

# LEAP

---

NEWSLETTER

---

NEWSLETTER DEL 14 GIUGNO 2022

## **PRASSI**

### **Contratti Pubblici e Appalti**

**3**

Autorità Nazionale Anticorruzione – Vademecum per le società *in house*

## **GIURISPRUDENZA**

### **Contratti Pubblici e Diritto Amministrativo**

**9**

Consiglio di Stato, Sez. Terza, sentenza non definitiva 10 giugno 2022, n. 4735

Consiglio di Stato Sez. I, n. 934 del 3 giugno 2022

## Autorità Nazionale Anticorruzione

### Vademecum per le società *in house*

L'Autorità Nazionale Anticorruzione e il Consiglio Nazionale del Notariato hanno predisposto il "*Vademecum per le società in house nel nuovo Codice degli appalti e nel Testo unico delle società pubbliche*", con lo scopo di coadiuvare gli operatori del settore circa le molteplici soluzioni e possibili opzioni e/o clausole statutarie che si possono considerare in sede di redazione degli Statuti delle società *in house providing*.

Pubblicato sul sito dell'ANAC il 3 giugno 2022, il predetto Vademecum contiene alcuni spunti di riflessione per il coordinamento delle società *in house* nonché alcuni esempi di *best practice* per la corretta declinazione del c.d. "controllo analogo congiunto". Dopo aver ricordato che l'Autorità detiene, ai sensi dell'art. 192 del D.Lgs. n. 50/2016, un elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società *in house*, il Vademecum si articola in 4 sottosezioni, ognuna delle quali dedicata ad uno specifico tema.

#### **1. Indicazioni sulle attività di supporto svolte per la revisione degli statuti delle società *in house*, al fine di renderli coerenti con il quadro normativo e giurisprudenziale attuale**

L'ANAC in uno al Consiglio Nazionale del Notariato attueranno un coordinamento volto a coadiuvare gli operatori del diritto coinvolti nel procedimento di costituzione di organismi *in house providing*, in funzione di controllo preventivo di legalità.

Effettueranno, inoltre, su base annua, l'analisi del grado di soddisfazione del servizio reso agli operatori e agli utenti agevolando il reciproco confronto.

**2. Raguagli circa la stretta funzionalità ed indispensabilità della società per le finalità istituzionali dei soci, secondo quanto previsto dall'art. 4, comma 2, del D.Lgs. n. 175/2016**

Le attività perseguibili mediante società *in house providing* a mente dell'art. 4 del D.Lgs. n. 175/2016 sono predeterminate *ex lege* e costituiscono, pertanto, un numero chiuso, ma sono tutte volte a perseguire la soddisfazione dei bisogni della collettività di riferimento mediante l'adozione di privatistici (societari).

L'attività della società *in house* deve essere svolta, inoltre, nei confronti delle amministrazioni aggiudicatrici socie nella percentuale minima dell'oltre 80 per cento del fatturato - secondo l'espressa previsione contenuta nell'art. 12, par. 1, lett. b) della Direttiva 2014/24UE e nell'art. 5, co. 1, lett. b) del D.Lgs. n. 50/2016 - indipendentemente dal fatto che il destinatario sia la stessa amministrazione aggiudicatrice o l'utente delle prestazioni (così Corte di Giustizia UE, 11 maggio 2006, Carbotermo e Consorzio Alisei, causa C340/04). In conformità al dettato dell'art. 16, co. 3, del D.Lgs. n. 175/2016, gli Statuti delle società *in house* devono contenere apposita clausola in forza della quale, appunto, oltre l'80 per cento del fatturato è effettuato nello svolgimento dei compiti a esse affidati dall'ente pubblico o dagli enti pubblici soci. Sul punto si evidenzia che, come pure evidenziato dal Consiglio di Stato, Sez. V, 16 novembre 2018, n. 6459, e dall'ANAC con la Delibera del 2 aprile 2019, n. 26913, per computare il valore della produzione si considerano correlate alla natura *in house*, oltre agli affidamenti diretti dai soggetti che detengono il controllo analogo, anche le operazioni svolte in via mediata nell'interesse indiretto dei medesimi controllanti.

Pertanto nell'80 per cento del fatturato si computa il valore della produzione riferito tanto agli affidamenti diretti dai soggetti che esercitano controllo analogo quanto agli altri soggetti facenti parte del gruppo societario a prescindere che gli stessi esercitino, o meno, il controllo analogo, purché l'attività svolta rientri comunque nei compiti - intesi in senso ampio - affidati dall'amministrazione.

**3. Informazioni circa la composizione societaria**

La terza condizione per l'affidamento *in house*, codificata dall'art. 5, co. 1, lett. c), del D.Lgs. n. 50/2016 e dall'articolo 16, co. 1, del D.Lgs. n. 175/2016, è il capitale pubblico dell'organismo affidatario *in house*.

Con la normativa comunitaria di cui al già richiamato art. 12, par. 1, lett. c) della Direttiva 2014/24/UE,

tale requisito non costituisce (più) una pre-condizione del controllo analogo, non essendo preclusa in assoluto la partecipazione di capitali privati nella persona giuridica controllata, purché si tratti di partecipazioni *“prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati e a condizione che si tratti di una partecipazione che non comporti controllo o potere di veto e che non conferisca un’influenza determinante sulle decisioni della persona giuridica controllata”*.

La partecipazione privata al capitale della società *in house* resta, comunque, un’ipotesi eccezionale, mentre il requisito del capitale pubblico si atteggia a regola generale, valida ogniqualvolta non sia previsto diversamente da una norma nazionale.

#### **4. Evidenze in merito alle modalità di esercizio del controllo analogo e del controllo analogo congiunto.**

Il controllo analogo si esplica ogni qual volta l’Ente pubblico partecipante abbia il potere di dettare le linee strategiche e le scelte operative della società *in house*, tra cui la nomina degli organi amministrativi aziendali, i quali vengono pertanto a trovarsi in posizione di subalternità stringente, superiore all’influenza dominante che il titolare della partecipazione maggioritaria (o totalitaria) è di regola in grado di esercitare sull’assemblea della società e, di riflesso, sulla scelta degli organi sociali.

In altri termini, l’espressione «controllo analogo» allude al potere di comando direttamente esercitato sulla gestione dell’ente con modalità e con un’intensità non riconducibili ai diritti ed alle facoltà che normalmente spettano al socio (fosse pure un socio unico) in base alle regole dettate dal codice civile, e sino al punto che agli organi della società non resta affidata nessuna autonomia rilevante sugli argomenti strategici e/o importanti.

Il controllo deve essere sugli organi (gli Enti devono avere il potere di nomina e di revoca degli amministratori) e sulla gestione (gli Enti devono autorizzare o vagliare gli atti di gestione che sono strategici ed importanti per la vita sociale nonché per lo svolgimento del servizio affidato).

L’Ente socio deve, quindi, condizionare e vincolare il Consiglio di amministrazione, emanando disposizioni idonee a definire le strategie di mercato, gli investimenti da realizzare, le tariffe a carico della cittadinanza, la qualità del servizio offerto ed esercitando anche un potere ispettivo diretto e di controllo su tutta l’attività sociale.

Il controllo analogo, nel rispetto del diritto societario e di quanto riportato nelle Linee guida ANAC

n. 7, adottate con delibera n. 951/2017, può quindi essere riassunto nelle seguenti attività:

- controllo sugli atti e provvedimenti societari a carattere strategico e programmatici pluriennali (statuti, approvazione piano industriale, piano di sviluppo, relazione programmatica pluriennale, atti di amministrazione straordinaria);
- controllo sugli atti e provvedimenti societari di pianificazione (relazione programmatica annuale, piano degli investimenti e disinvestimenti, piano occupazionale, budget economico e finanziario, programma degli acquisti e dei lavori), di bilancio e sui regolamenti di gestione;
- controllo orientato ad indirizzare l'attività della società in house verso il perseguimento dell'interesse pubblico attraverso una gestione efficiente, efficace ed economica e garantendo il socio sull'economicità e qualità del servizio offerto;
- controllo sulla gestione e sui risultati intermedi orientati alla verifica dello stato di attuazione degli obiettivi, con individuazione delle azioni correttive in caso di scostamento o squilibrio finanziario;
- esercizio di poteri autorizzativi e di indirizzo attraverso l'emanazione da parte del socio di specifiche direttive generali sul funzionamento amministrativo delle società;
- esercizio di poteri ispettivi che comportano una diretta attività di vigilanza e controllo presso la sede e/o nei confronti dell'organo amministrativo della società *in house*.

Il controllo analogo esclude pertanto in capo alla società qualsiasi volontà di natura imprenditoriale autonoma.

Da qui il corollario del requisito dell'attività prevalente recepito al co. 1, lett. b), dell'art. 5 del D.Lgs. n. 50/2016., per cui vi deve essere un'identità tra gli interessi perseguiti dai soci (congiuntamente nel caso vi sia la pluripartecipazione) e il *core business* del soggetto *in house*.

Il requisito del controllo analogo caratterizza, pertanto, la società in house come una *longa manus* degli Enti soci.

Il Vademecum in parola, infine, prende in esame un'ulteriore ipotesi specifica di controllo analogo, che è quella del controllo analogo congiunto. Caratterizzato da un'aggregazione societaria formata da più Enti, consente un controllo sugli obiettivi e sui programmi tale da limitare l'autonomia della società stessa.

In tal senso il controllo analogo è esercitabile congiuntamente dai soci assumendo le determinazioni a maggioranza e deve essere verificato secondo un criterio sintetico e non atomistico.

L'art. 16 del D.Lgs. n. 175/2016 ha previsto deroghe al diritto societario strettamente necessarie alla realizzazione dell'assetto di controllo analogo, quali:

- per le società per azioni è possibile inserire negli statuti clausole in deroga alle disposizioni in materia di amministrazione della società nel sistema di governance tradizionale di cui all'art. 2380 *bis* cod. civ. e di amministrazione della società nel sistema di governance dualistico *ex art.2409 novies* cod. civ.;
- per le società a responsabilità limitata può essere prevista negli statuti, l'attribuzione all'ente o agli enti pubblici soci di particolari diritti, ai sensi dell'articolo 2468, co. 3, cod. civ.;
- in ogni caso, i requisiti del controllo analogo possono essere acquisiti anche mediante la conclusione di appositi patti parasociali che possono avere durata superiore a cinque anni, in deroga al codice civile. Da ciò ne discende, dunque, che si può consentire di introdurre già nello Statuto competenze aggiuntive per i soci e pertanto adattare il modello societario, civilisticamente inteso, alla forma delle società *in house*.

Con riguardo alle condizioni che devono essere soddisfatte per la sussistenza del controllo analogo di cui all'art. 5 co. 5 del D.Lgs. n. 50/2016, il Vademecum ne fornisce una attenta disamina, evidenziando che:

- con riferimento all'elemento di cui alla lett. *a*), la scelta del sistema di *governance*, tradizionale, monistica o dualistica nonché la scelta tra la figura dell'Amministratore unico o del Consiglio di amministrazione è affidata all'Assemblea che la esprime sulla base della composizione sociale nonché della più o meno ampia strutturazione della società e/o in relazione ai compiti ad essa affidati dallo Statuto.

Pertanto, si rende necessario prevedere statutariamente dei meccanismi di voto assembleare per attribuire alla/e minoranza/e la possibilità di eleggere direttamente un proprio rappresentante in seno all'organo gestorio;

- in merito al requisito di cui alla lett. *b*), ossia l'esercizio congiunto di un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative di detta persona giuridica, che è elemento essenziale del riconoscimento della natura di "in house" della società, può essere realizzato - oltre che con la situazione "ordinaria", ossia tramite previsioni statutarie che attribuiscono alla collegialità dei soci prerogative gestorie, prevedendo dei quorum rafforzati che possono prescindere dalla partecipazione al capitale - anche mediante la conclusione di appositi patti parasociali, di durata

anche superiore a cinque anni, “*in deroga all'articolo 2341-bis, primo comma, del codice civile*”.

Tra le formule di esercizio del controllo analogo congiunto, quella della soluzione statutaria ha maggiore efficacia vincolante, in quanto i patti parasociali hanno un'efficacia puramente obbligatoria e non reale.

Pertanto, si rende necessario individuare delle formule di controllo analogo nelle società pluripartecipate che, in ossequio ai principi suesposti, preveda dei *quorum* assembleari rafforzati, così come spesso lo stesso legislatore attua in varie decisioni societarie che reputa determinanti per la vita sociale e per i diritti dei soci (vds. artt. 2368 e 2369 cod. civ.), con la variante del computo capitaro piuttosto che capitale, sia per i *quorum* costitutivi che deliberativi, per l'adozione delle decisioni importanti e/o strategiche per la società e l'esplicazione del servizio affidato in via diretta dai soci.

In alternativa, per garantire il controllo analogo congiunto e l'assenza di situazioni di conflitto in mancanza di patti parasociali, si preferisce adottare la formula di un organo “extrasocietario” di controllo, costituito dai legali rappresentanti di ciascun ente locale, o loro delegati, con il compito di realizzare il coordinamento e la consultazione tra gli enti locali (Comitato di controllo e di coordinamento o Assemblea dei Sindaci).

Considerando, da un punto di vista civilistico, l'autonomia gestionale del Consiglio di amministrazione di una società per azioni, appare evidente che la presenza di un Comitato di controllo analogo, limita l'autonomia gestionale dell'organo amministrativo;

- in relazione, infine, al requisito di cui alla lett. c) del richiamato art. 5, co. 5, del D.Lgs n. D.Lgs. n. 50/2016, per cui la persona giuridica controllata non persegue interessi contrari a quelli delle amministrazioni aggiudicatrici o degli enti aggiudicatori controllanti, si evoca il concetto riconducibile all'ipotesi in cui il rappresentante sia portatore di un interesse contrastante e incompatibile con l'interesse del rappresentato, fa diretto rinvio alla disciplina dell'istituto della rappresentanza, contenuta nel Codice Civile, laddove se il rappresentante è portatore di interessi propri o di terzi in conflitto con quelli del rappresentato si ha conflitto di interessi tra rappresentato e rappresentante, ai sensi degli artt. 1394, 2373 e 2391 cod. civ.



## Consiglio di Stato, Sez. Terza, sentenza non definitiva 10 giugno 2022, n. 4735

### Massima

L'obbligo di pubblicazione di accordi e atti internazionali comunque denominati è subordinato alla circostanza che detti atti comportino, per lo Stato italiano, un'assunzione di impegni nei confronti di uno Stato estero.

Dall'eventuale inosservanza dell'obbligo di pubblicazione degli accordi o degli atti internazionali discende la possibilità, per ogni cittadino, di richiedere l'accesso ai medesimi ai sensi dell'art. 5, comma 1, D.Lgs. n. 33/2013: a tal fine non è richiesto alcun obbligo di motivazione circa l'interesse alla conoscenza da parte dell'istante, né possono rilevare le cause ostative di cui all'art. 5 bis, D.Lgs. n. 33/2013.

### Caso di specie

Un Avvocato operante nel settore del diritto dell'immigrazione presentava istanza di accesso civico ai sensi dell'art. 5, co. 1, D.Lgs. n. 33/2013, e, in subordine, ai sensi dell'art. 5, co. 2, del medesimo D.Lgs. n. 33/2013, ai fini di ottenere l'ostensione dell'Accordo internazionale di cooperazione concluso tra Italia e Gambia il 29 luglio 2010.

Il Ministero dell'interno rigettava tuttavia la richiesta di accesso sulla base del presupposto che la pubblicazione dell'Accordo avrebbe minato l'integrità dei rapporti internazionali intrattenuti dall'Italia con il Gambia.

L'Avvocato impugnava il diniego di accesso innanzi al TAR competente, deducendo la natura di accordo internazionale dell'atto, la conseguente obbligatorietà della sua pubblicazione e, quindi, l'operatività dell'art. 5, co. 1, D.Lgs. n. 33/2013, a norma del quale l'obbligo di pubblicazione di un atto comporta il diritto di chiunque di richiedere il medesimo, nel caso in cui la pubblicazione sia stata omessa.

Il TAR competente rigettava il ricorso proposto dall'avvocato, sulla base di un duplice presupposto: da un lato, la ricorrente avrebbe agito per interessi personali e non della collettività generale dei cittadini, dall'altro, l'Accordo di cui era stata chiesta l'ostensione avrebbe dovuto essere qualificato come accordo intergovernativo di natura tecnico-amministrativa e non internazionalmente vincolante, da cui la non obbligatorietà della relativa pubblicazione e l'operatività delle cause di esclusione dall'accesso civico per esigenze di tutela della sicurezza, dell'ordine pubblico e della politica dello Stato, di cui all'art. 5 bis, D.Lgs. n. 33/2013.

## **Motivi della decisione**

Investito della questione a seguito della proposizione dell'appello avverso la sentenza del TAR, il Consiglio di Stato si è pronunciato sulla questione cogliendo l'occasione per affermare alcuni principi in materia di diritto all'accesso.

In via preliminare, il Consiglio di Stato ha precisato come l'eventuale natura politica e non amministrativa dell'Accordo non avrebbe in alcun modo potuto rilevare ai fini dell'art. 7 c.p.a., in quanto la sottrazione alla giurisdizione amministrativa degli atti politici riguarda la loro impugnazione intesa come sindacato sull'esercizio del potere politico - sindacato che non viene in rilievo qualora la domanda proposta riguardi esclusivamente il diritto all'accesso.

Ciò premesso, quanto alla legittimazione ad agire della ricorrente, il Consiglio di Stato ha richiamato il comma 3 dell'art. 5, D.Lgs. n. 33/2013, a norma del quale l'esercizio del diritto all'accesso civico - sia semplice che generalizzato - non è sottoposto ad alcun limite quanto alla legittimazione soggettiva del richiedente, e non comporta alcun onere di motivazione circa l'interesse alla conoscenza.

Venendo al merito della questione, il Consiglio di Stato, una volta appurato come l'Accordo riguardasse senza dubbio attività di pubblico interesse, ha

ritenuto opportuno verificare se, ai sensi della L. n. 839/1984, l'Accordo in questione fosse soggetto all'obbligo di pubblicazione in Gazzetta Ufficiale. Dall'analisi della normativa rilevante, è emerso come l'obbligo di pubblicazione degli accordi internazionali - o, più in generale, degli atti internazionali comunque denominati - sia subordinato alla circostanza che detti atti comportino, per lo Stato italiano, un'assunzione di impegni nei confronti di uno Stato estero.

Rimandando a una compiuta analisi del contenuto dell'Accordo per la verifica della predetta circostanza, il Consiglio di Stato ha, ad ogni modo, ritenuto opportuno precisare che, qualora l'Accordo fosse soggetto all'obbligo di pubblicazione in Gazzetta Ufficiale, ciò comporterebbe l'operatività dell'accesso civico semplice di cui al comma 1 dell'art. 5, D.Lgs. n. 33/2013, e, pertanto, non potrebbero rilevare in alcun modo le cause ostative all'accesso previste dall'art. 5 bis del medesimo D.Lgs. n. 33/2013.

Le cause ostative di cui all'art. 5 bis, D.Lgs. n. 33/2013, rilevano infatti esclusivamente in relazione all'accesso civico generalizzato, come specificato dal comma 4 della medesima disposizione, a norma del quale restano fermi gli obblighi di pubblicazione previsti dalla normativa vigente.

In ogni caso, resta ferma la possibilità, per l'ente interessato, di richiedere l'apposizione, da parte del Presidente del Consiglio dei Ministri, del vincolo del segreto di Stato: il che comporterebbe il venir meno dell'obbligo di pubblicazione dell'accordo e, conseguentemente, della stessa operatività dell'accesso civico semplice.

## Consiglio di Stato Sez. I, n. 934 del 3 giugno 2022

### Massima

L'articolo 21 bis della L. n. 287/1990 è applicabile ai bandi di gara delle società operanti nei settori speciali di cui agli artt. 115 e seguenti del Codice dei contratti pubblici, nei casi in cui tali società siano tenute al rispetto del D.Lgs 18 aprile 2016, n. 50.

### Caso di specie

Il Consiglio di Stato, Sezione I, si è espresso con parere in seguito al quesito posto dall'AGCM sulla possibilità di applicare la disciplina contenuta nell'articolo 21 bis della L. n. 287/1990 ai bandi di gara delle società operanti nei settori speciali di cui agli artt. 115 e seguenti del Codice dei contratti pubblici, essendo atti emanati da soggetti che non rientrano né tra le amministrazioni pubbliche né tra gli organismi di diritto pubblico, in quanto sono società che non svolgono funzioni pubbliche ma solo attività economiche, al cui esercizio lo stesso atto eventualmente impugnabile risulta finalizzato.

La questione trae origine dalle numerose segnalazioni pervenute all'Autorità riguardanti bandi di gara discriminatori provenienti da società operanti nei settori speciali e, in relazione ai quali è stato chiesto un intervento ai sensi dell'articolo 21 bis L. 10 ottobre 1990, n. 287.

L'AGCM ha sostenuto che i soggetti operanti nei settori c.d. speciali sono attratti nell'ambito della disciplina sui contratti pubblici unicamente in ragione dell'oggetto dell'attività economica svolta, rientrando nella nozione cosiddetta oggettiva di Pubblica Amministrazione e mai in quella soggettiva e che il dubbio ha origine dal fatto che, al di fuori dei settori speciali, questi soggetti non sono tenuti a rispettare la disciplina prevista dal D. Lgs n. 50/2016.

L'Autorità pur essendo orientata ad una soluzione positiva, prevede delle criticità.

## Motivi della decisione

La Sezione si è pronunciata sulla questione riconoscendo all'AGCM la possibilità di utilizzare lo strumento dell'articolo 21 bis della L. n. 287/1990 per i bandi di gara delle società operanti nei settori speciali di cui agli artt. 115 e seguenti del Codice dei contratti pubblici, nei casi in cui tali società siano tenute al rispetto del D.Lgs 18 aprile 2016, n. 50.

Il Consiglio di Stato ricorda che tra i compiti dell'AGCM vi è anche quello di impugnare innanzi al Giudice amministrativo i provvedimenti e i regolamenti delle pubbliche amministrazioni adottati in violazione delle norme a tutela della concorrenza e del mercato, previo esperimento della procedura descritta dal legislatore; si tratta di uno strumento che contribuisce significativamente a rafforzare i poteri di *advocacy* attribuiti all'Autorità nei confronti dei soggetti pubblici al fine di influenzarne in senso pro-concorrenziale le regolazioni ed evitare l'adozione di misure amministrative che restringono o ostacolano la concorrenza all'interno del mercato.

In particolare, l'attribuzione di potere ai sensi del citato articolo 21 bis coinvolge: sotto il profilo oggettivo, tutti gli atti generali, a carattere normativo e anche i provvedimenti, purché suscettibili di violare le regole concorrenziali e sotto il profilo soggettivo, gli atti adottati da qualsiasi amministrazione pubblica.

La legittimazione ad agire in giudizio di AGCM è espressione della titolarità di una situazione giuridica soggettiva, personale e differenziata, che si assume lesa.

In particolare, la concorrenza deve intendersi quale bene della vita giuridicamente rilevante, normalmente adespota che, tuttavia, ai sensi dell'articolo 21 bis L. 10 ottobre 1990, n. 287, il legislatore soggettivizza in capo all'Autorità.

L'interesse a ricorrere, invece, si identifica nel semplice interesse a rimuovere un atto lesivo della concorrenza, perché è questa la sola utilità che l'Autorità persegue con il ricorso.

Alle azioni esperite ex art. 21 bis si applica il rito abbreviato disciplinato dal Codice del processo amministrativo al Libro IV, Titolo V (articoli 119 e seguenti).

Il termine massimo per impugnare è di centocinquanta giorni, decorrenti dalla comunicazione ovvero dalla conoscenza dell'atto adottato dall'amministrazione. Nel calcolo del termine si deve tenere conto dei sessanta giorni che AGCM ha a disposizione per

emettere il proprio parere, dell'altro termine di sessanta giorni entro il quale l'amministrazione destinataria può decidere di conformarvisi e dell'ulteriore termine di trenta giorni, previsti per la proposizione del ricorso vero e proprio.

Dopo essersi soffermato sulla legittimazione ad agire dell'AGCM, il Consiglio di Stato ricostruisce la nozione di pubblica amministrazione, intendendo dal punto di vista soggettivo, sia gli organi amministrativi dello Stato sia gli altri enti pubblici.

La dottrina e la giurisprudenza hanno elaborato indici di riconoscimento degli enti pubblici, quali ad esempio: la costituzione ad iniziativa pubblica, per legge o comunque in virtù di un atto pubblico; la presenza di controlli pubblici; l'ingerenza dello Stato nella nomina e nella revoca dei dirigenti e nell'amministrazione dell'ente; la partecipazione dello Stato o di altra P.A. alle spese di gestione; il potere di direttiva dello Stato; il finanziamento pubblico; il perseguimento di finalità pubblicistiche; la presenza di poteri pubblici caratteristici, come il potere disciplinare e di certificazione.

Si deve, inoltre, sottolineare che la nozione di pubblica amministrazione oggi si è allargata ricomprendendo non solo soggetti sin dall'inizio pubblici ma anche soggetti privati che possono svolgere pubbliche funzioni.

In altri termini, si registra una nozione sostanziale, dinamica e settoriale, secondo la quale non è necessario qualificare in modo rigido un soggetto come pubblico o privato, dovendosi invece guardare di volta in volta alle funzioni concretamente svolte dall'ente. Ciò implica che il riconoscimento ad un determinato soggetto della natura pubblica a certi fini non comporta l'automatica e integrale sottoposizione alla disciplina prevista in generale per la pubblica amministrazione: al contrario, l'ordinamento si è ormai orientato verso una nozione "funzionale" e "cangiante" di ente pubblico.

In determinati casi anche gli enti che pur non essendo amministrazioni aggiudicatrici né imprese pubbliche, esercitano una o più attività tra quelle di cui agli articoli da 115 a 121 e operano in virtù di diritti speciali o esclusivi concessi loro dall'autorità competente sono qualificabili come stazioni appaltanti e sono tenuti al rispetto delle procedure di evidenza pubblica con conseguente giurisdizione del Giudice amministrativo, ai sensi dell'articolo 133 c.p.a.

Alla luce di queste considerazioni, la Sezione ha ritenuto di rispondere positivamente al quesito formulato da AGCM ritenendo possibile dunque il

controllo, ed eventualmente l'attivazione dei poteri previsti dall'art. 21 bis della L. 10 ottobre 1990, n. 287, nei confronti dei bandi adottati dalle società operanti nei settori speciali di cui agli artt. 115 e seguenti del Codice dei contratti pubblici.

Le ragioni alla base di tale scelta sono che le imprese operanti nei settori speciali sono obbligate al rispetto della disciplina del Codice Appalti, gli atti da queste emanati sono, ai sensi dell'articolo 7, comma 2, c.p.a., atti amministrativi perché sottoposti ai principi e alle regole procedurali del codice dei contratti pubblici.

Si tratta di atti compiuti da soggetti equiparati, ai sensi dell'articolo 7, comma 2, c.p.a., alle pubbliche amministrazioni poiché tenuti al rispetto dei principi del procedimento amministrativo e, dunque, di atti rientranti nella giurisdizione del giudice amministrativo.

In secondo luogo, è la stessa nozione funzionale e cangiante di amministrazione a rendere possibile la qualificazione di tali atti quali atti adottati, da soggetti equiparati alla pubblica amministrazione. In ultimo, va evidenziato che ulteriore conferma di quanto qui affermato può ritrovarsi all'articolo 211 cod. app. che prevede in favore di ANAC un sistema di controllo, già sperimentato dal legislatore proprio con l'articolo 21 bis più volte citato.

Vi è, pertanto, un riconoscimento ad ANAC del potere di impugnazione degli atti adottati dalle società operanti nei settori speciali - quando possono essere qualificate come stazioni appaltanti - che rende opportuno interpretare l'articolo 21 bis, più volte citato, nel senso di contemplare un analogo potere, per quanto di competenza, in capo ad AGCM.

# LEAP

---

NEWSLETTER

---

Leap è un progetto editoriale a cura dello Studio Legale Lipani, Catricalà & Partners. È vietata ogni distribuzione non autorizzata.

© Copyright 2020 | Lipani Catricalà & Partners