

Orzinuovi, 18/05/2017
Prot. n. APN/9068/2017

Ai Responsabili di Area
e p.c. Al Sindaco

Circolare n. 5 del 18/05/2017

Oggetto: Società Controllate. Affidamenti in house. Procedure da seguire

L'art. 5 del D.Lgs 50/16 prevede:

(Principi comuni in materia di **esclusione** per concessioni, appalti pubblici e accordi tra enti e amministrazioni aggiudicatrici nell'ambito del settore pubblico)

" 1. Una concessione o un appalto pubblico, nei settori ordinari o speciali, aggiudicati da un'amministrazione aggiudicatrice o da un ente aggiudicatore a una persona giuridica di diritto pubblico o di diritto privato, **non rientra nell'ambito di applicazione del presente codice quando sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni:**

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** e' 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 e' alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati previste dalla legislazione nazionale, in conformita' dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata.

2. **Un'amministrazione aggiudicatrice o un ente aggiudicatore esercita su una persona giuridica un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi ai sensi del comma 1, lettera a), qualora essa eserciti un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della persona giuridica controllata.** Tale controllo puo' anche essere esercitato da una persona giuridica diversa, a sua volta controllata allo stesso modo dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore.

[omissis]

7. Per determinare **la percentuale delle attività di cui al comma 1, lettera b),** e al comma 6, lettera c), si prende in considerazione il **fatturato totale medio**, o una idonea misura alternativa basata sull'attività, quale i costi sostenuti dalla persona giuridica o amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore nei settori dei servizi, delle forniture e dei lavori **per i tre anni precedenti l'aggiudicazione dell'appalto** o della concessione.

8. Se, a causa della data di costituzione o di inizio dell'attività della persona giuridica o amministrazione aggiudicatrice o ente aggiudicatore, ovvero a causa della riorganizzazione delle sue attività, il fatturato o la misura alternativa basata sull'attività, quali i costi, non e' disponibile per i tre anni precedenti o non e' piu' pertinente, e' sufficiente dimostrare, segnatamente in base a proiezioni dell'attività, che la misura dell'attività e' credibile.

[omissis] "

Per normativa vigente e per giurisprudenza consolidata **l'affidamento in house è consentito** quando:

1. un'amministrazione aggiudicatrice o un ente aggiudicatore esercita sulla società un "controllo analogo" a quello esercitato sui propri servizi; e ai sensi del comma 2 dell'art. 5 del D.Lgs 50/16 sopra riportato sussiste "controllo analogo" qualora l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore eserciti sulla persona giuridica affidataria "in house" **un'influenza determinante, sia sugli obiettivi strategici, che sulle decisioni significative;**

2. **oltre l'80% dell'attività** della società controllata è effettuata nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'amministrazione aggiudicatrice controllante. Ai sensi del comma 7 dell'art. 5 sopra riportato, per determinare tale percentuale, deve essere fatto riferimento, di norma, **al fatturato totale medio per i tre anni precedenti l'aggiudicazione dell'appalto o della concessione.**

3. nella persona giuridica controllata **non deve esserci alcuna partecipazione diretta di capitali privati**, ad eccezione di forme di partecipazione che non comportano controllo o potere di veto e che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata.

L'art. 192 del D.Lgs 50/16 prevede

(Regime speciale degli affidamenti in house)

"1. E' istituito presso l'ANAC, anche al fine di garantire adeguati livelli di pubblicità e trasparenza nei contratti pubblici, l'elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società in house di cui all'articolo 5.

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.

Resta fermo l'obbligo di pubblicazione degli atti connessi all'affidamento diretto medesimo secondo quanto previsto al comma 3.

2. Ai fini dell'affidamento in house di un contratto avente ad oggetto servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza, le stazioni appaltanti effettuano preventivamente la valutazione sulla congruità economica dell'offerta dei soggetti in house, avuto riguardo all'oggetto e al valore della prestazione, dando conto nella motivazione del provvedimento di affidamento delle ragioni del mancato ricorso al mercato, nonché dei benefici per la collettività della forma di gestione prescelta, anche con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche.

3. Sul profilo del committente nella sezione Amministrazione trasparente sono pubblicati e aggiornati, in conformità alle disposizioni di cui al decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, 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 ai sensi dell'articolo 162."

Al fine di assicurare la pubblicità e la trasparenza dell'in house providing, **l'ANAC è chiamata a tenere l'elenco delle amministrazioni e degli enti che operano mediante affidamenti diretti.**

L'ANAC ha adottato le **proprie Linee guida (n. 7)** in attuazione dell'art. 192 del D.Lgs. 50/2016, con deliberazione n. 235 del 15/02/2017 (allegata), pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale del 14/03/2017 e che entreranno in vigore quindici giorni dopo la loro pubblicazione in Gazzetta (29/03/2017).

Il provvedimento, avente carattere vincolante, individua 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.

A partire da novanta giorni dall'entrata in vigore delle Linee guida (quindi dal 29/06/2017), i soggetti legittimati dovranno presentare all'Autorità la domanda d'iscrizione, e a far

data da tale momento **la presentazione della domanda di iscrizione costituirà presupposto legittimante l'affidamento in house.**

La mancata trasmissione all'Autorità delle informazioni o dei documenti richiesti con **l'applicativo on line** (vedi punto 4.4 delle Linee guida), oppure richiesti dagli Uffici in corso di istruttoria, o la trasmissione di informazioni o documenti non veritieri, comporta l'applicazione delle **sanzioni** previste dall'art. 213, comma 13, del Codice dei contratti pubblici.

[Art. 213 comma 13 D.Lgs. 50/16.

*L'Autorita' ha il potere di irrogare **sanzioni amministrative pecuniarie** nei confronti dei soggetti che rifiutano od omettono, senza giustificato motivo, di fornire le informazioni o di esibire i documenti richiesti dalla stessa e nei confronti degli operatori economici che non ottemperano alla richiesta della stazione appaltante o dell'ente aggiudicatore di comprovare il possesso dei requisiti di partecipazione alla procedura di affidamento, entro il limite minimo di euro 250 e il limite massimo di euro 25.000. Nei confronti dei soggetti che a fronte della richiesta di informazioni o di esibizione di documenti da parte dell'Autorita' forniscono informazioni o esibiscono documenti non veritieri e nei confronti degli operatori economici che forniscono alle stazioni appaltanti o agli enti aggiudicatori o agli organismi di attestazione, dati o documenti non veritieri circa il possesso dei requisiti di qualificazione, fatta salva l'eventuale sanzione penale, l'Autorita' ha il potere di irrogare sanzioni amministrative pecuniarie entro il limite minimo di euro 500 e il limite massimo di euro 50.000. Con propri atti l'Autorita' disciplina i procedimenti sanzionatori di sua competenza.]*

Fino alla data di cui sopra (**29/06/2017**), **i soggetti legittimati possono continuare ad effettuare affidamenti in house**, nel rispetto delle disposizioni di cui all'art. 5 e ai commi 2 e 3 dell'art. 192 del Codice.

Con l'adozione delle Linee guida, vengono altresì definiti i rilevanti poteri attribuiti dall'art. 192 del Codice all'**ANAC** in materia di **controllo sulle società in house**: qualora infatti (anche attraverso "periodici controlli a campione") ANAC accerti la **perdita dei requisiti necessari all'iscrizione, l'amministrazione aggiudicatrice non potrà più effettuare nuovi affidamenti diretti a favore dello specifico organismo in house oggetto di accertamento.**

Ai sensi del punto 8.8 delle Linee guida, per quanto riguarda gli affidamenti già effettuati da Stazioni Appaltanti a società in house mancanti dei necessari requisiti per l'iscrizione (ovvero in casi in cui sia stato effettuato un affidamento diretto illegittimo) ANAC potrà emanare un proprio parere vincolante (ai sensi dell'art. 211, c. 1° del D.lgs. 50/2016) obbligando le parti che vi abbiano preventivamente consentito ad attenersi a quanto in esso prescritto.

Ciò significa che - salva, naturalmente, la possibilità d'impugnazione del parere - **nei casi reputati di maggiore gravità ANAC potrà arrivare ad ordinare la revoca dell'affidamento in house ritenuto illegittimo.**

Si ricorda la piena attuale vigenza del D.Lgs 175/16 (testo unico sulle partecipate), al quale integralmente si rimanda, non essendo ancora intervenuto il correttivo.

Quindi:

- è istituito a cura dell'Anac, **l'elenco delle amministrazioni** aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che possono operare mediante affidamenti diretti nei confronti delle

- proprie società in house (nelle more dell'adozione, si veda il comunicato dell'Anac pubblicato il 7 settembre 2016, allegato);
- è previsto l'obbligo di dare conto, **nella motivazione del provvedimento di affidamento**, delle ragioni del mancato ricorso al mercato nonché della congruità economica dell'offerta dei soggetti in house, dei benefici, per la collettività, della forma di gestione prescelta, anche con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio nonché, di ottimale impiego delle risorse pubbliche;
 - è previsto l'obbligo di pubblicare, nella sezione "Amministrazione trasparente", in **formato open-data**, tutti gli atti connessi all'affidamento in house.
 - l'iscrizione nell'Elenco avviene **a domanda dell'amministrazione** aggiudicatrice, all'esito della **verifica dei requisiti effettuata dall'ANAC** secondo i criteri e le modalità individuate nelle Linee guida.
 - La domanda dovrà essere presentata in modalità telematica accedendo al sito web dell'Autorità ed utilizzando l'apposito applicativo reso disponibile **on line**.
 - L'iscrizione nell'Elenco 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 dell'articolo 192 del d.lgs. 50/2016, 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 potranno 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.

Si invita l'Ufficio Rapporti con le Società - Area Affari Generali, ad attivarsi per l'iscrizione del Comune di Orzinuovi nell'Elenco istituito da ANAC, come da procedura sopra illustrata, e i Responsabili di Area, ognuno per quanto di competenza, a effettuare gli eventuali affidamenti in house alle società controllate del Comune, Nuova Orceania Srl e ASPM Soresina (quest'ultima in controllo congiunto) nell'osservanza delle norme sopra citate.

Si resta a disposizione per i necessari chiarimenti e si augura buon lavoro.

Orzinuovi, 18/05/2017

Il Segretario Generale
Dott.ssa Antonella Patrizia Nostro
(Firmata Digitalmente)