



Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici  
di Lavori, Servizi e Forniture

# Avcp

Direzione Generale  
Vigilanza Servizi e Forniture

Ufficio C

Il Dirigente

Egr. Avv. Massimo Romano  
Consigliere Regionale del  
Molise  
Via IV Novembre, 87  
86100 Campobasso

**VISF/GE/10/8220**

Prot. n. 50567/10/VISF

Roma 02/08/2010

Raccomandata A/R

**Oggetto:** Illegittima configurazione della società Molise Dati S.p.A. quale società *in house* della Regione Molise. Richiesta verifica legittimità procedure di affidamento

Il Consiglio dell'Autorità ha esaminato la questione di cui all'oggetto nell'adunanza del 13 luglio 2010 approvando la deliberazione n. 46, che si comunica in allegato alla presente.

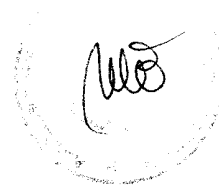
Il Dirigente

Dott. Adolfo Candia



Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici  
di Lavori, Servizi e Forniture

# Avcp



DELIBERAZIONE N. 46

Adunanza del 13 luglio 2010

**VISF/GE/10/8220**

**Oggetto:** Illegittima configurazione della società Molise Dati S.p.A. quale società *in house* della Regione Molise. Richiesta verifica legittimità procedure di affidamento.

**Stazione appaltante:** Molise Dati S.p.A.

**Esponente:** Avv. Massimo Romano Consigliere Regionale del Molise;

**Riferimenti normativi:** D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163; legge regionale del Molise del 27 gennaio 1999, n. 3.

Vista la relazione della Direzione generale della vigilanza servizi e forniture in data 30 giugno 2010.

### *Considerato in fatto*

In data 15 febbraio 2010 (nota assunta al protocollo n. 8220/VISF) e successivamente in data 22 marzo 2010 (note assunte ai protocolli nn. 17252/VISF e 17261/VISF) sono pervenute le note dell'esponente in alto identificato con cui è stato segnalato il mancato rispetto delle procedure di evidenza pubblica da parte della Regione Molise nel disporre affidamenti, per diversi milioni di euro, a favore della società Molise Dati S.p.A., società mista a capitale pubblico maggioritariamente (51%) detenuto dalla medesima Regione Molise.

In ordine a quanto esposto, questo Ufficio, in data 15 marzo 2010, con nota prot. n. 15579/10/VISF, ha provveduto a chiedere i chiarimenti del caso.

Dalle informazioni fornite (con le note della Molise Dati S.p.A. del 19.4.2010 e del 10.6.2010 nonché della Regione Molise del 22.4.2010 e del 5.5.2010 oltre che con l'Audizione della Società tenutasi il 15 giugno 2010) alle richieste di questa Autorità è emerso un quadro complessivo secondo il quale:

1. l'assetto delle partecipazioni al capitale sociale di Molise Dati S.p.A. è tale per cui il 51% del capitale sociale è detenuto dalla Regione Molise mentre il 49% è detenuto dalla Infomolise s.r.l. (società a capitale interamente privato);
2. il Consiglio di Amministrazione è composto da n. 5 membri nominati dall'Assemblea dei Soci (tre designati dalla Regione Molise, ai sensi dell'art. 2 della legge regionale 27 gennaio 1999, n. 3, due designati dal socio privato), esso è investito dei più ampi poteri per l'amministrazione ordinaria e straordinaria della società e, più segnatamente, ha facoltà di compiere tutti gli atti che ritenga opportuni per l'attuazione e il raggiungimento degli scopi

Q



Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici  
di Lavori, Servizi e Forniture

# Avcp



- sociali, esclusi soltanto gli atti che la legge e lo Statuto riservano all'Assemblea.
3. Molise Dati è stata costituita nella forma della società a responsabilità limitata (Srl) in data 04/10/1981 e le partecipazioni al capitale erano così distribuite COGRAM SRL 65%, FINMOLISE SPA 35% (Finanziaria della Regione Molise). Con legge regionale n. 3/99 la Regione Molise ha statuito di partecipare direttamente al capitale della Molise Dati, nella misura minima del 51% del capitale sociale sottoscritto (v. art. 2, comma 2 della legge regionale 27 gennaio 1999, n. 3);
  4. a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 13 del D.L. 233 del 4 luglio 2006, convertito in legge 4 agosto 2006 n. 248, l'art. 4 dello statuto della Società – rubricato “oggetto sociale” – è stato modificato come segue: *“Ai sensi dell'art. 13 del D.L. 233 del 4 luglio 2006, convertito in legge 4 agosto 2006 n. 248, la società dovrà operare esclusivamente con la Regione Molise e non potrà svolgere prestazioni a favore di altri enti pubblici o privati, né in affidamento diretto, né con gara”*. In ossequio alla disposizione legislativa richiamata e alla consequenziale disposizione statutaria, la Molise Dati nell'anno 2009 e nel corso del corrente anno 2010 non ha stipulato alcun contratto con qualsivoglia P.A. diversa dalla Regione Molise, né svolge alcuna attività nei confronti di soggetti privati. Di recente la Regione ha affidato direttamente alla Molise Dati la realizzazione del progetto SIARM (sistema informativo agricolo regionale), ricevuto su incarico dell'Assessorato alle politiche forestali, in data 9.7.2009, per un importo di € 1.077.332,63.
  5. per attività istituzionale della Molise Dati deve essere intesa l'attività rientrante nell'ambito dell'art. 4 dello Statuto – rubricato oggetto sociale – così come specificata dalla convenzione stipulata con la Regione Molise.
  6. il ruolo di centrale di committenza è stato conferito alla Molise Dati solo con legge regionale n. 3 del 22 gennaio 2010. Tuttavia non è stato ancora adottato da parte della Giunta Regionale l'atto che ne disciplina il funzionamento. Come è emerso nel corso dell'audizione tenutasi presso la sede dell'Autorità di via P.S. Mancini n. 27, in Roma, in data 15 giugno 2010, la società per meglio stabilire le fasi relative all'attuazione della disposizione normativa appena citata ha avuto contatti con la Lombardia Informatica S.p.A. (LISPA), con la quale è stato possibile avere un confronto sugli aspetti organizzativi della struttura, anche prevedendo la possibilità di inviare dei dipendenti di Molise Dati S.p.A. presso LISPA, per corsi di formazione mirati.

A ciò si aggiunga inoltre che anche la Commissione Europea il 30 marzo 2010 ha richiesto al Dipartimento della PCM per il coordinamento delle politiche comunitarie informazioni in merito a diversi appalti di servizi affidati direttamente dalla Regione Molise alla Molise Dati S.p.A. (caso 920/10/MARK). Il dipartimento a sua volta ha interessato la Regione, con una richiesta di chiarimenti del 31 marzo 2010, alla quale quest'ultima ha già fornito positivo riscontro.

### ***Ritenuto in diritto***

Dal quadro complessivo sopra descritto emerge chiaramente come la Società Molise Dati S.p.A. non possa ritenersi una società *in house* della Regione Molise poiché difetta, essenzialmente, uno dei requisiti cardini elaborati dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale: il c.d. controllo analogo (a quello svolto sui propri servizi) da parte della Regione sulla società.

Infatti per poter qualificare qualsiasi società come organismo *in house* di una determinata pubblica amministrazione è necessaria la ricorrenza di due elementi: il controllo analogo della seconda sulla prima e l'attività della prima prevalentemente svolta nei confronti della seconda.



Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici  
di Lavori, Servizi e Forniture

# Avcp



Il c.d. “controllo analogo a quello svolto sui propri servizi”, necessariamente esercitato dall’ente pubblico nei confronti dell’impresa affidataria si sostanzia in alcuni precisi elementi, di seguito illustrati.

Condizioni dello stesso sono:

- a) il capitale sociale interamente posseduto dall’ente di appartenenza, anche se sono ammesse previsioni statutarie che consentano l’ingresso di partecipazioni private, la cui operatività va valutata in concreto, (CGCE 10 settembre 2009, causa C-573/07);
- b) il consiglio di amministrazione della società non deve avere rilevanti poteri gestionali e all’ente pubblico controllante deve essere consentito di esercitare poteri maggiori rispetto a quelli che il diritto societario riconosce normalmente alla maggioranza sociale;
- c) l’impresa non deve aver acquisito, nella sostanza, una vocazione commerciale (sentenze 13 ottobre 2005, causa C-458/03 - Parking Brixen GmbH e 10 novembre 2005, causa C-29/04 - Mödling o Commissione c/ Austria);
- d) le decisioni più importanti devono essere sottoposte al vaglio preventivo dell’ente affidante (Cons. di Stato, V sez., 8 gennaio 2007, n. 5).

Si tratta di tutta una serie di elementi che nel caso di specie difettano: il capitale sociale della Molise Dati S.p.A. è detenuto dalla Regione solo nella misura del 51%, il restante 49% appartiene ad un socio privato (Infomolise s.r.l.); il Consiglio di amministrazione della Società è investito dei più ampi poteri, secondo le previsioni dello statuto, per l’amministrazione ordinaria e straordinaria e per compiere tutti gli atti necessari all’attuazione dello scopo sociale; nello statuto non è previsto che le decisioni più importanti del consiglio di amministrazione siano sottoposte al vaglio preventivo della Regione.

La Molise Dati S.p.A. si appalesa, invece, come società mista (pubblico-privata) ed è sotto questa veste che deve essere verificata l’idoneità della stessa a ricevere gli affidamenti diretti da parte della Regione Molise.

In verità, poiché la natura mista della società trova la sua fonte diretta in una specifica previsione di legge regionale (art. 2, comma 2 della legge regionale 27 gennaio 1999, n. 3), che ha stabilito anche le modalità di acquisizione della quota di maggioranza della società stessa da parte della Regione, l’analisi di compatibilità degli affidamenti diretti, che vengono costantemente disposti a favore della Molise Dati S.p.A. da parte della Regione, si sposta sul piano della verifica di conformità della normativa regionale ai principi che il Codice dei contratti enuncia in materia di affidamenti nonché dell’assonanza con l’elaborazione giurisprudenziale in tema di società miste.

Quanto al primo aspetto, si rileva come il Codice dei contratti, relativamente ai servizi ed alle forniture, non preveda l’affidamento diretto dei contratti pubblici se non nelle limitate ipotesi di cui all’art. 57, comma 2 lett. b) (affidamento ad un operatore determinato, per ragioni di natura tecnica od artistica), e dell’art. 125, comma 2, secondo periodo (affidamenti di importo contenuto nei limiti di 20.000 euro). Fattispecie da cui è completamente avulsa la casistica riscontrata riguardo agli affidamenti diretti disposti dalla Regione a favore di Molise Dati S.p.A., sia per natura che per importo.

Ciò premesso è da rilevare, inoltre, che il Codice dei contratti pubblici all’art. 4, comma 3, conformemente alle disposizioni dell’art. 117 della Costituzione, assegna alla competenza esclusiva dello Stato anche la disciplina relativa *alle procedure di affidamento*; disciplina pacificamente ricondotta alla materia della concorrenza (secondo il consolidato orientamento della Corte Costituzionale, *ex multis* Corte Cost. sentenza 23 novembre 2007, n. 401) che appartiene alla competenza esclusiva dello Stato, in base al disposto dell’art. 117 della Costituzione.

Ne consegue che, poiché le procedure di affidamento ammesse nel nostro ordinamento sono solo quelle previste dal Codice dei contratti (emanato in conformità alle direttive comunitarie in



Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici  
di Lavori, Servizi e Forniture

# Avcp

materia: 2004/17, 2004/18), le regioni, secondo l'art. 4, comma 3 del Codice, attraverso la loro potestà legislativa non possono prevederne di diverse.

Inoltre, trattandosi di materia attratta alla competenza esclusiva dello Stato – laddove le regioni, come nel caso di specie, abbiano emanato una disciplina antecedente in contrasto con il Codice – quest'ultimo determina un effetto di abrogazione tacita rispetto alla prima (per le parti incompatibili) e ciò tanto per le regioni a statuto ordinario (come il Molise) quanto per quelle a statuto speciale.

Avendo specifico riguardo alla disciplina delle società miste, inoltre, lo stesso codice dei Contratti pubblici, all'art. 1, comma 2, espressamente prevede che *“Nei casi in cui le norme vigenti consentono la costituzione di società miste per la realizzazione e/o gestione di un'opera pubblica o di un servizio, la scelta del socio privato avviene con procedure di evidenza pubblica”*.

Ma ancora prima, sul piano giurisprudenziale, avendo il diritto comunitario posto l'unico limite del rispetto dei principi di concorrenza, trasparenza, parità di trattamento e proporzionalità alla costituzione delle società miste, si era già cristallizzata all'interno del nostro ordinamento l'idea della necessità di ricorrere a procedure ad evidenza pubblica al fine di scegliere il *partner* che rappresenterà la parte privata di queste società ibride.

In verità la posizione del Consiglio di Stato è andata anche oltre, risolvendo il problema della possibilità o meno dell'affidamento diretto di servizi e forniture a favore della società mista il cui socio fosse stato già scelto con gara.

Secondo i giudici di palazzo Spada non si può far derivare dalla giurisprudenza comunitaria il principio in base al quale sarebbe possibile obbligare l'Amministrazione ad indire una gara nella quale *lo stesso soggetto pubblico aggiudicatore possa anche partecipare come socio (addirittura maggioritario) della società mista aspirante aggiudicataria*.

Pertanto se relativi allo specifico incarico rientrante nella *mission* per la quale la società mista è stata costituita, gli affidamenti possono essere attribuiti direttamente nella prima gara (quella relativa alla scelta del *partner* privato) senza che ciò possa comportare il verificarsi della pericolosa circostanza lesiva della concorrenza prospettata nella sentenza “Stadt Halle”, mentre risulta contrario ai principi comunitari in tema di concorrenza, che alla stessa società vengano direttamente affidati ulteriori compiti non rientranti nell'affidamento iniziale.

Inoltre, affinché l'affidamento ad una società mista possa ritenersi legittimo, ad essere ben definito non deve essere soltanto il pacchetto di attività attribuite con la prima – ed unica – gara con la quale si sceglie il socio privato, ma lo deve essere anche la partecipazione di quest'ultimo in termini di durata.

In sintesi: gara unica a doppio oggetto (per la scelta del socio e l'affidamento del servizio); socio privato con funzioni di socio operativo (mentre la p.a. esercita sul medesimo un controllo “*semianalogo*”); partecipazione a tempo determinato del privato alla compagine sociale; divieto di società mista “generalista” ovvero “aperta” all'affidamento di ulteriori incarichi al socio privato; sono tutti elementi indeclinabili per la legittimità di una società mista e degli affidamenti direttamente disposti a favore della medesima (cfr. Cons. Stato, sez. II, parere 18 aprile 2007, n. 456; Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 3 marzo 2008, n. 1; Cons. Stato, sez. VI, 23 settembre 2008, n. 4603; Cons. Stato, sez. VI, 16 marzo 2009, n. 1555; Cons. Stato, Sez. V, 13 febbraio 2009, n. 824).

La Molise Dati S.p.A., in quanto società mista, il cui socio non è stato scelto con gara (trattasi, peraltro di socio a tempo indeterminato) né, tanto meno, alla medesima sono affidati con gara i servizi che essa svolge a favore della Regione Molise, è priva dei requisiti di legittimità che si desumono dalle norme e dai principi tanto in materia di *in house providing* quanto di società miste.



Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici  
di Lavori, Servizi e Forniture

# Avcp

In base a quanto sopra considerato,

## Il Consiglio

- ritiene che la Molise Dati S.p.A. non sia qualificabile come organismo *in house* della Regione Molise, visto il difetto del requisito del controllo analogo, così come illustrato nelle considerazioni sopra esposte;

- ritiene che la Molise Dati S.p.A., in quanto società mista, difetti, anche in tale veste, dei requisiti di conformità alle disposizioni del Codice dei contratti – art. 1, comma 2 – ed ai principi di elaborazione giurisprudenziale in materia, nei termini in cui si è illustrato nelle considerazioni che precedono;

- invita la Regione Molise ad adottare i provvedimenti del caso, anche attraverso una modifica delle disposizioni normative relative alla partecipazione della Regione al capitale della Società – art. 2 della legge regionale 27 gennaio 1999, n. 3 – al fine di rendere conformi ai principi ed alle norme in tema di contratti pubblici gli affidamenti che essa direttamente dispone a favore della Società;

- invita la Regione Molise a riferire sui provvedimenti che saranno adottati in attuazione alla presente deliberazione, entro trenta giorni dalla ricezione della stessa ai sensi dell'art. 6 del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163;

- dà mandato alla Direzione Generale Vigilanza Servizi e Forniture perché comunichi la presente deliberazione alla Molise Dati S.p.A., oltre che all'esponente, nonché all'Ufficio Relazioni Internazionali e Comunitarie affinché la trasmetta al Dipartimento per il Coordinamento delle Politiche Comunitarie, presso cui è pendente il caso n. 920/10/MARK del Progetto Pilota per la corretta applicazione del diritto comunitario, per il relativo inoltro alla Commissione Europea.

**Il Consigliere Relatore**  
Alfredo Meocci

**Il Presidente f.f.**  
Giuseppe Brienza

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 28 luglio 2010

**Il Segretario**

Maria Esposito

  
*Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici  
di lavori, servizi e forniture*

**IL CONSIGLIO**

Si dichiara che la presente copia, composta di

n. 5 Fogli, è conforme all'originale.

Roma li 28 luglio 2010

**IL SEGRETARIO**