

DELIBERA N. 126

10 febbraio 2021

Oggetto

Elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società in house

Riferimenti normativi

Articoli 5 e 192 del d.lgs. 50/2016 e s.m.i. e articolo 16 del d.lgs.175/2016

Parole chiave

Diniego iscrizione Elenco *in house*

Visto

l'articolo 192, comma 1, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, recante il nuovo Codice dei contratti pubblici che prevede l'istituzione presso ANAC dell'elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società in house;

Visto

che il citato comma 1 dell'articolo 192 prevede che l'ANAC definisca con proprio atto le modalità ed i criteri con cui, su domanda, è effettuata l'iscrizione all'Elenco dopo che sia stata riscontrata l'esistenza dei necessari requisiti;

Viste

le Linee guida n. 7 - Linee Guida per l'iscrizione nell'Elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società in house previsto dall'art. 192 del decreto legislativo 50/2016 - adottate dall'ANAC con la deliberazione n. 951 del 20 settembre 2017, nelle quali sono state definite le modalità ed i criteri con cui è effettuata l'iscrizione all'Elenco;

Vista

la domanda di iscrizione all'Elenco inoltrata dal COMUNE DI CORATO (CF 83001590724), per sé e per gli altri soci, ricevuta al protocollo ANAC n. 72063 del 29 agosto 2018, ID 1086, relativa all'organismo *in house providing* AZIENDA SERVIZI IGIENE E PUBBLICA UTILITA' S.R.L. in sigla ASIPU SRL (CF 05460050726), più oltre anche "Organismo in house" e/o "società partecipata";

Considerato che:

1. a norma dell'articolo 192, comma 1, del codice dei contratti e pubblici e degli articoli 3 e 4 delle Linee guida n. 7, sono tenute a richiedere l'iscrizione le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori che intendano operare mediante affidamenti diretti a propri organismi *in house*;
2. con nota di preavviso di rigetto inviata ai sensi del punto 5.5 delle Linee guida n. 7, protocollo ANAC n. 70362 del 25 settembre 2020, è stata evidenziata la carenza dei requisiti dell'*in house providing*, così come richiesti dall'art. 5 del d.lgs. n. 50/2016 e dagli artt. 4 e 16 del d.lgs. n. 175/2016, ai fini dell'iscrizione nell'Elenco. E' stato rilevato, in particolare, che: a) in riferimento al requisito riguardante l'80% dell'attività, la clausola prevista dall'art. 16, comma 3 del d.lgs. n. 175/2016 non risultava espressamente riportata nello statuto della società; b) dall'esame della documentazione trasmessa in allegato alla domanda di iscrizione, risultava che l'organismo di cui trattasi aveva realizzato, nei confronti dell'unico socio COMUNE DI CORATO, una percentuale inferiore all'80% del proprio fatturato, essendo la restante parte derivante da rapporti con altri Comuni; c) sebbene l'assetto societario (unico socio pubblico) fosse in linea con quanto richiesto dalla normativa sull'*in house providing*, non risultava chiara la coerenza, rispetto agli articoli 5, comma 1, lett. c) del d.lgs. n. 50/2016 e 16, comma 1 del d.lgs. n. 175/2016, delle previsioni statutarie contenute nell'art. 5, ultimo comma "*resta fermo in ogni caso che i soci privati*" (cioè *diversi dagli Enti indicati dal primo comma, primo periodo, dell'art. 115 del d.lgs. n. 267/2000*) *dovranno essere individuati secondo le procedure e nel rispetto delle prescrizioni stabilite dalle norme di legge vigenti*" e nell'art. 8, comma 1 "*le partecipazioni sono divisibili e trasferibili esclusivamente in favore di: [.....]*" d) *soggetti privati individuati secondo le procedure di legge*";
3. quanto rilevato al punto b) del precedente considerato risultava, in particolare, dalla nota integrativa al bilancio di esercizio 2016 e dalla nota prot. 3862 del 19.09.2017, allegata alla domanda di iscrizione, inviata dall'organismo di cui trattasi - ASIPIU SRL - al Comune di Ruvo di Puglia, oltre che al COMUNE DI CORATO per conoscenza. Nella predetta nota ASIPIU SRL dichiarava: di svolgere una percentuale inferiore all'80% nei confronti del COMUNE DI CORATO unico socio; di essere al corrente che tale circostanza non assicurava quanto richiesto dall'art. 16, comma 3 del d.lgs. n. 175/2016; di ritenere necessario un superamento dell'irregolarità entro 3 mesi, come richiesto dal comma 5 dell'articolo 16 sopra richiamato; tale situazione era determinata dall'esecuzione del servizio di igiene urbana nei confronti di comuni terzi (Comuni di Ruvo di Puglia, Terlizzi e Minervino Murge) rispetto al socio unico COMUNE DI CORATO, sulla base di ordinanze sindacali emergenziali dettate con richiamo all'art. 50 del d.lgs. n. 267/2000 (TUEL) e all'art. 650 del codice penale in caso di inadempimento; al fine di garantire il rispetto dei limiti di fatturato richiesti dalla norma, ASIPIU SRL chiedeva al Comune di Ruvo di Puglia, e comunicava al COMUNE DI CORATO per conoscenza, di: 1) accelerare il processo di affidamento del servizio secondo la normativa vigente, superando il sistema delle ordinanze sindacali; 2) fornire un aggiornamento circa il persistere della situazione di urgenza; 3) revocare le ordinanze sindacali in essere in modo da consentire all'organismo di rinunciare al servizio senza incorrere nel rischio di conseguenze penali.
4. con nota acquisita al protocollo ANAC n. 89492 del 24 novembre 2020, il COMUNE DI CORATO ha fornito le proprie controdeduzioni ai sensi del punto 5.5. delle Linee Guida n. 7. Rispetto ai rilievi di cui ai punti a) e c) del 2° considerato, si è impegnato ad eliminare le cause ostative all'iscrizione mediante adeguamento dello statuto al fine di riallineare le previsioni riguardanti l'80% dell'attività e l'assenza di partecipazioni private a quanto richiesto dalla vigente normativa sull'*in house providing*, sempre nella



predetta nota, rispetto a quanto rilevato nel punto b) del 2° considerato, così come dettagliato nel 3° considerato, il COMUNE DI CORATO ha spiegato il mancato rispetto del requisito dell'80% con un insieme di circostanze dovute sia alla situazione politica che ha interessato l'Ente nel corso del 2018 (gestione commissariale da settembre 2018 a giugno 2019 e seconda gestione commissariale da settembre 2019 a ottobre 2020) sia alle vicende legate all'ulteriore società Servizi Ambientali per il Nord Barese SPA - SANBA SPA, costituita nel 2014 tra i Comuni di Corato, Bitonto, Molfetta, Ruvo di Puglia e Terlizzi, ambito ARO BA/1, allo scopo dell'affidamento *in house providing* per l'intero ambito ma rimasta inattiva fino al 2020. Sostanzialmente, il COMUNE DI CORATO spiega l'attività di ASIPIU SPA per Comuni terzi, svolta sulla base di ordinanze sindacali emergenziali, con lo stato di inattività della società SANBA SPA e, a fronte del mancato rispetto del limite dell'80% del fatturato, rinviene nell'incertezza della situazione politica del COMUNE DI CORATO, due volte commissariato, il motivo per il quale non si è proceduto a sanare l'irregolarità entro tre mesi dal momento in cui si era manifestata, così come richiesto dall'art. 16, comma 5 del d.lgs. n. 175/2016 (ad esempio mediante l'ingresso dei Comuni di Ruvo di Puglia e di Terlizzi nella società, così come si era prospettato per il Comune di Ruvo di Puglia nel 2018).

Valutato

che le controdeduzioni fornite dal COMUNE DI CORATO nella nota n. 89492/2020 non risultano sufficienti a colmare le evidenziate carenze relative ai requisiti di iscrizione all'Elenco e a garantire quanto richiesto dall'art. 5 del d.lgs. n. 50/2016 e dagli artt. 4 e 16 del d.lgs. n. 175/2016. Difatti, nonostante l'impegno del COMUNE DI CORATO ad adeguare le previsioni statutarie riguardanti la clausola dell'80% e la presenza di partecipazioni private alla normativa vigente, il difetto sostanziale del requisito riguardante l'80%, il quale costituisce, ai sensi dell'art. 16, comma 4 *"grave irregolarità ai sensi dell'art. 2409 del codice civile e dell'art. 15 del presente decreto"*, non è stato sanato *"entro tre mesi dalla data in cui la stessa si è manifestata"*, come richiesto dal comma 5 del medesimo articolo. In particolare:

- 1) dalla documentazione riversata in atti si evince chiaramente che la società ASIPIU SRL realizza nei confronti del socio unico COMUNE DI CORATO una percentuale di fatturato inferiore a quella richiesta dall'art. 16, comma 3 del d.lgs. n. 175/2016, realizzando una cospicua parte della propria attività, superiore al limite ammesso dalla legge, a favore di soggetti terzi, non soci, sulla base di ordinanze sindacali emergenziali;
- 2) la situazione di incertezza politica che ha interessato il COMUNE DI CORATO a partire da settembre 2018 non può costituire una motivazione valida a giustificare l'inerzia nel porre rimedio all'irregolarità manifestatasi (ad esempio mediante cessione delle quote al Comune Ruvo di Puglia che aveva deliberato in tal senso); difatti, tale irregolarità, già nota nel 2017 (come documentato nella comunicazione di ASIPIU SRL menzionata nel 3° considerato), si è, di fatto, protratta per diversi anni anche in periodi al di fuori della gestione commissariale fino all'entrata in attività della società SANBA SPA nel 2020;
- 3) oltre a quanto evidenziato nel precedente punto 3), neanche il protrarsi dell'inattività della società SANBA SPA durata dal momento della sua costituzione nel 2014 fino al 2020 può costituire una motivazione valida a giustificare il mancato superamento dell'irregolarità riguardante l'attività svolta, visti i dubbi circa la legittimità del ricorso, per l'intero periodo, allo strumento derogatorio dell'ordinanza sindacale; la situazione di imprevedibilità, straordinarietà ed urgenza, da gestire con strumenti emergenziali, può infatti essere ammessa in una prima fase, ma non successivamente quando la

situazione era ben nota e conosciuta da tutti i soggetti coinvolti, come risultante dalla documentazione acquisita nell'istruttoria.

Considerato

altresì che, sul tema dell'attività prevalente, il Consiglio di Stato, sez. V, 18 luglio 2017, n. 4030, in conformità alla sentenza della Corte di Giustizia dell'UE dell'8 dicembre 2016, in causa C-553/15, ha chiarito che la quota di attività svolta dalla società *in house* nei confronti di enti non soci non potesse essere in alcun modo computata ai fini del conseguimento del requisito dell'attività prevalente, a nulla rilevando il fatto che la prestazione di tali attività fosse stata imposta da un atto regionale a valenza pubblicistica e dal contenuto cogente per la società in parola.

Ritenuto

pertanto, che nel caso in esame non sia ammissibile procedere all'iscrizione, il Consiglio nell'odierna adunanza

RIGETTA

la domanda di iscrizione all'Elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società *in house* di cui all'articolo 192, comma 1, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, presentata dal COMUNE DI CORATO (CF 83001590724), in relazione agli affidamenti in regime di *in house providing* al AZIENDA SERVIZI IGIENE E PUBBLICA UTILITA' S.R.L. in sigla ASIPU SRL (CF 05460050726), ricevuta al protocollo ANAC n. 72063 del 29 agosto 2018, ID 1086.

Avverso il presente provvedimento può essere proposto ricorso al Tribunale Amministrativo Regionale nei termini e secondo quanto previsto dal codice del processo amministrativo di cui all'allegato 1 del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 18 febbraio 2021

Per il Segretario Maria Esposito

Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente