco, alla comunicazione delle variazioni e alle azioni avverso la cancellazione dall'Elenco non può essere accolta in quanto l'art. 192 del codice prevede espressamente che siano assoggettate all'iscrizione le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti a società *in house*. Inoltre, si evidenzia che la sussistenza del requisito del controllo analogo presuppone l'esercizio di un'influenza determinante da parte dell'ente controllante sull'organismo *in house*, il quale deve rappresentare,

³ V. dati indicati nel paragrafo I "Contesto e obiettivi dell'intervento dell'Autorità" della presente Relazione.

di fatto, un'articolazione dell'ente priva di autonomia organizzativa. In tale situazione non è giustificato e non è accettabile che l'ente incontri difficoltà nel conoscere/reperire i dati dell'organismo *in house* necessari per l'iscrizione e le successive azioni. È stata invece accolta la richiesta che i riferimenti relativi all'iscrizione siano riportati negli atti di affidamento.

2. Controllo periodico del mantenimento dei requisiti di iscrizione

Osservazioni pervenute

È stato chiesto di indicare la periodicità dei controlli in ordine al mantenimento dei requisiti previsti per l'iscrizione.

Opzione scelta

Ferma restando la previsione dell'avvio del procedimento per la cancellazione in ogni caso in cui l'Autorità acquisisca notizia, in qualsiasi modo, della perdita di uno dei requisiti richiesti ai fini dell'iscrizione, è stato introdotto il paragrafo 8 relativo ai controlli sul mantenimento dei requisiti di iscrizione, nel quale è prevista la verifica a campione secondo le modalità e i criteri che saranno resi noti dall'Autorità.

3. Ambito soggettivo di applicazione

Osservazioni pervenute

Con riferimento alle esclusioni dall'applicazione del codice di cui all'art. 5, del codice, si è chiesto di richiamare anche alle altre esclusioni ammesse dal codice, 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 (artt. 6 e 7 D. Lgs. n. 50/16), al fine di regolare e sottoporre a vigilanza anche le ipotesi ivi previste.

Per i servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica, gestiti dagli Enti di governo degli ambiti territoriali ottimali e omogenei (ATO), individuati dalle regioni, è stato evidenziato che 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'Ente di Governo (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 sussumibile in nessuna di quelle indicate al par. 6.3.5 del documento posto in consultazione. Sarebbe, quindi, 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.

Opzione scelta

L'opzione di un richiamo nelle linee guida in oggetto agli affidamenti diretti degli enti aggiudicatori in favore di una *joint venture* o di un'impresa collegata, disciplinati agli artt. 6 e 7 del codice, non può essere accolta dal momento che l'ambito di operatività del regime speciale degli affidamenti *in house* è predeterminato dal codice, che all'art. 192 prevede l'istituzione dell'elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che effettuano affidamenti diretti a proprie società *in house*. Ciò è confermato dall'incipit delle disposizioni contenute ai citati artt. 6 e 7, che sono espressamente "in deroga all'art. 5". Pertanto, non è possibile accogliere la richiesta pervenuta, pena l'eccesso di delega e la violazione del divieto del *gold plating*.

Con riferimento ai servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica, l'art. 3-bis, comma 1-bis, del D.L. n. 138/2011 prevede la partecipazione obbligatoria degli enti locali agli Enti di governo degli ambiti o bacini territoriali ottimali e omogenei (cd. EGATO), istituiti o designati dalle regioni e dalle province autonome di Trento e di Bolzano ai sensi del comma 1 del medesimo art. 3-bis. Tali Enti di governo sono titolari delle funzioni di organizzazione dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica, di scelta della forma di gestione, di affidamento della gestione e relativo controllo e, quindi, saranno essi a valutare e disporre l'eventuale affidamento del servizio a società *in house*. Al riguardo, nella prassi è possibile riscontrare il ricorso a diversi modelli organizzativi di EGATO basati, in alcuni casi, su aggregazioni tra enti locali sotto forma di consorzio o dietro sottoscrizione di una convenzione ex art. 30 T.U.E.L.; in altri casi, sull'attribuzione delle funzioni ad uno specifico ente locale; o, ancora, laddove sia stato delimitato un ATO unico di dimensioni regionali, si è fatto corrispondere l'ente di governo con l'amministrazione regionale stessa o con un ente regionale autonomo quale, ad esempio, un'autorità o un'agenzia regionale. Quale che sia il modello organizzativo adottato, si ritiene che è l'Ente di governo, in quanto titolare delle funzioni di organizzazione dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica, a dover richiedere l'iscrizione nell'Elenco ex art. 192 del codice nel caso in cui intenda gestire il servizio mediante affidamenti *in house* e che l'accertamento in merito alla sussistenza dei requisiti per l'iscrizione nell'Elenco debba essere effettuato tenuto conto delle particolari disposizioni normative applicabili al caso concreto. In tali termini, le linee guida sono state integrate ai paragrafi 3.3 e 6.6.

4. Partecipazione di privati al capitale dell'organismo *in house*

Osservazioni pervenute

Con riferimento ai limiti alla partecipazione in un soggetto *in house* di operatori economici "privati", è stato evidenziato che tali limiti trovano 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.

Opzione scelta

Come evidenziato dal Consiglio di Stato nel parere favorevole reso sullo schema del decreto legislativo 50/2016, dalla formulazione degli artt. 12, par. 1, lett. c), direttiva 24, 17, par. 1, lett. c), direttiva 23, 28, par. 1, lett. c), direttiva 25 («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, prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati, che non esercitano un’influenza determinante sulla persona giuridica controllata») si evince che spetta ai legislatori nazionali fissare le forme di partecipazione del capitale privato, nel rispetto dei parametri comunitari. Pertanto, l’Autorità ritiene che, in assenza di prescrizioni legislative sulla partecipazione di privati al capitale di organismi *in house*, la partecipazione di privati al capitale dell’organismo controllato impedisca la configurabilità della fattispecie prevista dall’art. 5 del codice.

5. Limiti di fatturato ed economie di scale/recuperi di efficienza

Osservazioni pervenute

È stato chiesto quale debba essere la corretta interpretazione del limite di fatturato previsto dalla norma e, in particolare, sono state proposte due 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.

È stato chiesto, altresì, quale interpretazione debba essere data alla nozione "economie di scala o altri recuperi di efficienza" nel contesto di enti 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.

Opzione scelta

Per quanto di interesse con riferimento alle linee guida in esame, il possesso del requisito del limite di fatturato (oltre l'ottanta per cento effettuato nello svolgimento dei compiti affidati all'organismo *in house* dall'ente pubblico o dagli enti pubblici soci) è accertato mediante verifica della presenza della corrispondente clausola statutaria, così come prescritto dall'art. 16, comma 3, del D.lgs. 175/2016. Pertanto, ai soli fini dell'iscrizione nell'Elenco l'Autorità non procede alla verifica del rispetto in concreto del requisito del limite di fatturato. Tale opzione è, peraltro, imposta da quanto disposto all'art. 5, comma 7, del codice, laddove dispone che per determinare la percentuale delle attività di cui al comma 1, lett. b e al comma 6, lett. c) del medesimo art. 5, occorre far riferimento ai "tre anni precedenti l'aggiudicazione dell'appalto o della concessione". Ne deriva che la verifica in questione deve essere fatta al momento dell'aggiudicazione dell'appalto o della concessione. Ciò posto, si chiarisce che il tenore letterale della norma depone per la prima interpretazione sopra formulata. Infatti, la seconda possibilità comporterebbe, di

fatto, il superamento del limite percentuale previsto dalla norma, consentendo il ricorso al mercato in misura superiore al 20%. La *ratio* della norma, invece, è nel senso di limitare lo svolgimento dell'attività all'esterno sia in termini quantitativi che in termini finalistici.

Con riferimento alla problematica sollevata in ordine alla possibilità di riscontro del requisito del fatturato soltanto *ex post*, si ritiene che la stessa non assuma rilevanza concreta, atteso che – come già sopra evidenziato - la norma prevede la verifica del requisito in occasione di ciascun affidamento diretto con riferimento al triennio precedente. Detta verifica dovrà essere svolta prendendo in considerazione i dati disponibili riferiti al periodo indicato che potrebbero essere individuati, ad esempio, nei dati risultanti dagli ultimi tre bilanci approvati.

Si rileva, inoltre, a titolo meramente esemplificativo, che l'attività ulteriore potrebbe essere consentita a condizione che l'offerta del servizio nei confronti di un numero maggiore di utenti consenta di beneficiare di una riduzione dei costi oppure di aumentare gli investimenti in tecnologie innovative, iniziative formative per i dipendenti, sviluppo e ricerca, con benefici che si rifletterebbero anche sull'attività svolta direttamente in favore dell'amministrazione.

Anche con riferimento alla prescrizione contenuta all'art. 16, comma 3, secondo la quale la produzione ulteriore del 20% è consentita solo a condizione che la stessa permetta di conseguire economie di scala o altri recuperi di efficienza sul complesso dell'attività principale, occorre rilevare che la stessa non può essere verificata al momento dell'iscrizione nell'Elenco ma deve essere tenuta in considerazione dall'organismo *in house* nel momento in cui è chiamato a valutare l'esecuzione di attività per soggetti diversi dagli enti pubblici soci. Infatti, solo nel momento in cui è nota la tipologia di tale attività è possibile valutare se la stessa consente di conseguire economie di scala o altri recuperi di efficienza.

6. Controllo dei requisiti

Osservazioni pervenute

È stato richiesto di indicare tra i requisiti per l'iscrizione nell'elenco: a) la motivazione circa la scelta di costituire/acquistare partecipazioni in società *in house* (art. 5 D.lgs. 175/2016); b) la motivazione di ogni affidamento *in house*, quali 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.

Opzione scelta

I requisiti indicati attengono alla legittimità del singolo affidamento e, pertanto, non sono ricompresi tra i requisiti verificati in sede di iscrizione. La verifica di tali requisiti sarà effettuata nell'ambito dell'ordinaria attività di vigilanza svolta dall'Autorità sul sistema degli affidamenti di contratti pubblici.

7. Cancellazione dall'elenco

Osservazioni pervenute

In merito alla previsione di cui al paragrafo 8.7 delle linee guida, secondo la quale dalla data di cancellazione dall'Elenco, l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore non potrà effettuare nuovi affidamenti diretti in favore di organismi *in house* e i contratti già aggiudicati dovranno essere revocati e affidati con le procedure di evidenza pubblica previste dal codice, è stato rilevato che la stessa 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.

Opzione scelta

L'Autorità, accogliendo le indicazioni fornite sul punto dal Consiglio di Stato, ha sostituito la soluzione proposta nel documento di consultazione con la previsione secondo la quale, nel caso in cui il controllo dell'Autorità abbia esito negativo, sui contratti già aggiudicati dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore mediante il modulo *in house* l'Autorità eserciterà il suo potere di raccomandazione vincolante di cui all'art. 211, comma 2, del Codice.