



16 NOVEMBRE 2017

Legance

**GLI AFFIDAMENTI IN HOUSE E L'ELENCO
ANAC**

AVV. ALESSANDRO BOTTO

AVV. SIMONE CASTROVINCI ZENNA

I principi cardine per l'applicazione dell'istituto sono:

- ✓ **la libera autodeterminazione delle autorità pubbliche:** i soggetti pubblici hanno la possibilità di organizzare (auto-organizzare) come meglio ritengono le prestazioni dei servizi di rispettivo interesse (autoproduzione, cooperazione ed esternalizzazione);
- ✓ **la tutela della concorrenza:** l'apertura dei mercati nell'ottica della costruzione di un mercato unico comune. Ne è corollario il **principio dell'evidenza pubblica**, ossia della scelta del soggetto con il quale l'amministrazione dovrà concludere un contratto previa applicazione dei principi di concorrenza del Trattato (**trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità**).

L'istituto dell'*in house providing*, di derivazione comunitaria, viene per la prima volta elaborato nel Libro bianco sugli appalti pubblici dell'U.E. dell'11 marzo 1998.

Viene recepito anche dalla giurisprudenza (cfr. Corte di Giustizia, 18 novembre 1999, C-107/ 98, sentenza Teckal).

Art. 1, comma 1, lett. eee): (a) istituzione a cura dell'ANAC di un elenco di enti aggiudicatori di affidamenti *in house* ovvero che esercitano funzioni di controllo o di collegamento rispetto ad altri enti, tali da consentire gli affidamenti diretti; (b) l'iscrizione avviene ad istanza di parte; (c) in attesa dell'iscrizione, è consentito l'affidamento diretto, sotto la responsabilità dell'affidante, all'ente controllato.

Art. 1, comma 1, lett. mmm): in materia autostradale, si prevede l'affidamento delle concessioni scadute o in scadenza mediante evidenza pubblica ovvero, per le concessioni in cui la p.a. esercita sul concessionario un controllo analogo, mediante i principi della direttiva concessioni.

La giurisprudenza comunitaria e nazionale avevano elaborato alcuni requisiti la cui ricorrenza cumulativa consentiva di individuare un rapporto *in house*. In particolare:

- il controllo analogo;
- la totale partecipazione pubblica;
- la dedizione prevalente dell'ente *in house* ai bisogni del soggetto pubblico.

La disciplina degli affidamenti *in house* è stata per la prima volta positivizzata con l'adozione del D.lgs. 50/ 2016 (il nuovo Codice dei Contratti pubblici) e del D.lgs. 175/ 2016 (cd. «Decreto Madia»), che hanno delineato i caratteri e i requisiti per procedere agli affidamenti diretti di contratti pubblici ad entità *in house*.

Ai sensi dell'art. 4 del Decreto Madia, gli statuti delle società *in house* devono prevedere quale oggetto esclusivo:

- a) la produzione di un servizio di interesse generale, ivi inclusa la realizzazione e la gestione delle reti e degli impianti funzionali ai servizi medesimi;
- b) la progettazione e realizzazione di un'opera pubblica sulla base di un accordo di programma fra amministrazioni pubbliche, ai sensi dell'articolo 193 del decreto legislativo n. 50 del 2016 (relativo alla società pubblica di progetto);
- c) l'autoproduzione di beni o servizi strumentali all'ente o agli enti pubblici partecipanti o allo svolgimento delle loro funzioni, nel rispetto delle condizioni stabilite dalle direttive europee in materia di contratti pubblici;
- d) servizi di committenza apprestati a favore di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici.

Tali attività dovranno essere svolte, salvo specifiche regole per cui vd. infra, in via prevalente con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti.

Sotto il profilo funzionale, l'affidamento *in house* era ammesso se la società destinataria svolgeva la parte prevalente (in senso quantitativo e qualitativo) della sua attività nei confronti dell'ente controllante o per conto dello stesso.

La prevalenza si intendeva realizzata sia nel caso in cui l'organismo *in house* avesse svolto attività sostitutive dei servizi e delle funzioni erogate dall'amministrazione all'utenza (concessione di servizi), sia nel caso in cui avesse procurato all'ente controllante fattori produttivi e risorse necessarie per le attività istituzionali (appalto).

In sostanza, ai fini della prevalenza assumevano rilievo tanto le prestazioni svolte nei confronti dell'amministrazione controllante, quanto quelle svolte per conto della stessa.

Tale verifica, implicava un'indagine da condurre necessariamente in concreto.

La giurisprudenza successiva aveva, tuttavia, finito per equiparare la nozione di prevalenza a quella di esclusività (CGUE Carbotermo, C-340/ 04 dell'11 maggio 2006).

La prevalenza dell'attività: ai sensi dell'art. 5 del nuovo Codice Appalti, è necessario che **oltre l'80%** delle attività del soggetto affidatario *in house* sia effettuato nello svolgimento dei compiti ad esso affidati dal soggetto controllante direttamente o anche indirettamente, ossia da parte di altre persone giuridiche controllate dall'amministrazione controllante.

La misura dell'80% va calcolata in relazione **al fatturato totale medio, o in un'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 o della concessione**. In mancanza del triennio, si può ricorrere a proiezioni dell'attività, idonee a dimostrare la credibilità della misura dell'attività.

Il Consiglio di Stato ha rimesso alla Corte di Giustizia alcune questioni relative all'*in house*. In particolare:

- ✓ se, nel computare l'attività prevalente svolta dal soggetto controllato, debba farsi riferimento all'attività imposta (trattamento e smaltimento di rifiuti, imposto mediante autorizzazione integrata ambientale unitamente ad una delibera regionale) da un'amministrazione pubblica non socia a favore di enti pubblici non soci;
- ✓ se, nel computare l'attività prevalente svolta dall'ente controllato, debba farsi riferimento agli affidamenti nei confronti degli enti pubblici soci prima che divenisse effettivo il requisito del controllo analogo (mediante convenzione stipulata tra i comuni soci).

“Nell’ambito dell’applicazione della giurisprudenza della Corte in materia di affidamenti diretti degli appalti pubblici detti “in house”, al fine di stabilire se l’ente affidatario svolga l’attività prevalente per l’amministrazione aggiudicatrice, segnatamente per gli enti territoriali che siano suoi soci e che lo controllino, non si deve ricomprendere in tale attività quella imposta a detto ente da un’amministrazione pubblica, non sua socia, a favore di enti territoriali a loro volta non soci di detto ente e che non esercitino su di esso alcun controllo. Tale ultima attività deve essere considerata come un’attività svolta a favore di terzi.

Al fine di stabilire se l’ente affidatario svolga l’attività prevalente per gli enti territoriali che siano suoi soci e che esercitino su di esso, congiuntamente, un controllo analogo a quello esercitato sui loro stessi servizi, occorre tener conto di tutte le circostanze del caso di specie, tra le quali, all’occorrenza, l’attività che il medesimo ente affidatario abbia svolto per detti enti territoriali prima che divenisse effettivo tale controllo congiunto”.

Il decreto Madia stabilisce la medesima soglia di attività (oltre 80%), che dovrà essere specificamente indicata nello statuto.

Ai sensi del comma 3-bis dell'art. 16, è consentito alle società *in house* di rivolgere l'attività eccedente rispetto al citato limite anche a finalità diverse da quelle indicate in via esclusiva nello statuto. Tale facoltà è consentita ove permetta di conseguire economie di scala o altri recuperi di efficienza sul complesso dell'attività svolta dalla società *in house*.

Il Decreto Madia disciplina le conseguenze derivanti dal mancato rispetto del requisito dell'attività prevalente.

In passato, la giurisprudenza amministrativa aveva ritenuto che il venir meno dei requisiti per l'affidamento *in house* determinasse: (i) l'immediata cessazione degli affidamenti diretti di in corso; e (ii) l'impossibilità di effettuare nuovi affidamenti diretti fino al ripristino dei requisiti.

Ovviamente tale effetto, probabilmente derivante dalla concezione (nazionale) dell'*in house* come eccezione ad una regola generale e non come legittima alternativa al ricorso al mercato, risultava spesso eccessivo e andava adeguato al caso concreto.

Ai sensi dell'art. 16 del Decreto Madia, il mancato rispetto del limite quantitativo (oltre 80%) costituisce grave irregolarità ai sensi dell'articolo 2409 c.c. (in materia di revoca degli amministratori) e rileva ai fini delle verifiche ispettive del Ministero (art. 15 Decreto Madia).

Tuttavia, la società può sanare l'irregolarità entro tre mesi dalla data in cui la stessa si è manifestata, rinunciando a una parte dei rapporti con soggetti terzi, sciogliendo i relativi rapporti contrattuali, ovvero rinunciando agli affidamenti diretti da parte dell'ente o degli enti pubblici soci, sciogliendo i relativi rapporti. In quest'ultimo caso le attività precedentemente affidate alla società controllata devono essere riaffidate nel rispetto delle disciplina in materia di contratti pubblici.

Nel caso di rinuncia agli affidamenti diretti la società può continuare la propria attività se e in quanto sussistano i requisiti di cui all'articolo 4. Nello specifico, andrà verificato il rispetto delle finalità esclusive stabilite sia per le società *in house* che per il possesso delle partecipazioni da parte delle amministrazioni partecipanti al capitale.

A seguito della cessazione degli affidamenti diretti, perdono efficacia le clausole statutarie e i patti parasociali finalizzati a realizzare i requisiti del controllo analogo.

L'art. 16 del Decreto Madia stabilisce che le società *in house* ricevono affidamenti diretti di contratti pubblici dalle amministrazioni che esercitano su di esse il controllo analogo o da ciascuna delle amministrazioni che esercitano su di esse il controllo analogo congiunto solo se non vi sia partecipazione di capitali privati, ad eccezione di quella prescritta da norme di legge e che avvenga in forme che non comportino controllo o potere di veto, né l'esercizio di un'influenza determinante sulla società controllata.

Vengono quindi esplicitati gli altri due requisiti che, insieme al requisito dell'attività prevalentemente svolta nei confronti degli enti controllanti, le società *in house* devono possedere, e cioè:

- ✓ essere assoggettate al «controllo analogo», anche congiunto;
- ✓ l'assenza di capitali privati se non entro gli stringenti limiti stabiliti dalla medesima disposizione. Tale previsione, che ricalca quanto stabilito dall'art. 5 del Codice Appalti, introduce una rilevante innovazione laddove prevede la possibilità, in recepimento della disciplina europea, della presenza di capitale privato nei soggetti *in house*.

A tal riguardo si segnala un'incoerenza tra la disciplina nazionale e il quanto disposto dalle direttive. Infatti, gli artt. 12, par. 1, lett. c), della Direttiva 24; 17, par. 1, lett. c), della Direttiva 23; 28, par. 1, lett. c), della Direttiva 25, dispongono che *«nella persona giuridica controllata non vi è alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione (..) 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»*, mentre l'art. 5, comma 1, lett. c), prevede che nella persona giuridica controllata non vi sia partecipazione diretta di capitali privati ad eccezione di forme di partecipazioni che, oltre a non comportare un potere di controllo o di veto e a non consentire l'esercizio di un'influenza determinante, siano **previste dalla legislazione nazionale** (in conformità dei trattati).

La formulazione delle direttive (“prescritte”) è contenuta, come anticipato, anche nell'art. 16 del Decreto Madia.

Su tale aspetto vi è stata una pronuncia della Corte dei Conti circa l'interpretazione del requisito della partecipazione pubblica con riferimento agli affidamenti *in house* nel settore idrico (Corte dei Conti Campania, parere 108 del 22 aprile 2016).


In particolare, la Corte dei Conti ha ritenuto che le modifiche del Codice Appalti non impattano nel settore idrico, alla luce dell'esistenza di una disposizione settoriale che continua a richiedere la totale partecipazione pubblica ai fini dell'affidamento diretto (149-bis D.Lgs. 152/ 2006).

Inoltre, la Corte dei Conti ritiene che l'espressione "prescritta" di cui alle disposizioni delle direttive definitive dell'*in house* – espressione che di per sé appare necessitare di una stretta interpretazione, in quanto determina una deroga principi che hanno fondamento diretto nel diritto dei Trattati – presuppone comunque una disposizione nazionale che tale partecipazione renda necessaria (per fini discrezionalmente individuati dal Legislatore interno) e non meramente "possibile". Tale interpretazione è sostenuta anche dal CdS (sez. VI, 26 maggio 2015, n. 2660) e dall'ANAC nelle Linee Guida n. 7.

Sul punto sarebbe dunque auspicabile un intervento chiarificatore, trattandosi di un aspetto assolutamente centrale della materia.

D'altro canto, il termine prescritte assume un significato molto limitato nell'attuale ordinamento nazionale. Infatti, non risultano (salvo forse ipotizzare disposizioni del tutto settoriali e aventi una limitata portata applicativa) previsioni nazionali che "prescrivano" la partecipazione di capitale privato ad società pubbliche. La "previsione" di partecipazioni dei privati potrebbe invece porre in modo più marcato una questione relativa all'eventuale selezione dei partecipanti privati.

Lo stesso art. 17 del Madia in merito alle società miste, che prevede "*la quota di partecipazione del soggetto privato non può essere inferiore al trenta per cento*", pur regolando la misura della partecipazione di privati all'interno di società (anche) pubbliche, sembra al di fuori del perimetro dell'*in house* (tant'è che le società *in house*, ai sensi dell'art. 4, non hanno come finalità quella di operare mediante un partenariato).



Sia CdS che Corte dei Conti che ANAC (nelle Linee Guida n. 7), propendono per il termine prescritte. Forse, *de jure condendo*, si tratta dell'impostazione più coerente con il dato comunitario e con la stessa *ratio* della partecipazione di privati.

In attuazione di quanto previsto dalle direttive europee, vengono innovati, rispetto all'elaborazione pretoria, i requisiti dell'*in house*.

Il controllo analogo: è l'**influenza determinante** sugli obiettivi strategici oltre che sulle decisioni significative dell'affidatario *in house*. Il controllo analogo può essere esercitato da una persona giuridica diversa, a sua volta controllata allo stesso modo dall'amministrazione aggiudicatrice (*c.d.* controllo analogo indiretto) *ex holding* di partecipazioni.

È definito, tanto dall'art. 5 del Codice Appalti quanto dall'art. 2, comma 1, lett. c) del decreto Madia, come il controllo – esercitato dall'ente partecipante – «*analogo a quello esercitato sui propri servizi*», che si traduce, specifica il Decreto Madia, in un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della società controllata.

Ai sensi dell'art. 16, comma 2, lett. c) i requisiti del controllo analogo possono essere acquisiti anche mediante la conclusione di appositi patti parasociali; in deroga all'articolo 2341-bis c.c., primo comma, tali patti possono avere durata superiore a cinque anni.

Ai sensi dell'art. 5, comma 4, è possibile procedere ad un affidamento *in house* laddove ricorra il requisito del controllo congiunto.

Ai sensi del successivo comma 5, le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori esercitano su una persona giuridica un controllo congiunto quando sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni:

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

La giurisprudenza del Consiglio di Stato, richiamando la sentenza CGUE 29 novembre 2011 (in C-1812/2009), ha chiarito che non è certo richiesto «*che ciascuno degli enti pubblici partecipanti possa esercitare un potere individuale su tale entità, bensì che “ciascuna delle autorità stesse partecipi sia al capitale, sia agli organi direttivi dell’entità suddetta”*», ciò in quanto la Corte di Giustizia non ha previsto una quota minima di partecipazione al capitale sociale.

Inoltre, viene specificato per la partecipazione degli enti affidanti agli organi direttivi è specificato che «*è la stessa direttiva 2014/24/UE, all’art. 12, a chiarire che “singoli rappresentanti possono rappresentare varie o tutte le amministrazioni partecipanti”. Non è quindi necessario che tutti i soci possiedano un proprio rappresentante all’interno del consiglio di amministrazione, ben potendo essere rappresentati congiuntamente, sia pure in posizione di minoranza*» (cfr. Cons. St. sez. V, 18 luglio 2017, n. 3554; Cons. St. sez. V, 24 ottobre 2017, n. 4902).

Un accordo concluso esclusivamente tra due o più amministrazioni aggiudicatrici non rientra nell'ambito di applicazione del Codice Appalti quando sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni:

- ✓ l'accordo stabilisce o realizza una cooperazione tra le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori partecipanti, finalizzata a garantire che i servizi pubblici che essi sono tenuti a svolgere siano prestati nell'ottica di conseguire gli obiettivi che essi hanno in comune;
- ✓ l'attuazione di tale cooperazione è retta esclusivamente da considerazioni inerenti all'interesse pubblico;
- ✓ le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori partecipanti svolgono sul mercato aperto meno del 20% delle attività interessate dalla cooperazione.

Ai fini della realizzazione dell'assetto organizzativo delle società *in house*, i relativi statuti:

- ✓ se si tratta di società costituite nella forma di S.p.A., possono contenere clausole in deroga delle disposizioni dell'articolo 2380-*bis* e dell'articolo 2409-*novies* del codice civile in materia di affidamento esclusivo della gestione delle società agli amministratori;
- ✓ se costituite nella forma di S.r.l., possono prevedere l'attribuzione all'ente o agli enti pubblici soci di particolari diritti, ai sensi dell'articolo 2468, terzo comma, del codice civile;
- ✓ in ogni caso, i requisiti del controllo analogo possono essere acquisiti anche mediante la conclusione di appositi patti parasociali (con una durata anche superiore a cinque anni, come anticipato).

Tali disposizioni adottate in deroga alle norme generali del c.c., unite al divieto di istituire organi diversi da quelli previsti dalle norme generali in tema di società (art. 11, comma 9, lett. d)), mirano a garantire un più penetrante controllo diretto (e «*analogo*») da parte dei soci, anche per evitare il proliferare di organismi non meglio definiti (es. i comitati, la cui *governance* poteva risultare in concreto difficoltosa) nell'ottica di riassetto e risparmio spesa pubblica.

Inoltre, è molto significativo che i dipendenti di enti controllanti/ vigilanti non possono essere nominati come amministratori (si viene in tal modo a realizzare una separazione più netta tra controllante – controllato).

La gestione dovrebbe di norma essere affidata a un amministratore unico ma, previa deliberazione motivata, può scegliersi anche CdA di tre o cinque membri. Resta naturalmente fermo che l'organo gestore, almeno in linea teorica, dovrebbe essere mero esecutore degli indirizzi dettati dagli enti controllanti.

L'art. 192 del nuovo codice dei contratti pubblici, al comma 2, prevede che le stazioni appaltanti effettuino preventivamente la valutazione sulla congruità economica dell'offerta dei soggetti *in house*, 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.

Pertanto, l'*in house* non si configura come scelta automatica, ma comporta un onere motivazionale e una valutazione economica dell'offerta del soggetto *in house*.

Ai sensi dell'art. 16, comma 7, del Decreto Madia, le società *in house* sono poi tenute all'acquisto di lavori, beni e servizi secondo la disciplina di cui al nuovo Codice dei Contratti pubblici e, in particolare agli articoli 5 e 192 del medesimo.

L'art. 192 prevede l'istituzione presso l'ANAC di un elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società *in house*, al fine di garantire adeguati livelli di pubblicità e trasparenza nei contratti pubblici.

L'iscrizione nell'elenco avviene a domanda, dopo che sia stata riscontrata l'esistenza dei requisiti, secondo le modalità e i criteri che l'Autorità definisce con proprio atto.

La domanda di iscrizione consente alle amministrazioni aggiudicatrici e agli enti aggiudicatori, sotto la propria responsabilità, di effettuare affidamenti diretti dei contratti all'ente strumentale.

Tale disposizione costituisce un terreno fertile per la proliferazione di iniziative contenziose, anche da parte delle stesse stazioni appaltanti.

Sono pubblicati e aggiornati, sul profilo del committente (nella sezione Amministrazione trasparente, D.Lgs. 33/ 2013), in formato *open-data*, tutti gli atti connessi all'affidamento degli appalti pubblici e dei contratti di concessione tra enti nell'ambito del settore pubblico (ove non secretati).

L'art. 192 disciplina l'istituzione, presso l'ANAC, di un elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società *in house*.

L'elenco in esame è disciplinato dalle Linee guida n. 7 approvate con delibera dell'Autorità n. 235 del 15 febbraio 2017 e aggiornato al correttivo con deliberazione n. 251 del 20 settembre 2017.

Dall'art. 192 del Codice Appalti e dalle stesse Linee Guida sembrerebbe che:

- ✓ a partire 30 novembre è consentito presentare domanda di iscrizione e che tale presentazione costituisce presupposto legittimante l'affidamento diretto (ai sensi dell'art. 192, si ritiene che ciò avvenga sotto la responsabilità dell'affidante);
- ✓ dovrebbe ritenersi che fino al 30 ottobre fosse consentito l'affidamento diretto sotto la responsabilità dell'affidante anche in assenza della domanda di iscrizione, in considerazione del fatto che non fossero ancora aperti i relativi termini (non è chiaro il riferimento al limite temporale contenuto nel punto 9.3 delle Linee Guida, ma un'interpretazione che consentisse la perdurante facoltà di affidamenti diretti in assenza di domanda di iscrizione ridurrebbe significativamente il valore dell'iscrizione);
- ✓ il provvedimento di iscrizione all'elenco dovrebbe legittimare (una sorta di autorizzazione preventiva?) gli affidamenti diretti tra i soggetti rispetto ai quali sussiste il rapporto di unicità organica, ma si dovrebbe sempre ritenere possibile la contestazione in sede giurisdizionale (con termine decorrente dall'affidamento/ stipula del contratto? Da tenere in considerazione anche il regime di pubblicità).

Le citate Linee Guida hanno carattere vincolante.


Sono «tenuti» a richiedere l'iscrizione tutte le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori che, al ricorrere dei presupposti di cui agli artt. 4 e 16 del Madia e 5 del Codice, intendano procedere con affidamenti diretti alle proprie società *in house* in forza di un controllo analogo diretto, invertito, a cascata o orizzontale sulle stesse.

L'ANAC ha evidentemente ritenuto estranei al perimetro applicativo delle Linee Guida (e, forse dell'istituto dell'*in house*) gli affidamenti effettuati dagli enti aggiudicatori ad imprese collegate ai sensi dell'art. 7 del Codice Appalti. Si tratta, per la verità, di situazioni in cui è la sussistenza di una compenetrazione organica risulta più labile e che, forse, giustificerebbero un controllo *ex ante*. Restano, peraltro, numerosi aspetti problematici relativi al caso in cui coesistano i presupposti applicativi dell'art. 5 e dell'art. 7.

Le linee guida prevedono che la domanda sia presentata, a pena di inammissibilità, dal responsabile dell'Anagrafe delle Stazioni Appaltanti su delega delle persone fisiche legittimate ad esprimere all'esterno la volontà del soggetto richiedente. Si dà per presupposto necessaria iscrizione ad Anagrafe Unica delle Stazioni Appaltanti.

Nel caso di controllo congiunto, dovrà essere presentata una sola domanda.


Deve contenere tutti elementi utili a dimostrare il controllo analogo a cascata, invertito, o orizzontale, nonché la clausola statutaria che impone il rispetto del limite di fatturato.



È previsto un meccanismo di preavviso di rigetto (tipico dei procedimenti ad istanza di parte), con invio di documentazione integrativa e/ o controdeduzioni con cui peraltro potrà impegnarsi a rimuovere la causa ostativa (entro massimo 60 giorni dall'invio delle controdeduzioni). Una volta esaminata la documentazione l'ANAC disporrà l'iscrizione o il diniego.


È, poi, regolamentato il procedimento di cancellazione, che viene avviato d'ufficio, comunicato all'amministrazione aggiudicatrice o all'ente aggiudicatore (dovrebbe trattarsi del controllante), il quale può far pervenire controdeduzioni ed eventuali impegni. Non sono previste audizioni (d'altro canto si può dubitare che si tratti di un procedimento di tipo sanzionatorio).

È espressamente prevista l'impugnabilità del provvedimento che dispone la cancellazione.



Le linee Guida prevedono che dalla data di cancellazione, il soggetto controllante non potrà affidare nuovi affidamenti diretti e avverso i pregressi affidamenti diretti l'ANAC potrà esercitare i poteri di impugnazione di cui all'art. 211, commi 1-*bis* e 1-*ter* del Codice Appalti.

Si tratta di una previsione che pone numerosi dubbi di legittimità, da un lato rispetto al termine finale per l'impugnazione degli affidamenti diretti (*i.e.* sei mesi dal giorno successivo alla stipula del contratto, ex art. 120 c.p.a.), che potrebbe essere decorso, dall'altro in quanto non si vede il fondamento normativo che giustifichi una legittimazione esclusivamente in capo all'ANAC (ma vedi interesse in virtù di obbligo di ri-affidamento). Tuttavia, riaprire *tout court* i termini di impugnazione pone seri problemi a livello sistematico.



Ulteriore aspetto problematico riguarda le ipotesi in cui può scattare questo potere di impugnazione, che sembrerebbe riferito ai casi in cui venga meno il requisito del controllo analogo, in quanto, nel caso di ingresso nel capitale sociale di un soggetto privato (non previsto/ prescritto da norme di legge), potrebbe trattarsi di un affidamento diretto al privato della parte residua del lavoro/ servizio/ fornitura, pacificamente impugnabile da qualsiasi operatore. Nel caso in cui venga meno il requisito dell'attività prevalente, è tendenzialmente previsto dal Decreto Madia un sistema di ri-affidamento che, ove rispettato, non risulta compatibile con la tempistica dei procedimenti di cancellazione e impugnazione. [NOTA INTERNA: d'altro canto l'ANAC dovrebbe poter proporre soltanto azione di annullamento).


Al fini dell'iscrizione, l'ANAC dovrà effettuare la verifica dei requisiti e, *in primis*, il rispetto dell'art. 4 della Madia (oggetto sociale esclusivo).

Con riferimento al requisito del controllo analogo, vengono individuate (in linea con le prassi più virtuose) tre diverse modalità di controllo da considerarsi cumulative:

ex ante (es. approvazione di documenti di programmazione);

contestuale (es. richiesta di relazioni periodiche);

ex post (es. in sede di approvazione del rendiconto, sulla base degli obiettivi raggiunti).



Vengono poi previste altre situazioni idonee a configurare controllo analogo (es. divieto quote ai privati, salvo prescritte e che non conferiscano influenza determinante).


Comunque, verifica su controllo analogo da effettuarsi mediante l'esame di atti costitutivi, statuti e patti parasociali.

A seconda di diverse forme di controllo (a cascata, verticale invertito o capovolto, orizzontale, congiunto) l'ANAC può richiedere altra documentazione.



NOVEMBRE 2017

 MILANO
Via Dante, 7 - 20123
T +39 02 89 63 071
F 0039 02 896 307 810

 ROMA
Via di San Nicola da Tolentino, 67 - 00187
T +39 06 93 18 271
F 0039 06 931 827 403

 LONDRA
10-15 Queen Street - EC4N 1TX
Aldermay House
T +44 (0)20 7074 2211
F 0044 (0)20 7074 2233

 NEW YORK
780 Third Avenue - NY 10017



Legance - Avvocati Associati ed i suoi soci non sono sottoposti alla regolamentazione della Solicitors Regulation Authority ("SRA") ed il piano assicurativo obbligatorio previsto dalla SRA non è loro applicabile (sono viceversa coperti da un apposito piano assicurativo italiano). Una lista dei soci di Legance - Avvocati Associati è consultabile presso l'ufficio di Londra in Aldermay House 10-15 Queen Street Londra EC4N1TX, oppure all'indirizzo legance.it