



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

**Delibera n. 718 del 23 luglio 2019**

**Oggetto:** ID 902 richiesta di iscrizione della Comunità Montana Valle Camonica all'elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti in favore di proprie società *in house*, previsto dall'art. 192, co. 1, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, del Consorzio Forestale e Minerario della Valle Allione

### **IL CONSIGLIO**

Nell'odierna adunanza

**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;

**VISTO** in particolare il punto 6.1 delle Linee guida n. 7, per cui "L'Ufficio competente valuta la sussistenza dei requisiti richiesti dall'art. 5 del Codice dei contratti pubblici ovvero dagli artt. 4 e 16 del D.lgs. 175/2016 ai fini dell'iscrizione nell'Elenco dell'amministrazione aggiudicatrice o dell'ente aggiudicatore richiedente";

**VISTA** la domanda di iscrizione all'Elenco inoltrata dalla COMUNITA' MONTANA VALLE CAMONICA (CF 01766100984), per sé e per gli altri consorziati, ricevuta al protocollo ANAC n. 40669 del 14 maggio 2018, ID 902, relativa all'organismo *in house* CONSORZIO FORESTALE E

MINERARIO DELLA VALLE ALLIONE (CF 01896350988) (più oltre anche “Organismo *in house*” e/o “società partecipata”);

**VISTO** che ai sensi dell’articolo 114, comma 1, del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, recante il “Testo unico delle leggi sull’ordinamento degli Enti Locali”, l’azienda speciale è ente strumentale dell’ente locale;

**VISTO** l’appunto dell’Ufficio precontenzioso e affari giuridici del 11 febbraio 2019, prot. 11180;

**VISTO** l’appunto dell’Ufficio qualificazione stazioni appaltanti del 12 febbraio 2019, prot. 11450;

**TENUTO CONTO** del pregresso deliberato consiliare del 6 marzo 2019, punto 22;

**VISTO** l’appunto dell’Ufficio qualificazione stazioni appaltanti del 29 marzo 2019, prot. 26073;

**TENUTO CONTO** del pregresso deliberato consiliare del 10 aprile 2019, punto 16;

**CONSIDERATI** gli esiti dell’attività istruttoria da cui è emersa:

- la sussistenza del requisito soggettivo della totale partecipazione pubblica alla luce di quanto previsto all’art. 10 dello statuto dell’organismo *in house*, in base al quale possono fare parte del consorzio solo “enti pubblici, singoli o associati, in quanto proprietari di patrimoni agro-silvo-pastorali e/o in quanto titolari di diritti minerari ed altri enti pubblici aventi finalità ed attività connessi con gli scopi di cui all’art. 4”, così come previsto dall’articolo 5, comma 1, lettera c) del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50;
- la presenza del requisito oggettivo dell’attività prevalente, atteso che, per quanto in atti, oltre l’80% (ottanta per cento) dell’attività dell’organismo di cui trattasi viene svolta nei confronti dei consorziati, così come previsto dall’articolo 5, comma 1, lettera b) del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50;
- il rispetto del requisito strutturale del controllo analogo congiunto di cui all’articolo 5, comma 5 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 nonché dal punto 6.3 delle linee guida n. 7 di cui alla Determinazione ANAC n. 951 del 20 settembre 2017, stante la previsione degli articoli 17, 18, 19 e 20 del nuovo statuto approvato dall’Assemblea del Consorzio Forestale in data 25 gennaio 2019 (come da atto per notaio dott. Alessandro Seriola n. 42463 di repertorio e n. 16431 di raccolta) per cui la COMUNITA' MONTANA VALLE CAMONICA, insieme agli altri consorziati, esercita sulla stessa un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, stante l’indicazione delle modalità di esercizio dei poteri di controllo, di ingerenza e di condizionamento superiori a quelli tipici del diritto societario.

**CONSIDERATO** che, nel caso di specie l’articolo 4, lettera q) dello statuto dell’organismo di cui trattasi include, nell’oggetto sociale esclusivo, attività di realizzazione di lavori riconducibili alle categorie di opere generali OG1, OG3, OG8 e OG13 riportate nell’art. 61 del DPR n. 207/2010 le

quali, sulla base di una lettura coordinata della predetta disposizione statutaria con quanto previsto nel “Regolamento per l’applicazione dello statuto del consorzio forestale e minerario della Valle Allione”, presentano natura strettamente correlata e funzionale alle specifiche attività di autoproduzione di beni e servizi di cui all’art. 4, comma 2, lett. d) del d.lgs. n. 175/2016 che l’organismo di cui trattasi svolge per la COMUNITA' MONTANA VALLE CAMONICA e per gli altri consorziati;

**VALUTATO** che sempre più organismi *in house* stanno contemplando nei propri statuti l’esecuzione dei lavori pubblici più o meno esplicitamente associati allo svolgimento dei servizi o alla produzione di beni attinenti alle proprie finalità istituzionali, in virtù dell’articolo 4 del d.lgs. n. 175/2016 ed in particolare del combinato disposto dei commi 2 e 4;

**RITENUTO** che nel caso di specie l’organismo in questione presenta natura di “azienda speciale” anziché di “società” e pertanto rientra, più in generale, nel campo di applicazione dell’art. 5 del d.lgs. n. 50/2016, non sussistendo obbligo all’applicazione del d.lgs. n. 175/2016;

**CONSIDERATO** che la possibilità per le AA/EA di realizzare opere pubbliche mediante i propri organismi *in house* ha suscitato dei dubbi interpretativi in costanza del previgente quadro normativo, posto che, sia per il d.lgs. n. 163/2006, che per le Direttive 17 e 18 del 2004, l’*in house* rivestiva carattere eccezionale come più volte sottolineato dalla giurisprudenza nazionale;

**RITENUTO**, inoltre, che l’art. 53, comma 1, del d.lgs. n. 163/2006 al tempo vigente espressamente stabiliva che “fatti salvi i contratti di sponsorizzazione e i lavori eseguiti in economia, i lavori pubblici possono essere realizzati esclusivamente mediante contratti di appalto o di concessione, come definiti nell’art. 3”, prevedendo, dunque, che il contratto fosse la forma esclusiva di realizzazione dei lavori pubblici, pertanto escludendo la possibilità di ricorrere a modelli non contrattuali (come appunto l’*in house*);

**CONSIDERATO** che, con l’entrata in vigore delle direttive 2014 e della normativa di recepimento di cui al d.lgs. n. 50/2016 tale impostazione è risultata sovvertita, come rammenta lo stesso Consiglio di Stato (Cons. St., V, 3554/2017, e Cons. St., III, 4902/2017) e come si evince dalla chiara dizione del quinto “considerando” della direttiva 2014/24/UE, ove si prevede “che nessuna disposizione della presente direttiva obbliga gli Stati membri ad affidare a terzi o a esternalizzare la prestazione di servizi che desiderano prestare essi stessi o organizzare con strumenti diversi dagli appalti pubblici ai sensi della presente direttiva”;

**CONSIDERATO**, inoltre, che l’istituto dell’ *in house providing*, in realtà, più che configurare una eccezione al diritto comunitario degli appalti e delle concessioni, è, a sua volta, l’espressione di un principio generale, ben conosciuto sia nel diritto comunitario sia nell’ordinamento nazionale, di auto-

organizzazione e di autonomia istituzionale, in virtù del quale gli enti pubblici possono organizzarsi nel modo ritenuto più opportuno per offrire i loro servizi o per reperire le prestazioni necessarie alle loro finalità istituzionali;

**VALUTATO** che nel d.lgs. n. 50/2016, all'articolo 5, comma 1, - che si rammenta ha recepito in maniera palmare il dettato comunitario in merito – “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:...”, senza distinzione di sorta tra lavori e/o servizi, anzi nel prosieguo della norma, al comma 7, si desume esattamente il contrario, ove: “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”;

**RITENUTO**, pertanto, che nell'oggetto sociale contenuto negli statuti degli organismi *in house* si possano contemplare attività di esecuzione di lavori pubblici, da assentire - in analogia a quanto previsto per le società dall'articolo 4 del d.lgs. 175/2016 ed in assenza di pronunce giudiziali sul punto - solo se funzionali al perseguimento dei servizi istituzionalmente affidati;

**CONSIDERATO** che all'esito dell'attività istruttoria (protocollo ANAC n. 40669 del 14 maggio 2018, ID 902) sono emersi nel caso di specie, da una complessiva valutazione delle previsioni normative e statutarie nonché dei documenti in atti e degli approfondimenti giuridici svolti, i requisiti dell'*in house providing* di cui all'articolo 5 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 e ss.mm.;

#### **DELIBERA**

l'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, della COMUNITA' MONTANA VALLE CAMONICA (CF 01766100984) e degli altri consorziati indicati nella tabella, per gli affidamenti all'organismo *in house* CONSORZIO FORESTALE E MINERARIO DELLA VALLE ALLIONE (CF 01896350988):

Enti iscritti	Codice Fiscale
Comune di Paisco Loveno	00589400175
Comune di Capo di Ponte	81001410174

Enti iscritti	Codice Fiscale
Comune di Cervenno	00980200174
Comune di Malonno	00716670179
Comune di Ono San Pietro	00968280172
Comune di Sellero	00734610173
Comunità Montana di Valle Camonica	01766100984

Firmato digitalmente

Il Presidente

*Raffaele Cantone*

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data: 31/07/2019

Il Segretario, *Rosetta Greco*