



Autorità Nazionale Anticorruzione
Il Presidente

Delibera n. 1132 del 16 novembre 2016

Oggetto: Richiesta di parere presentata dall'Agenzia per l'Italia Digitale sulla legittimità dell'iniziativa del Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare di affidare in via diretta a Sogei i servizi di supporto per il monitoraggio del nuovo sistema SISTRI – Nota prot. n. 116411 del 2 agosto 2016.
AG 47/2016/AP

Il Consiglio

Visto il decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50;

Visto l'appunto dell'Ufficio Precontenzioso e Affari Giuridici;

Considerato in fatto

Con nota acquisita al prot. n. 116411 del 2 agosto 2016, l'Agenzia per l'Italia Digitale (Agid) ha sottoposto all'attenzione dell'Autorità una richiesta di parere in ordine alla legittimità dell'iniziativa assunta dal Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare (MATTM) di affidare in via diretta a SOGEI S.p.A. - società che opera secondo il modello dell'*in house providing* per il Ministero dell'Economia e delle Finanze (MEF) - i servizi di supporto per il monitoraggio del nuovo sistema SISTRI, realizzato per il controllo della tracciabilità dei rifiuti, relativamente alle fasi di implementazione e di funzionamento a regime dello stesso.

A tal riguardo, l'Agid segnala che l'affidamento diretto del MATTM troverebbe legittimazione nella tesi sostenuta dall'Avvocatura Generale dello Stato in un parere reso al Dipartimento per gli Affari Interni e Territoriali del Ministero dell'Interno in data 13 novembre 2015, con cui è stata prospettata un'interpretazione estensiva del concetto dell'*in house*, affermando che la società SOGEI, in quanto ente strumentale del MEF, può configurarsi in rapporto analogo con tutte le altre amministrazioni centrali ed essere considerata come *in house* di tutto l'apparato statale e, quindi, anche degli altri Ministeri. Tale opzione interpretativa si regge sul presupposto della qualificazione dei Ministeri alla stregua di organi dello Stato, tra i quali non sussiste alcun rapporto di terzietà, in quanto facenti capo allo stesso e dallo stesso controllati. Il percorso argomentativo dell'Avvocatura dello Stato muove, quindi, dal presupposto dall'assenza di terzietà tra i diversi Dicasteri, per concludere che «una relazione *in house* tra un organismo ed il proprio soggetto controllante al 100% dovrebbe valere anche tra il medesimo organismo ed i soggetti che non sono terzi rispetto al suo soggetto controllante». Con ciò ammettendo «la possibilità [per un Ministero] di affidare in maniera



Autorità Nazionale Anticorruzione
Il Presidente

diretta all'ente partecipato al 100% di un altro Ministero un appalto di servizi, senza ricorso alla disciplina comunitaria di evidenza pubblica».

Alla luce dei suddetti elementi, l'Agid chiede all'Autorità di volersi esprimere sulla percorribilità dell'iniziativa intrapresa dal MATTM e sulla coerenza della stessa con il quadro normativo vigente.

Ritenuto in diritto

Al fine di rendere il richiesto parere, si osserva preliminarmente che l'affidamento diretto dei contratti pubblici può giustificarsi esclusivamente qualora sussistano i presupposti legittimanti il ricorso al modello dell'*in house providing*, così come elaborato ed innovato dalla giurisprudenza comunitaria e interna e, da ultimo, consacrato nell'ambito delle nuove direttive comunitarie in materia di appalti e concessioni (direttive 2014/24/UE, 2014/25/UE e 2014/23/UE) e, poi, espressamente recepito e codificato nell'art. 5 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 attualmente in vigore.

Il ricorso all'*in house* consente di non esternalizzare un appalto - sottraendolo alla libera concorrenza del mercato - qualora sussistano le condizioni legittimanti elaborate dalla giurisprudenza comunitaria (controllo analogo, attività prevalente e partecipazione pubblica al capitale sociale del soggetto *in house*), ritenute idonee a rivelare un rapporto di immedesimazione organica tra l'amministrazione affidante e l'ente affidatario, per cui quest'ultimo, pur essendo formalmente diverso dall'amministrazione controllante, ne costituisce sostanzialmente un diretto strumento operativo, una *longa manus*.

Il fenomeno dell'*in house* - concepito come modalità di affidamento delle commesse pubbliche in assenza di procedure di gara e di confronto competitivo - interviene, quindi, a comprimere l'obiettivo principale della normativa comunitaria e nazionale di settore, che favorisce la massima apertura del mercato ad una concorrenza effettiva. La valenza derogatoria dell'*in house* rispetto alla regola generale dell'evidenza pubblica implica, di conseguenza, che i principi che governano tale istituto, in quanto eccezionale, siano necessariamente interpretati in maniera rigorosa e restrittiva, secondo i dettami espressi più volte dal giudice comunitario (da ultimo, Corte di giustizia, Sez. V, sentenza 8 maggio 2014, C-15/13), e che a tali rigidi canoni ermeneutici vada ricondotto qualunque approccio analitico e applicativo della disciplina in questione.

Ciò vale a maggior ragione con riferimento all'attuale disciplina dell'*in house*, scrupolosamente mutuata dalla normativa comunitaria in materia di appalti e concessioni (art. 12 della Direttiva 2014/24/UE) e recentemente tradotta nel D.lgs. n. 50/2016, che ha accolto una nozione maggiormente estensiva e flessibile per la regolamentazione degli affidamenti *in house*.

Con la precedente Delibera n. 428 del 13 aprile 2016, l'Autorità ha compendiato i tratti caratteristici del modello dell'*in house* alla luce delle vigenti direttive comunitarie, evidenziandone gli aspetti di maggior rilievo e novità in relazione al requisito del controllo analogo.

L'art. 5 del nuovo Codice, di cui al D.lgs. n. 50/2016, non solo stabilisce le tre condizioni legittimanti l'affidamento diretto di contratti pubblici a società *in house* - così come affermate dalla consolidata



Autorità Nazionale Anticorruzione
Il Presidente

giurisprudenza comunitaria - ma ricalca altresì le disposizioni più innovative dell'istituto dell'*in house*, derivanti dal puntuale recepimento della disciplina europea in materia, confermandone l'impostazione più moderna e flessibile.

In particolare, il comma 2 del citato articolo chiarisce che il requisito del controllo analogo è soddisfatto qualora l'amministrazione aggiudicatrice eserciti un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative del soggetto *in house*, prevedendo inoltre la possibilità che tale controllo sia *indiretto*, cioè che possa essere esercitato da una persona giuridica diversa, a sua volta controllata allo stesso modo dall'amministrazione aggiudicatrice (es. *holding* di partecipazioni che si interpongono fra l'amministrazione aggiudicatrice e la società beneficiaria *in house*).

Il successivo comma 3 introduce, anch'esso, una novità di rilievo e prevede l'esclusione dell'applicazione del Codice per gli appalti o le concessioni aggiudicati dal soggetto *in house* (che è a sua volta amministrazione aggiudicatrice), alla propria amministrazione controllante o ad altro soggetto giuridico controllato da quest'ultima, sempreché nell'aggiudicataria non vi sia alcuna partecipazione diretta di capitali privati (ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati che non comportino poteri di controllo o di veto sulla società *in house*, né la possibilità di esercitare sulla stessa un'influenza determinante).

Si tratta di due fattispecie distinte, entrambe mutuata dalle direttive comunitarie (paragrafo 2, art. 12, Direttiva 2014/24/UE), che configurano due varianti al modello classico dell'*in house*.

La prima fattispecie - definita con la sintetica espressione *in house verticale capovolto o invertito* - consente a due soggetti, che siano entrambi amministrazioni aggiudicatrici e che si trovino in relazione di *in house*, di affidarsi reciprocamente, in via diretta e bidirezionale, un contratto pubblico.

La seconda fattispecie, definita *in house orizzontale*, implica invece l'esistenza di tre soggetti: un soggetto aggiudica un appalto ad altro soggetto con il quale non ha alcuna relazione diretta, ma entrambi sono in relazione di *in house* con un terzo soggetto comune che li controlla. Lo schema dell'*in house* orizzontale - individuato dalla Corte di giustizia con la decisione 8 maggio 2014 (C-15/13) - richiama un modello strutturato su una relazione triangolare, che consente l'affidamento diretto tra due distinti soggetti giuridici, seppur non collegati in alcun modo tra loro, solo laddove entrambi svolgano la parte più importante della loro attività in favore dell'istituzione comune e siano sottoposti al controllo analogo esclusivo dello stesso ente controllante.

Ai fini del richiesto parere, occorre quindi indagare se la fattispecie in esame possa essere definita in maniera conforme ad una delle diverse versioni che caratterizzano l'istituto dell'*in house*, verificando "se" e "come" la relazione strumentale e servente che collega SOGEI al MEF possa giustificare l'affidamento diretto allo stesso ente societario di un appalto pubblico di servizi da parte del MATTM, dicastero diverso da quello partecipante e controllante. Fondamentale, quindi, è la valutazione in concreto, caso per caso, dell'organizzazione e degli *assets* societari, che devono essere idonei a garantire che la gestione della società affidataria sia nella piena disponibilità del socio pubblico, al fine di configurare il rapporto di "delegazione interorganica" che consente l'affidamento senza gara di contratti pubblici. Altrettanto



Autorità Nazionale Anticorruzione
Al Presidente

necessaria è, beninteso, la ricognizione puntuale circa la previsione di eventuali norme legittimanti il ricorso all'affidamento interno e l'indagine empirica sul rispetto dei requisiti richiesti per qualificare una relazione *in house* (controllo analogo, attività prevalente e partecipazione pubblica al capitale), da effettuarsi alla luce delle previsioni contenute nello statuto della società controllata.

Lo statuto di SOGEI - in quanto società strumentale partecipata interamente dal MEF e costituita per lo svolgimento dei compiti istituzionali del suddetto Ministero e di tutte le sue articolazioni e strutture serventi quali, ad esempio, le Agenzie fiscali - include nell'oggetto sociale anche "lo svolgimento di ogni attività di natura informatica per conto della Amministrazione pubblica centrale", subordinandolo però al rispetto della normativa vigente.

Volendo applicare lo schema dell'*in house* orizzontale alla fattispecie in esame, si dovrebbe sostenere che il MATTM può affidare in via diretta i servizi di supporto per il monitoraggio del SISTRI alla società SOGEI (società *in house* del MEF, con la quale il MATTM non ha alcuna relazione diretta né rapporto di controllo), in quanto tali soggetti - Ministero affidante e società affidataria - sarebbero entrambi sottoposti al controllo analogo del MEF.

Tuttavia, nel caso di specie, il soggetto affidante MATTM e la parte affidataria SOGEI non risultano sottoposti al controllo analogo di una medesima pubblica amministrazione: il MATTM non può, infatti, essere considerato - al pari, invece, della società affidataria SOGEI - in un'ottica di dipendenza formale, organizzativa ed amministrativa, come mera articolazione interna ed organica del MEF, il quale, a sua volta, non è in grado di esercitare un'influenza decisiva sugli obiettivi strategici e sulle decisioni importanti del MATTM. Nemmeno può configurarsi un controllo congiunto su SOGEI da parte del MATTM e del MEF, poiché solo quest'ultimo dicastero esercita un controllo esclusivo e personale su tale società, la quale, di riflesso, rivolge la sua attività in prevalenza per i compiti istituzionali del MEF e delle Agenzie fiscali, e non invece per le funzioni del MATTM, come emerge dall'analisi delle disposizioni statutarie della stessa società *in house*.

In tal senso, non sembrano sussistere le condizioni per ricondurre la fattispecie in oggetto all'eccezione riconosciuta dall'ordinamento per gli affidamenti *in house* di tipo orizzontale.

Spostando l'attenzione sul diverso versante dell'*in house* verticale, la verifica va effettuata con particolare riferimento alla possibilità di un'applicazione estensiva del concetto di affidamento *in house* nei termini enunciati dall'Avvocatura Generale dello Stato nel parere del 13 novembre 2015.

La particolarità della fattispecie è data dal fatto che tra le parti contraenti (MATTM e SOGEI) non sussiste alcun rapporto di controllo analogo che possa giustificare il ricorso allo schema dell'*in house* verticale. Il MATTM non vanta partecipazioni nella SOGEI, né risulta titolare di alcun potere di indirizzo o di nomina degli organi direttivi della stessa. Non è inoltre previsto lo svolgimento dell'attività prevalente della società in favore del suddetto Ministero; e infine, lo statuto di SOGEI chiarisce che la società può operare come ente strumentale *in house* esclusivamente del MEF e delle Agenzie fiscali. Circostanze, queste, che valgono ad escludere il predetto rapporto di immedesimazione organica tra affidante ed affidatario e, quindi, la configurabilità della SOGEI quale articolazione interna del MATTM.



Autorità Nazionale Anticorruzione
Al Presidente

In tal senso, la tesi dell'Avvocatura dello Stato, che teorizza un generico rapporto di *in house providing* tra la società *in house* di un Ministero e tutte le altre amministrazioni statali, non può costituire un parametro interpretativo e applicativo avente carattere assoluto e univoco.

Di conseguenza, l'organismo *in house* di un ministero non può essere considerato di per sé, *a priori*, come soggetto *in house* di un altro dicastero e addirittura dell'intera pubblica amministrazione centrale. A tal fine, occorre in ogni caso un'espressa disposizione normativa che lo consenta – come l'art. 1, comma 306, della legge 228/2012 (Legge di stabilità 2013), che ha previsto che il Ministero dell'Interno si avvalga di SOGEI per la progettazione, implementazione e gestione dell'Anagrafe Nazionale della Popolazione Residente (ANPR) – oppure è necessario che ricorrano in concreto le condizioni legittimanti la configurazione di un rapporto *in house*, in senso orizzontale o verticale, tra soggetto affidante e soggetto affidatario.

Nel caso di specie, in assenza di un rapporto di immedesimazione organica tra Ministero affidante e società affidataria, non è possibile qualificare SOGEI alla stregua di soggetto *in house* del MATTM. Si ritiene, pertanto, che non sussistono le condizioni per l'affidamento diretto a SOGEI dei servizi di supporto alle strutture del MATTM per il monitoraggio del nuovo sistema SISTRI, in base al modello dell'*in house providing*.

In base a quanto sopra considerato,

Il Consiglio

approva la presente deliberazione.

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data
Il Segretario, Maria Esposito

18 novembre 2016

Maria Esposito

f