



Autorità Nazionale Anticorruzione

Atto di segnalazione n. 4 del 29 novembre 2017

Concernente le società *in house* delle amministrazioni dello Stato e il controllo analogo alla luce dell'art. 9, comma 1, d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175

Approvato dal Consiglio dell'Autorità con delibera 1209 del 29 novembre 2017



Autorità Nazionale Anticorruzione

1. Premessa

L'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC) è competente, ai sensi dell'art. 213, comma 3, lett. c) e d), del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, in ordine alla segnalazione al Governo e al Parlamento di fenomeni di non corretta applicazione della normativa di settore e per la formulazione al Governo di proposte in ordine a modifiche occorrenti in relazione alla normativa vigente.

Con riferimento all'istituto dell'*in house providing*, il quadro normativo che si è delineato all'indomani dell'entrata in vigore del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici) e del decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175 recante il Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica, pur confermando la disciplina contenuta nelle direttive europee, solleva talune incertezze interpretative rispetto agli organismi *in house* alle amministrazioni statali, con specifico riferimento alle condizioni legittimanti l'affidamento diretto dei contratti, in specie la condizione del contenuto analogo. L'esigenza di chiarezza del quadro normativo sul tema si presenta di pregnante urgenza anche perché funzionale all'esercizio dei compiti di iscrizione spettanti all'ANAC rispetto all'Elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società *in house* di cui all'art. 192, d.lgs. 50/2016.

2. Gli organismi *in house providing*

Le direttive europee in materia di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture emanate dal legislatore europeo nel 2014 (direttive nn. 23/2014/UE, 24/2014/UE e 25/2014/UE) hanno dettato la disciplina dell'istituto dell'*in house providing* in gran parte recependo le statuizioni di diritto pretorio elaborate dalla Corte di giustizia.

Le direttive europee hanno introdotto taluni elementi innovatori, in specie la previsione della possibilità di partecipazione nella persona giuridica *in house* di capitali privati e l'individuazione di criteri per stabilire la natura prevalente dell'attività da svolgere nei confronti dell'amministrazione aggiudicatrice o dell'ente aggiudicatore del contratto, restando però confermata la condizione del controllo analogo.

Le norme sull'*in house providing* contenute nelle direttive europee sono state integralmente recepite nell'ordinamento giuridico italiano all'art. 5, d.lgs. 50/2016.

Tra le condizioni legittimanti un affidamento diretto con esclusione dell'applicazione delle norme del Codice dei contratti pubblici, la normativa di recepimento italiana prevede l'esercizio, da parte dell'amministrazione aggiudicatrice o dell'ente aggiudicatore, di un controllo sulla persona giuridica affidataria del contratto «analogo a quello esercitato sui propri servizi» (art. 5, comma 1, lett. a) con la specificazione che oltre l'80 per cento delle attività della persona giuridica controllata sia «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» (art. 5, comma 1, lett. b); le norme prevedono, altresì, che nella persona giuridica controllata non vi sia «alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati le quali non comportano controllo o potere di veto previste dalla legislazione nazionale, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata» (art. 5, comma 1, lett. c).

L'art. 192 del Codice dei contratti pubblici prevede, inoltre, l'istituzione presso l'ANAC 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, stabilendo al comma 2 che in caso di affidamento di un contratto avente ad oggetto servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza, le stazioni



Autorità Nazionale Anticorruzione

appaltanti sono chiamate ad effettuare preventivamente la valutazione sulla congruità economica dell'offerta dei soggetti *in house*, avuto riguardo all'oggetto e al valore della prestazione.

In tale quadro si inserisce anche il Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica che conferma la disciplina dell'*in house providing* di cui agli artt. 5 e 192 del Codice dei contratti pubblici espressamente richiamati all'art. 16, comma 7. In particolare, l'art. 16, comma 3, del Testo Unico, nel definire l'attività prevalente, richiama la partecipazione al capitale delle amministrazioni controllanti statuendo che gli statuti di tali società prevedano che oltre l'ottanta per cento del fatturato sia «effettuato nello svolgimento dei compiti a esse affidati dall'ente pubblico o dagli enti pubblici soci»; l'art. 4, comma 4, invece, dispone che le società *in house* hanno come oggetto sociale esclusivo una o più delle attività indicate alle lettere a), b), d) ed e) del comma 2, aggiungendo, rispetto al controllo analogo, che tali società «operano in via prevalente con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti».

Le Linee guida ANAC n. 7, approvate dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 235 del 15 febbraio 2017 e aggiornate con delibera n. 951 del 20 settembre 2017, concernenti l'iscrizione nell'Elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di propri organismi *in house*, richiamano la necessità che la società abbia come «oggetto sociale esclusivo una o più delle attività di cui all'art. 4, comma 2, lettere a), b), d) ed e) del D.Lgs. 175/2016» insieme alla presenza, in capo all'amministrazione aggiudicatrice o ente aggiudicatore, di un controllo sulla persona giuridica che sia analogo a quello esercitato sui propri servizi, tale da comportare «poteri di controllo, di ingerenza e di condizionamento superiori a quelli tipici del diritto societario, previsti in specifiche disposizioni dell'atto costitutivo, dello statuto o di appositi patti parasociali».

Nella disciplina dell'*in house providing* continua, quindi, a rilevare la partecipazione al capitale sociale dell'amministrazione pubblica quale presupposto essenziale, anche se non sufficiente, per l'esercizio del controllo analogo. Tra l'altro, la partecipazione al capitale sociale è presupposta anche nelle figure di *in house* «invertito» (art. 5, comma 3) e di *in house* «frazionato» (art. 5, commi 4 e 5).

3. Motivi della segnalazione

La nozione di controllo analogo deve oggi confrontarsi con quanto statuito all'art. 9 del T.U. in materia di società a partecipazione pubblica che contiene previsioni di carattere generale in tema di gestione di partecipazioni pubbliche indicando al comma 1 che, per le partecipazioni pubbliche statali, i diritti del socio sono «esercitati dal Ministero dell'economia e delle finanze, di concerto con altri Ministeri competenti per materia, individuati dalle relative disposizioni di legge o di regolamento ministeriale».

La suddetta previsione, che riguarda tutte le società a partecipazione pubblica statale, sembrerebbe avallare anche la possibilità di costituire società *in house* a partecipazione pubblica statale dove il controllo analogo connesso all'esercizio dei diritti di socio sarebbe esercitato da soggetto diverso da quello competente per materia e che si avvale delle suddette società per i propri affidamenti.

Ove si ritenga, come è avviso di questa Autorità, che la nozione di organismo *in house* introdotta nelle direttive europee non mini, nonostante taluni elementi di novità presenti nella disciplina, la tradizionale impostazione dell'istituto, tenuto anche conto che l'art. 192, comma 2, del Codice dei contratti pubblici così come la disciplina dettata nel T.U. in materia di società a partecipazione pubblica valorizzano la natura strumentale dell'organismo *in house* rispetto all'amministrazione affidante il contratto, per le società *in house* alle amministrazioni dello Stato già costituite o di futura costituzione, un coordinamento tra le norme del Testo Unico e le norme del Codice dei Contratti pubblici in tema di *in house* appare opportuno.

Infatti, a meno di non interpretare la norma nel senso di escludere affidamenti *in house* da parte di amministrazioni statali diverse dal Ministero dell'economia e delle finanze (considerazione che



Autorità Nazionale Anticorruzione

apparrebbe non ragionevole oltre che contraddetta dal sistema giuridico esistente), la stessa non può che essere interpretata coerentemente con la disciplina dettata dal Codice dei contratti pubblici in modo da garantire la capacità dell'amministrazione affidataria di esercitare quell'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative della persona giuridica controllata che caratterizza il controllo analogo.

Confermerebbe tale interpretazione la previsione della norma secondo cui i diritti di socio devono essere esercitati dal Ministero dell'economia e delle finanze di concerto con l'amministrazione competente per materia.

4. Conclusioni

In ragione delle incertezze interpretative e applicative derivanti dal quadro giuridico sopra riassunto in sintesi, l'Autorità ritiene opportuno prevedere l'adozione di un atto normativo regolamentare a carattere ricognitivo delle società *in house* delle amministrazioni dello Stato su proposta del Ministero dell'economia e delle finanze e dalle amministrazioni interessate, che individui, con riferimento a ciascuna delle suddette società, le attività svolte e il Ministero o i Ministeri competenti per materia che esercitano, ai fini di cui agli articoli 5, commi da 1 a 5, e 192 del Codice dei contratti pubblici, il controllo analogo in forma congiunta con il Ministero dell'economia e delle finanze ai sensi dell'art. 9, comma 1, del T.U. in materia di società a partecipazione pubblica.

Al riguardo, potrebbe eventualmente ipotizzarsi una formulazione come la seguente:

«Con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri da adottarsi entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge su proposta del Ministero dell'economia e delle finanze e dalle amministrazioni interessate, sono individuati, con riferimento a ciascuno degli enti *in-house* delle amministrazioni dello Stato, i Ministeri competenti per materia che esercitano, ai fini di cui agli articoli 5, commi da 1 a 5, e 192 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, il controllo analogo in forma congiunta con il Ministero dell'economia e delle finanze. Con lo stesso decreto sono configurati i poteri di controllo analogo e sono individuate le attività che gli enti strumentali svolgono a favore delle amministrazioni controllanti».

Approvato dal Consiglio nella seduta del 29 novembre 2017

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 6 dicembre 2017

Il Segretario, Maria Esposito

Il Presidente

Raffaele Cantone