



Agenzia per l'Italia Digitale

Presidenza del Consiglio dei Ministri

Indicatori di qualità operativi:

1.12 DSIST – Disponibilità di sistema

Caratteristica	Affidabilità	Sottocaratteristica	Tolleranza ai guasti
Aspetto da valutare	Disponibilità di un sistema		
Unità di misura	Punto percentuale	Fonte dati	Strumenti resi disponibili dal Fornitore e/o dall'Amministrazione
Periodo di riferimento	Mese precedente la rilevazione	Frequenza di misurazione	Mensile
Frequenza di rendicontazione	Mensile per l'andamento del livello di servizio Trimestrale per l'applicazione delle azioni contrattuali		
Dati da rilevare	<ul style="list-style-type: none"> L'orario giornaliero programmato (hh/mm/ss) in cui deve essere attivo il Componente che per primo deve essere reso disponibile nella fascia di rilevazione di competenza (T_{min_j}) tenendo conto di eventuali estensioni L'orario giornaliero di disattivazione programmato (hh/mm/ss) del Componente che per ultimo rimane attivo nella fascia di rilevazione di competenza (T_{max_j}) tenendo conto di eventuali estensioni Tempo di indisponibilità giornaliera del Sistema/Componenti per fermi di manutenzione programmata o per fermi non imputabili al Fornitore espresso in secondi (T_{prg_j}) Intervallo temporale in cui anche uno solo dei Componenti che dovrebbe essere attivo nella fascia di rilevazione risulta non disponibile, espresso in secondi (T_{eff_j}) Numero di intervalli temporali di indisponibilità effettiva giornaliera del Sistema (N_{fermi}) Numero giorni del mese in esame (N_{giorni}) 		
Regole di campionamento	Nessuna		
Formule	La disponibilità prevista giornaliera (espressa in secondi) di un Sistema si rappresenta: $T_{prev_g} = (T_{max_g} - T_{min_g}) - T_{prg_g}$		
	La disponibilità prevista (espressa in secondi) di un Sistema si rappresenta: $T_{prev_m} = \sum_1^{N_{giorni}} T_{prev_g}$		
	La indisponibilità giornaliera (espressa in secondi) di un Sistema si rappresenta: $I_{eff_g} = \sum_1^{N_{fermi}} T_{eff_j}$		
	La indisponibilità (espressa in secondi) di un Sistema si rappresenta: $I_{eff_m} = \sum_1^{N_{giorni}} I_{eff_g}$		
	La disponibilità (espressa in percentuale) di un Sistema si rappresenta: $IQ13 - xxx - aaa = \frac{T_{prev_m} - I_{eff_m}}{T_{prev_m}} \times 100$		
Regole di arrotondamento	il risultato della misura va arrotondato come descritto nel paragrafo Arrotondamenti		
Tipologia di sistema	Tempo di disponibilità	Target	
Sistemi critici	h24	IQ13-xxx-aaa \geq 99,80%	
Sistemi non critici	Fascia diurna	IQ13-xxx-aaa \geq 99,20%	
Azioni contrattuali	il mancato raggiungimento del valore di soglia comporta l'applicazione delle penali, come specificato nel contratto		
Eccezioni	Le azioni contrattuali sono applicabili trimestralmente a partire dalla data di fine del periodo transitorio		



Agenzia per l'Italia Digitale

Presidenza del Consiglio dei Ministri

1.13 DSER - Disponibilità del servizio

Caratteristica	Affidabilità	Sottocaratteristica	Tolleranza ai guasti
Aspetto da valutare	Disponibilità del servizio		
Unità di misura	Punto percentuale	Fonte dati	Strumenti resi disponibili da INAIL
Periodo di riferimento	Mese precedente la rilevazione	Frequenza di misurazione	Mensile
Frequenza di rendicontazione	Mensile per l'andamento del livello di servizio Trimestrale per l'applicazione delle azioni contrattuali		
Dati da rilevare	Percentuale di tempo durante il quale il servizio è disponibile all'utenza nel periodo di riferimento. <ul style="list-style-type: none"> • numero totale di disservizi (M) • dj = durata, espressa in minuti, del disservizio j-esimo, calcolata all'interno della finestra temporale di erogazione del servizio, come somma delle fasce orarie con campionamenti con esito negativo (mancata esecuzione e/o produzione codici di errore) • Tempo di disponibilità, espresso in minuti, previsto per il servizio osservato nel periodo di riferimento (T) 		
Regole di campionamento	Set definito di transazioni sulle fasce orarie definite con la frequenza definita		
Formula	$IQ14_Servizio = \left(1 - \frac{\sum_{j=1}^M dj}{T}\right) \times 100$ dove Servizio identifica lo specifico servizio sottoposto a rilevazione.		
Regole di arrotondamento	Il risultato della misura va arrotondato come indicato al paragrafo Arrotondamenti		
Tipologia di servizio	Tempo di disponibilità	Target	
Servizio critico	H24	IQ14_Servizio ≥ 99,95%	
Servizi non critico	Fascia diurna	IQ14_Servizio ≥ 99,80%	
Azioni contrattuali	Il mancato raggiungimento del valore di soglia comporta l'applicazione delle penali, come specificato nel contratto		
Eccezioni	Le azioni contrattuali sono applicabili trimestralmente a partire dalla data di fine del periodo transitorio		



Agenzia per l'Italia Digitale

Presidenza del Consiglio dei Ministri

1.14 PSER - Performance del servizio

Caratteristica	Efficienza	Sottocaratteristica	Efficienza Temporale
Aspetto da valutare	Performance del servizio		
Unità di misura	Punto percentuale	Fonte dati	Strumenti resi disponibili da INAIL
Periodo di riferimento	Mese precedente la rilevazione	Frequenza di misurazione	Mensile
Frequenza di rendicontazione	Mensile per l'andamento del livello di servizio Trimestrale per l'applicazione delle azioni contrattuali		
Dati da rilevare	<ul style="list-style-type: none"> Numero di test effettuati con valore di DJ superiore alla soglia nel periodo di rilevazione (A) Numero totale di test effettuati inclusi nel periodo di rilevazione (B) Durata massima della transazione J-esima utente campione scelta per la singola applicazione (DJ) dove $DJ = T_{fj} - T_{rj}$ <ul style="list-style-type: none"> Tempo di richiesta (TriJ): Data e orario (al decimo di secondo) di attivazione della transazione J-esima Tempo di fine risposta (TfjJ): Data e orario (al decimo di secondo) di completamento transazione J-esima 		
Regole di campionamento	Set definito di transazioni sulle fasce orarie definite con la frequenza definita		
Formula	La formula applicata è la seguente: $IQ15_Servizio = \frac{B - A}{B} * 100$		
Regole di arrotondamento	Il risultato della misura va arrotondato come indicato al paragrafo Arrotondamenti		
Tipologia di servizio	Tempo di disponibilità	Target	
Servizio critico	H24	IQ15_Servizio \geq 95,0%	
Servizio non critico	Fascia diurna	IQ15_Servizio \geq 94,0%	
Azioni contrattuali	Il mancato raggiungimento del valore di soglia comporta il mancato raggiungimento dell'indice di prestazione L1-IP2, come specificato nel contratto		
Eccezioni	Nessuna		

Allegato 5



Consiglio di Stato

Adunanza della Sezione SECONDA 18 aprile 2007

N.2007/456 456/2007

La Sezione

OGGETTO

MINISTERO DELLE POLITICHE AGRICOLE E FORESTALI - Quesito in merito alla possibilità che l'AGEA (Agenzia per le Erogazioni in Agricoltura) possa affidare alla società SIN la gestione del SIAN (Sistema Informativo Agricolo Nazionale). Integrazione del parere n. 3162/06.

Vista la relazione del 2 febbraio 2007, con la quale il Ministero delle politiche agricole e forestali (Dipartimento delle Politiche di Sviluppo) ha chiesto il parere del Consiglio di Stato sul quesito in oggetto, anche al fine di un riesame di quanto affermato con il precedente parere n. 3162/06, reso da questa Sezione nell'adunanza del 13 dicembre 2006;

Esaminati gli atti ed udito il relatore-estensore, consigliere Luigi Carbone;

PREMESSO e CONSIDERATO:

1. La legge 4 giugno 1984, n. 194, autorizza il Ministro dell'Agricoltura e delle Foreste ad impiantare un sistema informativo agricolo nazionale attraverso la stipula di una o più convenzioni con società a prevalente partecipazione statale. In particolare, il primo comma dell'art. 15 dispone che: *“Ai fini dell'esercizio delle competenze statali in materia di indirizzo e coordinamento delle attività agricole e della conseguente necessità di acquisire e verificare tutti i dati relativi al settore agricolo nazionale, il ministro della agricoltura e delle foreste è autorizzato all'impianto di un sistema informativo agricolo nazionale attraverso la stipula di una o più convenzioni con società a prevalente partecipazione statale, anche indiretta, per la realizzazione, messa in funzione ed eventuale gestione temporanea di tale sistema informativo in base ai criteri e secondo le direttive fissate dal ministro medesimo.”*.

È stato a tal fine costituito il SIAN (Servizio Informativo Agricolo Nazionale).

Con il decreto legislativo n. 99 del 2004, i compiti di coordinamento e gestione del SIAN sono stati trasferiti all'AGEA (Agenzia per le Erogazioni in Agricoltura), la quale è subentrata in tutti i rapporti attivi e passivi e alla quale sono state trasferite le risorse finanziarie, umane e strumentali (art. 14, commi 9 e 10), fermi i poteri di indirizzo e monitoraggio del Ministero.

In particolare, il comma 9 dispone che: *“Al fine di semplificare gli adempimenti amministrativi e contabili a carico delle imprese agricole, fatti salvi i compiti di indirizzo e monitoraggio del Ministero delle politiche agricole e forestali ai sensi dell'articolo 3, comma 4, del decreto del Presidente della Repubblica 28 marzo 2000, n. 450, sono trasferiti all'AGEA i compiti di coordinamento e di gestione per l'esercizio delle funzioni di cui all'articolo 15 della legge 4 giugno 1984, n. 194.”*. Ai sensi del successivo comma 10, *“L'AGEA subentra, dalla data di entrata in vigore del presente decreto legislativo, in tutti i rapporti attivi e passivi relativi al SIAN di cui al comma 9. A tale fine sono trasferite all'AGEA le relative risorse finanziarie, umane e strumentali.”*.

Il D.M. 26 ottobre 2005 ha, poi, stabilito le modalità di trasferimento della gestione del SIAN dal Ministero all'AGEA.

Successivamente, il decreto legge n. 182 del 2005, convertito con modificazioni dalla legge n. 231 del 2005, ha integrato l'art. 14 del decreto legislativo n. 99 del 2004, aggiungendovi il comma 10-bis, il quale prevede che *“l'AGEA, nell'ambito delle ordinarie dotazioni di bilancio, costituisce una società a capitale misto pubblico-privato, con*

partecipazione pubblica maggioritaria nel limite massimo pari a 1,2 milioni di euro nell'ambito delle predette dotazioni di bilancio, alla quale affidare la gestione e lo sviluppo del SIAN. La scelta del socio privato avviene mediante l'espletamento di una procedura ad evidenza pubblica ai sensi del decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 157, e successive modificazioni. Dall'attuazione del presente comma non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico del bilancio dello Stato”.

Il Consiglio di Amministrazione dell'AGEA, con delibera 25 novembre 2005, n. 124, ha disposto la costituzione della Società SIN s.r.l., con determinazione degli elementi principali dello statuto societario. Il 29 novembre 2005, con atto notarile, è stata costituita la Società SIN s.r.l. con capitale sociale interamente sottoscritto dall'AGEA.

L'AGEA, quindi, ha provveduto alla individuazione del socio privato di minoranza della SIN s.r.l. tramite un'apposita gara, con bando pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea.

2. Con un primo quesito, il Ministero delle Politiche Agricole, quale autorità preposta alla vigilanza sull'AGEA e nell'esercizio dei suoi poteri di indirizzo sul SIAN, ha chiesto il parere del Consiglio di Stato in ordine alla legittimità di affidamento diretto del servizio in questione alla neo-costituita Società SIN.

Questa Sezione, con il parere n. 3162/06, reso dall'adunanza del 13 dicembre 2006, ha ritenuto che, “nel caso prospettato con il quesito in oggetto”, non si rinvergono le due condizioni “per ritenere legittimi affidamenti diretti o *in house*”, come definite “dalla giurisprudenza sia nazionale, sia comunitaria”, ovvero: “1) che il servizio sia svolto direttamente dall'Amministrazione ovvero da società sulla quale eserciti un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi; 2) che la società affidataria realizzi la parte più importante e comunque prevalente della propria attività con l'ente che esercita “il controllo analogo”.

Alla stregua di tali considerazioni – sulla base delle prospettazioni effettuate dal Ministero referente – la Sezione ha affermato che la situazione in esame appare “non conforme ai principi della normativa nazionale e comunitaria” esaminati (ovvero quelli relativi all'applicabilità del modello dell'*in house providing*).

3. Il Ministero delle politiche agricole e forestali (Dipartimento delle Politiche di Sviluppo) chiede, ora, un nuovo pronunciamento di questo Consiglio di Stato sulla questione, affermando che “ad una più attenta considerazione” si rinvergono profili e conseguenze della vicenda “che, nell'originaria richiesta di parere rivolta dal Ministero al

Consiglio di Stato in ragione dei rapporti di vigilanza sull'AGEA, non erano state prese in considerazione e che ora da segnalazione della stessa AGEA sono venute ad emergere”.

3.1. In particolare, con la nuova richiesta di parere si riferisce che “il punto nodale ... è costituito dalla configurazione dei profili organizzatori dell'AGEA delineati dalla normativa di riferimento ed esattamente dall'art. 14, commi 9, 10 e 10-bis del d.lgs. n. 99 del 29 marzo 2004”, sopra riportati, che prevedono il subentro immediato dell'AGEA in tutte le complesse competenze e funzioni del SIAN (quali definite dalla legge n. 194 del 4 giugno 1984, dall'art. 15 del d.lgs. n. 173 del 30 aprile 1998 e, in seguito, dal DM 26 ottobre 2005).

Il Ministero ricorda, innanzitutto, che il SIAN è stato istituito come servizio proposto per l'esercizio delle competenze statali in materia di indirizzo e coordinamento delle attività agricole e della conseguente necessità di acquisire e verificare tutti i dati relativi al settore agricolo nazionale (ai sensi del sopra riportato art. 15 della legge n. 194 del 1984).

Per tali finalità, secondo la previsione del richiamato art. 15, comma 1, del d.lgs. n. 173 del 1998, *“Il SIAN, quale strumento per l'esercizio delle funzioni di cui al decreto legislativo 4 giugno 1997, n. 143, ha caratteristiche unitarie ed integrate su base nazionale e si avvale dei servizi di interoperabilità e delle architetture di cooperazione previste dal progetto della rete unitaria della pubblica amministrazione. Il Ministero per le politiche agricole e gli enti e le agenzie dallo stesso vigilati, le regioni e gli enti locali, nonché le altre amministrazioni pubbliche operanti a qualsiasi titolo nel comparto agricolo e agroalimentare, hanno l'obbligo di avvalersi dei servizi messi a disposizione dal SIAN, intesi quali servizi di interesse pubblico, anche per quanto concerne le informazioni derivanti dall'esercizio delle competenze regionali e degli enti locali nelle materie agricole, forestali ed agroalimentari. Il SIAN è interconnesso, in particolare, con l'Anagrafe tributaria del Ministero delle finanze, i nuclei antifrode specializzati della Guardia di finanza e dell'Arma dei carabinieri, l'Istituto nazionale della previdenza sociale, le camere di commercio, industria ed artigianato, secondo quanto definito dal comma 4.”*.

Il comma 2 dello stesso articolo aggiunge che il Sistema Informativo Agricolo Nazionale è unificato con i sistemi informativi di cui all'articolo 24, comma 3, della legge n. 97 del 1994, e all'articolo 1 della legge n. 81 del 1997, nonché integrato con i sistemi informativi regionali. Allo stesso è trasferito l'insieme delle strutture organizzative, dei beni, delle banche dati, delle risorse hardware, software e di rete dei sistemi di cui all'articolo 1 della legge n. 81 del 1997, senza oneri amministrativi. Inoltre, *“in attuazione*

della normativa comunitaria, il SIAN assicura, garantendo la necessaria riservatezza delle informazioni, nonché l'informativa su base nazionale dei controlli obbligatori, i servizi necessari alla gestione, da parte degli organismi pagatori e delle regioni e degli enti locali, degli adempimenti derivanti dalla politica agricola comune, connessi alla gestione dei regimi di intervento nei diversi settori produttivi ivi inclusi i servizi per la gestione e l'aggiornamento degli schedari oleicolo e viticolo.”.

Il SIAN è, altresì, “interconnesso con i sistemi informativi delle camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura al fine di fornire all'ufficio del registro delle imprese di cui all'art. 2 del d.P.R. n. 581 del 1995 gli elementi informativi necessari alla costituzione ed aggiornamento del Repertorio economico amministrativo (REA). Con i medesimi regolamenti, di cui all'articolo 14, comma 3, sono altresì definite le modalità di fornitura al SIAN da parte delle camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura, delle informazioni relative alle imprese del comparto agroalimentare” (comma 3 del predetto art. 15 del d.lgs. n. 173 del 1998).

L'integrazione del SIAN alla rete informativa pubblica è confermata dalla adozione, prevista dal comma 4 dell'art. 15, di una apposita convenzione, con la quale “le amministrazioni di cui ai commi precedenti definiscono i termini e le modalità tecniche per lo scambio dei dati, attraverso l'adozione di un protocollo di interscambio dati. Il sistema automatico di interscambio dei dati è attuato secondo modalità in grado di assicurare la salvaguardia dei dati personali e la certezza delle operazioni effettuate, garantendo altresì il trasferimento delle informazioni in ambienti operativi eterogenei, nel pieno rispetto della pariteticità dei soggetti coinvolti.”.

In aggiunta a tali funzioni, l'art. 2 del decreto del Ministro delle politiche agricole e forestali del 26 ottobre, recante adempimenti relativi alla gestione dei servizi del SIAN, sancisce che “L'AGEA in attuazione dell'art. 14, comma 9, del decreto legislativo n. 99/2004 e sulla base degli atti di indirizzo di cui all'art. 1, comma 1, assicura le funzioni di coordinamento, sviluppo e gestione del SIAN, assumendo i provvedimenti necessari a promuovere ed eseguire gli adempimenti previsti e garantendo il raccordo con il Ministero per l'innovazione e le tecnologie, e con il CNIPA per l'esercizio delle funzioni di cui all'art. 15 della legge 4 giugno 1984, n. 194. Per le finalità di cui al precedente comma 1, l'AGEA, in coerenza con le linee guida e le direttive del Ministero per l'innovazione e le tecnologie e del CNIPA, promuove o partecipa a progetti aventi gli obiettivi:

a) di razionalizzare l'impegno delle amministrazioni pubbliche tramite la standardizzazione dei processi di erogazione dei servizi di interoperabilità e cooperazione,

nonché l'interscambio sistematico dei dati tra soggetti pubblici con l'obiettivo di evitare duplicazioni e ridondanze nella erogazione e fruizione dei servizi;

b) di valorizzare i dati, i prodotti ed i servizi delle amministrazioni pubbliche e di agevolare il riuso delle funzioni dalle stesse realizzate;

c) di realizzare servizi a valore aggiunto verso soggetti terzi, anche privati”.

Secondo l'art. 3 dello stesso provvedimento, “in attuazione dell'art. 14, commi 9 e 10, del decreto legislativo 29 marzo 2004, n. 99, l'AGEA assicura al Ministero l'integrazione all'interno del SIAN dei dati e dei servizi informativi derivanti dalle attività eseguite dagli enti ed agenzie vigilati dal Ministero o da altri soggetti pubblici e privati, delegate o finanziate dal Ministero stesso, che comportino la gestione di dati e di archivi informatizzati. Nell'esercizio delle funzioni di cui al comma 1, l'AGEA: a) definisce gli standard idonei a garantire la compatibilità con l'architettura complessiva del SIAN, verificandone il rispetto; b) garantisce la fruizione delle informazioni all'interno del SIAN, sulla base delle specifiche definite, realizzando gli opportuni meccanismi di interoperabilità, interscambio e cooperazione.”.

3.2. La referente amministrazione ritiene, quindi, che la ricognizione del quadro normativo complessivo evidenzi che il relativo trasferimento in capo all'AGEA abbia comportato “l'assunzione da parte dell'Agenzia di nuove competenze e funzioni oltre a quelle in precedenza istituzionalmente assegnate che avrebbero comportato l'adeguamento delle strutture della stessa. Ciò in quanto lo svolgimento delle relative funzioni necessita di una specifica esperienza informatica ed un patrimonio di conoscenze tecnologiche non facilmente improvvisabile, né rinvenibile presso strutture pubbliche”.

In sostanza, il Ministero reputa necessario rilevare, con il nuovo quesito, che la norma ha previsto il subentro immediato dell'AGEA in tutte le complesse competenze e funzioni del SIAN “senza che la società subentrante avesse la esperienza e vocazione tecnico-informativa necessaria, né adeguate strutture vocate allo scopo. Ma, proprio nella consapevolezza di tale deficienza, per la realizzazione e gestione di siffatto sistema informativo la medesima norma ha delineato un particolare modulo organizzatorio, diretto ad assicurare il necessario patrimonio di conoscenze e tecnologie specializzate ed aggiornate tipiche delle imprese private (che come tali si confrontano con l'aggiornamento imposto dalla concorrenza del libero mercato). E, difatti, ha imposto alla AGEA di non attrezzarsi direttamente, ma di costituire una società pubblico-privata, individuando quale socio privato una impresa in possesso del requisito di esperienza nel settore specifico ed alta specializzazione tecnologica”.

Tale modulo organizzatorio, in effetti, è stato imposto dal legislatore con il d.l. n. 182 del 2005, convertito dalla legge n. 231 del 2005, senza lasciare alla AGEA alcuna possibile alternativa di organizzare e gestire il servizio secondo modalità diverse.

3.3. In applicazione di questo contesto normativo, la referente amministrazione chiarisce, con la nuova richiesta di parere, di aver configurato la “società mista” indicata dalla legge come un soggetto nell’ambito del quale il socio pubblico si faccia carico delle competenze e responsabilità amministrative e il socio privato metta a disposizione della società la propria competenza specifica, apportando il suo lavoro professionale per la realizzazione degli obiettivi di legge.

In questo quadro – ritiene il Ministero referente – “il socio privato finisce per assumere a termine (9 anni previsti dalla gara) il ruolo di *socio di lavoro* munito delle necessarie conoscenze tecnico-informatiche per consentire alla società pubblico privata di prestare il servizio informatico previsto dalla legge”. Tale modello – secondo la referente amministrazione – è conforme a quello disciplinato dagli artt. 113 e 116 del t.u. n. 267 del 2000 sugli enti locali ed appare coerente con la natura della attività che l’AGEA è per legge chiamata a svolgere: “da un lato competenze e funzioni amministrative e di controllo in materia di agricoltura (così come esposte nella normativa in precedenza citata), dall’altro a sovrintendere alle attività operazioni e prestazioni di tipo informativo sottese alla piena la realizzazione della prime e demandate secondo lo schema organizzatorio del socio di lavoro al privato prescelto in gara”.

In sostanza, secondo questo modello organizzatorio, il socio pubblico è chiamato ad assumersi l’onere ed a svolgere funzioni amministrative del servizio, mentre il socio di lavoro privato a predisporre l’organizzazione necessaria a consentire lo svolgimento di quelle funzioni sul servizio.

Del resto – aggiunge il quesito in esame – la peculiarità e specializzazione tecnologica della gestione del SIAN è sempre stata considerata e valutata dal legislatore anche in precedenza, atteso che anche l’art. 15 della legge n. 194 del 1984 disciplinava espressamente la gestione di tale ente “*in deroga alle norme sulla contabilità dello Stato*”, sì da suggerire il ricorso ad uno strumento organizzatorio *ad hoc* quale, per l’appunto, quello da ultimo delineato dall’art. 14, comma 10-bis, del d.l. n. 182 del 2005 come convertito, con modificazioni, dalla legge n. 231 del 2005.

3.4. Dall’approfondimento effettuato, il Ministero trae il nuovo convincimento che “la costituzione, da parte dell’AGEA, della società SIM, costituisce il momento di

esercizio di una funzione organizzativa espressamente prevista dalla legge e non già affidamento di un servizio. Per contro, tale specifico momento si configura a valle, e cioè [attraverso] le modalità che attuerà la Società per svolgere i servizi cui è preposta.”. E per tale fase è la stessa norma che si è premurata di aprire la partecipazione della Società ad un soggetto privato che andrà ad assumere il ruolo di socio di lavoro e che dovrà essere scelto con gara europea (che, effettivamente, risulta essere stata regolarmente effettuata, nel corso dello scorso anno, ai sensi del d.lgs. n. 157 del 1995).

In conclusione, la richiesta di parere afferma che dalla nuova ricognizione effettuata sembra di poter conseguire che “la costituzione della società per la gestione del SIAN non costituisce affatto una modalità di affidamento *in house* contraria alla disciplina comunitaria, bensì una modalità organizzativa per lo svolgimento del SIAN articolato in via primaria nella costituzione della società e poi nella sua apertura all’apporto di lavoro di un socio privato prescelto con gara (e quindi in piena conformità con il trattato CE e le direttive comunitarie) per i prossimi 9 anni”. Inoltre, tale modello sembra al Ministero coerente con la peculiarità del servizio da svolgere, e con la “esigenza di non accentrare su AGEA funzioni che non è attrezzata a svolgere direttamente” e, nello stesso tempo, “che non può esercitare seguendo modalità ed *iter* procedurali diversi da quello tassativamente imposto dalla legge, consistente nella costituzione di una società pubblico — privata”.

4. Questo Consiglio di Stato è dell’avviso che, alla stregua delle nuove argomentazioni e allegazioni – e ferme restando le affermazioni di principio enunciate nel precedente parere n. 3162/06 – si possa pervenire a conclusioni differenti sullo specifico caso in questione, secondo le considerazioni che seguono.

5. Appare necessario, in primo luogo, definire la riconducibilità o meno, in via generale, del modello organizzativo identificato dal legislatore nel caso di specie – ovvero quello della costituzione di una “società mista” pubblico-privata – al modello dell’*in house providing*: solo in caso affermativo si potrà discutere del rinvenimento o meno, in concreto, dei requisiti richiesti dalla giurisprudenza in materia.

5.1. Come è noto, l’espressione *in house providing* (usata per la prima volta in sede comunitaria nel Libro Bianco sugli appalti del 1998) identifica il fenomeno di “autoproduzione” di beni, servizi o lavori da parte della pubblica amministrazione: ciò accade quando quest’ultima acquisisce un bene o un servizio attingendoli all’interno della

propria compagine organizzativa senza ricorrere a terzi tramite gara e dunque al mercato (cfr., in termini, la recente decisione della VI Sezione di questo Consiglio del 3 aprile 2007, n. 1514, su cui si tornerà più avanti). Il modello si contrappone a quello dell'*outsourcing*, o *contracting out* (la c.d. esternalizzazione), in cui la sfera pubblica si rivolge al privato, demandandogli il compito di produrre e/o fornire i beni e servizi necessari allo svolgimento della funzione amministrativa.

La prima definizione giurisprudenziale della figura è fornita dalla sentenza della Corte di giustizia delle Comunità europee del 18 novembre 1999, causa C-107/98 – Teckal. In quella sede – a estrema sintesi delle considerazioni della Corte – si è affermato che non è necessario rispettare le regole della gara in materia di appalti nell'ipotesi in cui concorrano i seguenti elementi:

a) l'amministrazione aggiudicatrice esercita sul soggetto aggiudicatario un "controllo analogo" a quello esercitato sui propri servizi;

b) il soggetto aggiudicatario svolge la maggior parte della propria attività in favore dell'ente pubblico di appartenenza.

In ragione del "controllo analogo" e della "destinazione prevalente dell'attività", l'ente *in house* non può ritenersi "terzo" rispetto all'amministrazione controllante ma deve considerarsi come uno dei servizi propri dell'amministrazione stessa: non è, pertanto, necessario che l'amministrazione ponga in essere procedure di evidenza pubblica per l'affidamento di appalti di lavori, servizi e forniture.

5.2. Questa Sezione condivide pienamente – come già affermato nel precedente parere n. 3162/06 (cfr. pure, in termini, la citata decisione della VI Sezione n. 1514/07) – le affermazioni secondo le quali la figura dell'*in house providing* si configura come un modello eccezionale, i cui requisiti vanno interpretati restrittivamente poiché costituiscono una deroga alle regole generali del diritto comunitario.

Ciò è stato chiarito con fermezza dalla Corte di giustizia nelle sue successive pronunce (cfr. le note sentenze 11 gennaio 2005, causa C-26/03 - Stadt Halle e RPL Lochau, su cui si tornerà più avanti per altri profili; 21 luglio 2005, causa C-231/03 - Corame; 13 ottobre 2005, causa C-458/03 - Parking Brixen GmbH; 10 novembre 2005, causa C-29/04 - Mödling o Commissione c/ Austria; 6 aprile 2006, causa C-410/04 - ANAV c/ Comune di Bari; 11 maggio 2006, causa C-340/04 - Carbotermo; 18 gennaio 2007, causa C-220/05 - Jean Auroux).

Il ridimensionamento dell'istituto è da ricondursi anche a fenomeni di distorsione nel ricorso a tale modello, del quale si tende ad abusare attraverso il fenomeno

delle c.d. catene societarie e dei controlli indiretti, nonché attraverso le attività svolte nei confronti di terzi.

In particolare, la ricordata sentenza Carbotermo dell'11 maggio 2006, causa C-340/04, ha affermato che la partecipazione pubblica totalitaria è necessaria, ma non sufficiente. Difatti, per giustificare la deroga alle regole europee di evidenza pubblica occorrono maggiori strumenti di controllo da parte dell'ente rispetto a quelli previsti dal diritto civile. La giurisprudenza comunitaria e nazionale li ha nel tempo individuati affermando, in particolare, che:

- il consiglio di amministrazione della società *in house* non deve avere rilevanti poteri gestionali e l'ente pubblico deve poter esercitare maggiori poteri rispetto a quelli che il diritto societario riconosce alla maggioranza sociale;

- l'impresa non deve aver “acquisito una vocazione commerciale che rende precario il controllo” da parte dell'ente pubblico (tale vocazione risulterebbe, tra l'altro: dall'ampliamento dell'oggetto sociale; dall'apertura obbligatoria della società, a breve termine, ad altri capitali; dall'espansione territoriale dell'attività della società a tutta l'Italia e all'estero: cfr., in particolare, le già citate sentenze 13 ottobre 2005, causa C-458/03 - Parking Brixen GmbH e 10 novembre 2005, causa C-29/04 - Mödling o Commissione c/ Austria);

- le decisioni più importanti devono essere sottoposte al vaglio preventivo dell'ente affidante (cfr. pure la decisione della V sez. di questo Consiglio di Stato 8 gennaio 2007, n. 5, che ha affermato che se il consiglio di amministrazione ha poteri ordinari non si può ritenere sussistere un “controllo analogo”);

- il controllo analogo si ritiene escluso dalla semplice previsione nello statuto della cedibilità delle quote a privati (Tar Puglia, 8 novembre 2006, n. 5197; Consiglio di Stato, V sez., 30 agosto 2006, n. 5072).

La giurisprudenza ha anche chiarito che, in astratto, è configurabile un “controllo analogo” anche nel caso in cui il pacchetto azionario non sia detenuto *direttamente* dall'ente pubblico, ma *indirettamente* mediante una società per azioni capogruppo (c.d. *holding*) posseduta al 100% dall'ente medesimo. Tuttavia, una tale forma di partecipazione “può, a seconda delle circostanze del caso specifico, indebolire il controllo eventualmente esercitato dall'amministrazione aggiudicatrice su una società per azioni in forza della mera partecipazione al suo capitale” (cfr. la citata sentenza Carbotermo, 11 maggio 2006, causa C-340/04). In tale ottica, la partecipazione pubblica indiretta, anche se totalitaria, è in astratto compatibile, ma affievolisce comunque il controllo.

I principi giurisprudenziali sopra accennati appaiono, ormai, largamente condivisi dalle Corti Supreme nazionali, ivi compreso, come si è detto, questo Consiglio di Stato, il quale (sia nel parere n. 3162/06 che nella decisione della VI Sezione da ultimo citati) ha anche rilevato che, nel nostro ordinamento, una norma di carattere generale era stata proposta nel primo schema del codice dei contratti pubblici, ma non è stata poi inserita nel testo finale del d.lgs. n. 163 del 2006, a conferma della volontà del legislatore di non generalizzare il modello dell'*in house* a qualsiasi forma di affidamento di servizi, di lavori, o di forniture (la norma dell'originario schema era l'art. 15, rubricata "*Affidamenti in house*", dal seguente testo: "*Il presente decreto non si applica all'affidamento di servizi, lavori, forniture a società per azioni il cui capitale sia interamente posseduto da un'amministrazione aggiudicatrice, a condizione che quest'ultima eserciti sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'amministrazione aggiudicatrice.*"; il codice, tuttavia, ha conservato un riferimento generale alle società miste all'art. 1, comma 2, e all'art. 32: cfr. *infra*, il punto 7).

5.3. Questo Consiglio di Stato ritiene che l'evoluzione giurisprudenziale consenta, altresì, di escludere, in via generale, la riconducibilità del modello organizzativo della "società mista" a quello dell'*in house providing*.

Tale riconducibilità, che in principio era quantomeno dubbia (e molto si è discusso sul punto: svariati autori, in dottrina, propendevano per la soluzione affermativa e ancora oggi vi sono discipline che ricomprendono entrambe le situazioni: cfr. l'art. 13 del d.l. n. 223 del 2006, di cui si dirà *infra*, al punto 7.3), oggi può dirsi ormai definita in senso negativo dalla giurisprudenza – non risalente ma ormai consolidata – della Corte di giustizia europea, nelle decisioni in cui ha progressivamente definito il concetto di "controllo analogo".

In particolare, ciò emerge dalla già menzionata sentenza della Corte 11 gennaio 2005, causa C-26/03 - Stadt Halle e RPL Lochau: nel dare atto che, in quella controversia, la Stadt Halle si era difesa proprio sostenendo che si sarebbe trattato "di un'«operazione di '*in house providing*'», alla quale non si applicherebbero le norme comunitarie in materia di appalti pubblici", la Corte ha invece affermato che "la partecipazione, anche minoritaria, di un'impresa privata al capitale di una società alla quale partecipi anche l'amministrazione aggiudicatrice in questione, esclude in ogni caso che tale amministrazione possa esercitare sulla detta società un controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi".

L'opzione interpretativa è confermata, tra le altre, dalla citata sentenza 6 aprile 2006, causa C-410/04 - ANAV c/ Comune di Bari – laddove afferma che “se la società concessionaria è una società aperta, anche solo in parte, al capitale privato, tale circostanza impedisce di considerarla una struttura di gestione «interna» di un servizio pubblico nell'ambito dell'ente pubblico che la detiene (v. già, in senso analogo, anche la sentenza 21 luglio 2005, causa C-231/03 - Corame)” – e in quella 18 gennaio 2007, causa C-220/05 - Jean Auroux, ove si afferma che “quanto dichiarato dalla Corte nella sentenza Stadt Halle e RPL Lochau, cit., con riferimento agli appalti pubblici di servizi si applica anche con riferimento agli appalti pubblici di lavori”.

In altri termini, la Corte di giustizia ha ritenuto che qualsiasi investimento di capitale privato in un'impresa obbedisca a considerazioni proprie degli interessi privati e persegua obiettivi di natura differente rispetto a quelli dell'amministrazione pubblica. Pertanto, in sostanza, oggi si può parlare di società *in house* soltanto se essa agisce come un vero e proprio organo dell'amministrazione “dal punto di vista sostantivo”, non contaminato da alcun interesse privato.

Di tali conclusioni questo Consiglio di Stato ha già preso atto quando, con la decisione n. 1514/07 della VI Sezione, ha affermato – con argomenti che questa Sezione condivide pienamente – che, in un caso diverso da quello ivi deciso (e definito con la decisione n. 1513/07), “la Sezione ha ritenuto neanche configurabile l'affidamento *in house* in considerazione dell'assenza di una partecipazione pubblica totalitaria all'epoca ... degli affidamenti in contestazione in quel procedimento. L'assenza della partecipazione pubblica totalitaria esclude, infatti, in radice la possibilità di configurare il requisito del controllo analogo, richiesto dalla giurisprudenza comunitaria per gli affidamenti *in house*”.

Da ciò consegue – ad avviso del Collegio – l'inutilità di ricercare, allo scopo di giustificare la compatibilità con la disciplina europea, i (sempre più selettivi) requisiti richiesti per l'*in house* anche nel modello di partenariato pubblico-privato “società mista” cui si riconduce l'oggetto del quesito in esame.

6. La non riconducibilità alla figura dell'*in house* non implica, di per sé, la esclusione automatica della compatibilità comunitaria della diversa figura della società mista a partecipazione pubblica maggioritaria in cui il socio privato sia scelto con una procedura di evidenza pubblica.

Su tale specifica modalità organizzativa, infatti, non risulta che la Corte di giustizia abbia ancora avuto modo di pronunciarsi espressamente: anche nelle più importanti sentenze in cui si tratta di società miste (e in particolare la sentenza 11 gennaio

2005, causa C-26/03 - Stadt Halle e RPL Lochau, e la sentenza 13 ottobre 2005, causa C-458/03 - Parking Brixen GmbH), il privato era stato individuato senza gara (cfr. *amplius infra*, il punto 8.2.2).

Per la soluzione del quesito in esame si impone, allora, una verifica autonoma, da condurre alla stregua dei rigorosi principi dettati dalla Corte di giustizia (sull'*in house*, ma non solo) ma senza poter contare, allo stato, su una indicazione specifica in termini.

Tale verifica va condotta, ad avviso della Sezione, avendo sempre presente l'interesse fondamentale che sottende la attuale disciplina dell'evidenza pubblica: la tutela della concorrenza, cui si applicano anche i principi di parità di trattamento, di non discriminazione e di trasparenza. Tale interesse appare prevalente rispetto a quello della tutela dell'amministrazione.

La Sezione, difatti, rileva che – se il regime dell'evidenza pubblica per la scelta del contraente privato nei contratti “passivi” della pubblica amministrazione è presente da tempo nel nostro sistema nazionale, ben da prima dell'avvento della disciplina comunitaria degli appalti pubblici, in quanto dettato nell'interesse dell'amministrazione appaltante – con il progressivo avvento della disciplina comunitaria tale regime nazionale è stato, in parte, conservato nei meccanismi di selezione del contraente, ma investito da una *ratio* del tutto nuova, che impone diversi canoni interpretativi e applicativi.

La finalità, l'intera logica di tale disciplina si è, infatti, trasformata – in adesione ai principi europei – da quella della tutela primaria dell'interesse dell'amministrazione a quella della libera circolazione e della concorrenza.

Di conseguenza, se ciò ha portato (ormai quasi del tutto) alla scomparsa di norme sulla scelta del contraente di sicuro interesse dell'amministrazione pubblica ma incompatibili con l'interesse alla libera concorrenza, i meccanismi tradizionali di evidenza pubblica che potevano adeguarsi a questa diversa *ratio* sono stati, nella sostanza, recepiti dal nuovo codice dei contratti pubblici (il menzionato d.lgs. n. 163 del 2006), ovvero – se contenuti in disposizioni speciali – non sono stati espressamente abrogati. Ciò è avvenuto, però, sul presupposto che tali meccanismi vadano applicati in questa diversa logica.

È in quest'ottica che va esaminata anche la questione in esame.

Non sarà, quindi, sufficiente dimostrare l'interesse dell'amministrazione – pure stigmatizzato, nel caso di specie, con una apposita *lex specialis* – ma anche la sua compatibilità con l'interesse per la massima apertura del mercato, come identificato dai principi definiti dalla Corte di giustizia europea.

Peraltro, come è noto, laddove dovesse risultare evidente una incompatibilità, da parte della legge nazionale, con la disciplina comunitaria *self executing* nel nostro