



Autorità Nazionale Anticorruzione

Il Presidente

Delibera n. 428 del 13 aprile 2016

Oggetto: Commissario straordinario del Governo per il piano di rientro del debito pregresso del Comune di Roma - Affidamento diretto delle attività finalizzate all'attuazione del piano di rientro del debito di Roma Capitale, ai sensi dell'art. 1, comma 26-*bis*, d.l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito in l. 14 settembre 2011, n. 148 – richiesta di parere.

AG 9/2016/AP

Art. 12 direttiva 2014/24/UE - in house orizzontale

Ai sensi dell'art. 12, par. 2, della direttiva 2014/24/UE, è possibile per un'amministrazione aggiudicatrice affidare direttamente un contratto ad un soggetto non controllato direttamente dalla stessa, nel caso in cui tale soggetto e l'affidataria siano entrambi controllati da un soggetto terzo (c.d. *in house* orizzontale).

Il Consiglio

Visto il decreto legislativo n. 163/2006 e s.m.i.;

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

Considerato in fatto

Con nota pervenuta in data 11 febbraio 2016 ed acquisita al prot. n. 23707, il Commissario straordinario del Governo per il piano di rientro del debito pregresso del Comune di Roma ha sottoposto all'attenzione dell'Autorità una richiesta di parere in ordine alla possibilità di affidare direttamente alla società SOSE s.p.a., talune attività finalizzate all'attuazione del suddetto piano di rientro.

A tal riguardo il Commissario straordinario evidenzia che ai sensi dell'art. 78, comma 1, del d.l. 112/2008, conv. con mod. dalla l. 133/2008, tra i compiti affidati alla gestione commissariale rientra anche la ricognizione della situazione economico-finanziaria del Comune di Roma e delle società da esso partecipate, nonché la predisposizione di un piano di rientro dall'indebitamento pregresso.

A sua volta, l'art. 1, comma 26-*bis*, del d.l. 138/2011, conv. con mod. dalla l. 148/2011, prevede che per lo svolgimento delle suindicate attività il Commissario straordinario può avvalersi dell'ausilio di società in controllo pubblico.

Il richiedente vorrebbe, dunque, avvalersi della facoltà prevista dalla disposizione sopra richiamata, rivolgendosi alla società SOSE s.p.a. - società di capitali costituita dal Ministero dell'Economia e delle Finanze e con partecipazione maggioritaria di quest'ultimo (88% del capitale sociale; il 12% detenuto da Banca d'Italia) - sottolineando al riguardo che la partecipazione al capitale della società, da parte del Ministero, non può essere inferiore al 51%, come espressamente previsto dall'art. 10, comma 12, della l. 146/1988.

Il Commissario straordinario chiede, quindi, se le caratteristiche della società sopra indicata, con particolare riferimento alla struttura (composizione societaria) ed alle modalità di funzionamento



Autorità Nazionale Anticorruzione

Il Presidente

(composizione e regole di formazione del C.d.a.), consentono di qualificare la stessa quale società “totalmente controllata, direttamente o indirettamente dallo Stato”, ai sensi dell’art. 1, comma 26-*bis*, del d.l. 138/2001, conv. in l. 148/2011, ai fini del legittimo affidamento alla stessa di talune attività finalizzate all’attuazione del piano di rientro.

Ritenuto in diritto

Al fine di rendere il richiesto parere, si osserva preliminarmente che la Gestione Commissariale è stata istituita dall’art.78, del d.l. 25 giugno 2008, n. 112 («Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria») convertito dalla l. 6 agosto 2008, n. 133, al fine di provvedere alla ricognizione della situazione economico-finanziaria del Comune di Roma e delle società da esso partecipate e di predisporre ed attuare il piano di rientro dall’indebitamento pregresso del comune stesso; la disposizione ha previsto al riguardo una gestione distinta dei bilanci rispettivamente per la Gestione Commissariale e per la Gestione Ordinaria (in particolare la prima ha preso in carico tutte le entrate di competenza e tutte le obbligazioni assunte alla data del 28 aprile 2008, la seconda, competente per il periodo successivo alla suddetta data è affidata agli organi istituzionali dell’Amministrazione comunale).

Numerose le disposizioni normative che disciplinano la gestione commissariale le quali prevedono, in particolare, che il Commissario straordinario: non può più essere individuato nella figura del Sindaco (art. 4, co. 8-bis, d.l.2/2010, conv. in l.42/2010); è gestito con separato bilancio e deve procedere alla definitiva ricognizione della massa attiva e passiva da computare nel piano di rientro (art.4, co.8-bis d.l.2/2010 cit.); procede all’accertamento definitivo del debito e ne dà immediata comunicazione al Ministero dell’Economia e delle finanze congiuntamente alle modalità di attuazione del piano di rientro (art. 14, comma 13-quater d.l.78/2010); le spese di funzionamento della gestione commissariale, ivi inclusi il compenso per il Commissario straordinario, sono a carico del fondo istituito ai sensi dell’art. 14, comma 14, d.l. 78/2010 (art. 14, comma 13-ter d.l. 78/2010); tale fondo è «allocato su un apposito capitolo di bilancio del Ministero dell’economia e delle finanze con una dotazione annua di 300 milioni di euro, a decorrere dall’anno 2011, per il concorso al sostegno degli oneri derivanti dall’attuazione del piano di rientro approvato con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 5 dicembre 2008» (co. 14, art. 14, d.l. 78/2010); il Ministero dell’economia e delle finanze corrisponde direttamente all’Istituto finanziatore le risorse allocate sui fondi di cui ai commi 14 e 15, alle previste scadenze (art. 14, co. 15-bis, d.l. 78/2010); il Commissario straordinario trasmette annualmente al Governo la rendicontazione della gestione del piano (art. 14, co. 15-ter, d.l. 78/2010) e presenta una relazione annuale al Parlamento e al Ministero dell’Interno, contenente la rendicontazione delle attività svolte dalla gestione commissariale e l’illustrazione dei criteri che hanno informato le procedure di selezione dei creditori da soddisfare (art. 14, co.13-quater, d.l.78/2010); l’art. 1, comma 751 della l. 208/2015 (legge stabilità 2016) ha previsto la revisione semestrale – il 31 maggio ed il 30 dicembre - del Piano, su proposta del Commissario Straordinario, da approvare entro il termine di 30 giorni, con D.P.C.M. sentiti il Ministro dell’Economia e delle finanze e il Ministro dell’Interno.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Il Presidente

Occorre, inoltre, citare i d.p.c.m. 4 luglio 2008 e 5 dicembre 2008, i quali contengono forme di controllo e monitoraggio sull'attuazione del Piano di rientro, prevedendo la comunicazione trimestrale al Ministero dell'interno e al MEF dei flussi di cassa relativi agli incassi e ai pagamenti, secondo un modello definito da quest'ultimo, nonché la trasmissione al MEF del rendiconto di cui all'art. 227 (rendiconto della gestione) d.lgs. 267/2000.

Con i d.m. dello stesso MEF 18 marzo 2011 e 23 gennaio 2013, è stato inoltre disciplinato l'utilizzo dei contributi pluriennali previsti in favore del Commissario straordinario ed autorizzata la stipula di contratti di finanziamento, con previsione di controlli da parte del Ministero e rendicontazione allo stesso.

La disciplina speciale dettata per il risanamento del Comune di Roma presenta, dunque, profili derogatori rispetto alla normativa generale sul dissesto degli enti locali di cui al d.lgs. 267/2000, con previsione di una gestione separata dei bilanci per la Gestione Commissariale e per la Gestione Ordinaria, finanziamenti pubblici, controlli stringenti da parte del Governo e del MEF.

Tale disciplina sembra configurare il Commissario Straordinario come *longa manus* del Governo e del MEF, con finalità di contenimento della spesa pubblica e di riequilibrio della situazione economico-finanziaria dell'ente sottoposto a commissariamento.

Nell'ambito delle speciali disposizioni in esame, va ricondotta anche la previsione dell'art. 1, comma 26-*bis* del d.l. 138/2011, conv. il l. 148/2011 ai sensi del quale «Fermo restando quanto stabilito dall'articolo 78 del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, e successive modificazioni, specie in ordine alla titolarità dei rapporti giuridici attivi e passivi nonché alla separatezza dei rispettivi bilanci delle gestioni commissariale e ordinaria, le attività finalizzate all'attuazione del piano di rientro di cui al comma 4 del medesimo articolo 78 possono essere direttamente affidate a società totalmente controllate, direttamente o indirettamente, dallo Stato. Con apposita convenzione tra il Commissario straordinario, titolare della gestione commissariale e la società sono individuate, in particolare, le attività affidate a quest'ultima, il relativo compenso, nei limiti di spesa previsti dall'articolo 14, comma 13-ter, del decreto-legge n. 78 del 2010, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 122 del 2010, nonché le modalità di rendicontazione e controllo».

La norma – dal tenore non chiaro - prevede, dunque, la possibilità per il Commissario straordinario di affidare, previa stipula di una convenzione, contratti pubblici a società totalmente controllate dallo Stato, in assenza di procedure di gara. Si tratta, quindi, di una norma contemplante una deroga al principio generale di tutela della concorrenza, che ha quindi valenza eccezionale e, in quanto tale, deve essere interpretata in maniera restrittiva ed in conformità alla disciplina comunitaria in materia di appalti.

Nell'ambito di tale disciplina, come noto, l'affidamento *diretto* di contratti pubblici può giustificarsi esclusivamente nel caso in cui sussistano i presupposti legittimanti il ricorso all'*in house* i quali, come chiarito dal giudice comunitario, devono essere interpretati restrittivamente (Corte di Giustizia, 6 aprile 2006, C-410/04).

A tal riguardo, nel quadro normativo in materia di contratti pubblici attualmente in vigore e secondo la giurisprudenza ormai consolidata in materia (*ex multis* Ad.Pl. Con. St. n. 1/2008 e più



Autorità Nazionale Anticorruzione

Il Presidente

recentemente Cons. St. n. 2660/2015), le condizioni legittimanti l'affidamento diretto di contratti pubblici a società *in house* sono:

- la totale proprietà in mano pubblica: l'ente deve possedere l'intero pacchetto azionario della società (Corte CE, C. 26-03 Stadt Halle) e la proprietà pubblica del capitale sociale deve permanere per tutta la durata del rapporto e deve essere garantita da appositi e stabili strumenti giuridici, quali il divieto di cedibilità delle azioni previsto nello statuto (Cons. di Stato n. 591/2009, n. 5781/2008).
- il controllo da parte dell'amministrazione *analogo* a quello esercitato sui propri servizi: oltre alla totale proprietà pubblica occorre – come evidenziato - la previsione nello statuto del divieto di cessione delle quote a soggetti privati (del. n. 24/2009), nonché la presenza di poteri della PA che consentano un controllo funzionale, gestionale e finanziario stringente, anch'essi previsti dallo statuto del soggetto controllato e che comportino, dunque, la disponibilità di tutti i diritti di voto e un potere pregnante di direzione e controllo sui più importanti atti di gestione strategica del controllato (del. n. 87/2011; del. 2/2010). La Corte di Giustizia (causa C-324/07 del 13/11/2008) ha affermato che il controllo analogo può configurarsi anche nel caso in cui il pacchetto azionario sia posseduto da una pluralità di enti pubblici e, in tal caso, può essere esercitato congiuntamente, eventualmente a maggioranza (del. n. 2/2010, n. 24/2009).
- la società deve svolgere la “parte più importante” della propria attività in favore dell'ente che lo controlla: le ulteriori eventuali attività che il soggetto svolge devono rivestire un ruolo marginale (Corte Giustizia CE 19/04/2007, C-295/05); in particolare, la parte di attività prestata per soggetti diversi dall'ente controllante deve essere quantitativamente irrisoria e qualitativamente irrilevante sulle strategie aziendali (del. n. 24/2009, n. 52/2008).

La carenza di uno dei presupposti sopra indicati fa venir meno il rapporto di immedesimazione organica della Società nell'ente di riferimento, lasciando inalterata quella separazione soggettiva tra gli stessi che non consente un affidamento diretto da parte del secondo nei confronti della prima (del. n. 32/2008).

Dunque, *l'in house*, così come delineato dalla giurisprudenza, rappresenta un modello di organizzazione interno, qualificabile in termini di delegazione interorganica, riconducibile allo stesso ente affidante o a sue articolazioni, per cui *non* è necessario che l'amministrazione ponga in essere procedure ad evidenza pubblica per l'affidamento degli appalti.

Occorre verificare, quindi, se tali condizioni sussistano anche nella fattispecie in esame e, quindi, se il Commissario straordinario può affidare direttamente contratti pubblici alla società SOSE s.p.a., esercitando la facoltà prevista dall'art. 1, comma 26-*bis* del d.l. 138/2011.

Al riguardo si osserva preliminarmente che la società “Soluzioni per il sistema economico s.p.a.” (SOSE) è una società per azioni costituita in data 15 settembre 1999, dal Ministero dell'Economica e delle Finanze (88%) e dalla Banca d'Italia (12%), ai sensi all'art. 10, comma 12, l. 8 maggio 1998 n. 146 (recante «Disposizioni per la semplificazione e la razionalizzazione del sistema tributario e per il



Autorità Nazionale Anticorruzione

Il Presidente

funzionamento dell'Amministrazione finanziaria, nonché disposizioni varie di carattere finanziario»¹.

Lo Statuto della società prevede che la stessa ha per oggetto prevalente, in qualità di società *in house* partecipata a maggioranza assoluta dal Ministero dell'economia e delle Finanze, la prestazione di servizi strumentali all'esercizio delle funzioni pubbliche attribuite a detta Amministrazione ed alle Agenzie fiscali e, in particolare: l'elaborazione in concessione degli studi di settore, nonché di ogni altra attività di studio e ricerca in materia tributaria; la predisposizione delle metodologie e la elaborazione dei dati per la definizione dei fabbisogni e dei costi standard delle funzioni e dei servizi resi, nei settori diversi dalla sanità, dalle regioni e dagli enti locali.

La Società, inoltre, può: realizzare prodotti e servizi per la gestione aziendale da mettere a disposizione delle imprese e provvedere alla loro commercializzazione, adottando una contabilità separata; effettuare attività di analisi, studio, ricerca, anche applicata, e formazione, nonché realizzare prodotti e servizi connessi; può assumere partecipazioni in altre imprese direttamente strumentali alle attività affidate e tali comunque che, per la misura e l'oggetto della partecipazione, non ne risulti modificato l'oggetto sociale; può realizzare le attività rientranti nell'oggetto sociale anche mediante la costituzione di patrimoni destinati a specifici affari ai sensi degli articoli 2447 bis e segg. cc e può, inoltre, svolgere attività di assistenza tecnica e finanziaria e curare il coordinamento organizzativo, tecnico e finanziario delle imprese nelle quali partecipa (...).

In relazione al capitale sociale, lo statuto prevede (art. 5) che ai sensi dell'articolo 10, comma 12, della legge 8 maggio 1998 n. 146, la partecipazione del MEF non può essere inferiore al 51% e che (art. 7) non è consentito il trasferimento delle azioni se non al MEF, il quale è obbligato ad acquistare le azioni eventualmente poste in vendita dal socio di minoranza.

Con riferimento alla gestione della società (art. 15), la stessa è amministrata da un consiglio di amministrazione (composto in numero dispari da 3 a 5 membri secondo le determinazioni dell'Assemblea), i cui componenti sono nominati in maggioranza dal MEF (i membri restanti sono invece nominati con deliberazione dell'Assemblea ordinaria); il Cda (art. 18) è investito dell'amministrazione ordinaria e straordinaria della Società, tenuto conto degli indirizzi ricevuti dal Dipartimento delle finanze e in conformità alle previsioni degli atti di affidamento da parte dello stesso Dipartimento; quest'ultimo approva, inoltre, gli indirizzi generali della società concernenti: a) le strategie; b) l'organizzazione; c) le politiche economiche, finanziarie e di sviluppo della Società.

Infine, ai sensi dell'art. 20, è riservata al MEF la facoltà di nominare il presidente del Collegio sindacale, un sindaco effettivo e un sindaco supplente.

Con riferimento alle previsioni statutarie sopra richiamate, la Corte dei conti, sezione centrale controllo di legittimità sugli atti del Governo e delle Amministrazioni dello Stato, con deliberazioni n. 9/2012/G del 12 luglio 2012 e n. SCCLEG/23/2011/PREV del 23 novembre 2011 (quest'ultima in ordine alla legittimità del rinnovo della convenzione stipulata tra MEF e SOSE s.p.a., con scadenza 20 novembre 2011, per l'affidamento *in house* dei servizi previsti nel suo oggetto

¹Ai sensi all'art. 10, comma 12, l. 8 maggio 1998 n. 146 «l'elaborazione degli studi di settore, nonché ogni altra attività di studio e ricerca in materia tributaria possono essere affidate, in concessione, ad una società a partecipazione pubblica. Essa è costituita sotto forma di società per azioni di cui il Ministero delle finanze detiene una quota di capitale sociale non inferiore al 51 per cento (...)».



Autorità Nazionale Anticorruzione

Il Presidente

sociale) ha affermato che le stesse consentono di configurare nei confronti della società, l'esercizio di un "controllo analogo" a quello esercitato dall'Amministrazione concedente sulle articolazioni ministeriali. A parere del giudice contabile sussistono, dunque, in capo alla società SOSE i presupposti che (alla luce della giurisprudenza comunitaria, rielaborata anche da quella nazionale) rendono legittimo l'affidamento *in house* di servizi da parte del MEF.

Le caratteristiche della società Sose s.p.a., come sopra delineate, consentono quindi di qualificare la stessa come organismo *in house* del MEF ma non anche del Commissario Straordinario richiedente, posto che la predetta società non è configurabile come articolazione organizzativa, seppure in forma societaria, della gestione commissariale.

In particolare, non sussiste nella fattispecie alcuna forma partecipazione al capitale sociale di SOSE s.p.a. da parte dell'Amministrazione richiedente, la quale non è quindi titolare di un controllo analogo sulla società, non esercitando poteri di nomina degli organi sociali o di poteri di indirizzo dell'attività della società; non è inoltre previsto lo svolgimento dell'attività prevalente della società in favore della richiedente; infine, lo statuto chiarisce che la società può operare quale 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 società quale articolazione interna dell'Amministrazione.

Dunque ai sensi della disciplina normativa in materia di contratti pubblici attualmente in vigore, non appare consentito al Commissario Straordinario affidare contratti pubblici direttamente a SOSE s.p.a., in assenza di procedure di gara.

Tuttavia, occorre evidenziare che la disciplina degli affidamenti *in house* è destinata a mutare per effetto dell'imminente recepimento, nell'ordinamento interno, delle nuove direttive appalti (entro il 18 aprile 2016).

L'art. 12 (*appalti pubblici tra enti del settore pubblico*), par. 1, della direttiva 24/2014 (conformi le previsioni dell'art. 28 dir. 2014/25/UE e dell'art. 17 dir. 2014/23/UE) prevede, infatti, che l'appalto pubblico aggiudicato da un'amministrazione aggiudicatrice a una persona giuridica di diritto pubblico o di diritto privato non rientra nell'ambito di applicazione della direttiva, nel caso in cui siano soddisfatte *tutte* le seguenti condizioni:

- a) l'amministrazione aggiudicatrice esercita sulla persona giuridica un controllo analogo a quello da essa esercitato sui propri servizi;
- b) oltre l'80 % delle attività di tale persona giuridica sono effettuate nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'amministrazione aggiudicatrice controllante o da altre persone giuridiche controllate dall'amministrazione aggiudicatrice di cui trattasi; e
- c) nella persona giuridica controllata non vi è alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata.

La disposizione precisa al riguardo che un'amministrazione aggiudicatrice esercita il *controllo analogo* «qualora essa eserciti un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni



Autorità Nazionale Anticorruzione

Il Presidente

significative della persona giuridica controllata. Tale controllo può anche essere esercitato da una persona giuridica diversa, a sua volta controllata allo stesso modo dall'amministrazione aggiudicatrice».

La norma dispone inoltre (par. 2) che «il paragrafo 1 si applica anche quando una persona giuridica controllata che è un'amministrazione aggiudicatrice, aggiudica un appalto alla propria amministrazione aggiudicatrice controllante o ad un altro soggetto giuridico controllato dalla stessa amministrazione aggiudicatrice, a condizione che nella persona giuridica alla quale viene aggiudicato l'appalto pubblico non vi sia alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata».

Le nuove disposizioni sull'istituto in esame, contenute nell'art. 12 della direttiva 24/2014/UE confermano, dunque, l'orientamento giurisprudenziale in materia (a partire dalla nota sentenza "Teckal", 18 novembre 1999, causa C-107/98), in ordine alla necessità che l'amministrazione aggiudicatrice eserciti sulla società affidataria un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che detenga la totalità del capitale sociale, introducendo tuttavia la possibilità che partecipi al capitale stesso un socio privato, in assenza di poteri di controllo o di veto sulla società e della possibilità di esercitare sulla stessa un'influenza dominante. Inoltre, in ordine al requisito dell'attività prevalente, l'art. 12, par.1, lett. b) stabilisce che tale requisito si configura quando oltre l'80% delle attività della controllata sono svolte in esecuzione dei compiti ad essa affidati dall'amministrazione aggiudicatrice di riferimento o da altre persone controllate dalla stessa amministrazione.

Sempre con riferimento al "controllo analogo" vengono introdotte delle novità di rilievo: ai sensi delle disposizioni in esame, infatti, è chiarito che tale condizione è soddisfatta qualora l'amministrazione aggiudicatrice eserciti un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative del soggetto *in house*; si prevede, 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*).

Altra novità di rilievo è la previsione dell'esclusione dell'applicazione delle direttive agli appalti o alle 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 di cui si è detto al paragrafo precedente).

Si tratta di due fattispecie distinte, entrambe previste nel paragrafo 2, dell'art. 12 in esame: una prima fattispecie, definita dalla dottrina in materia, *in house verticale capovolto* che riguarda unicamente due soggetti che si trovano in relazione di *in house*, pertanto il soggetto controllato, che è a sua volta amministrazione aggiudicatrice, affida un contratto al soggetto controllante; la seconda fattispecie, definita invece *in house orizzontale*, che 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 che li controlla.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Il Presidente

Fondamentale, quindi, è la valutazione 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.

E' appena il caso di sottolineare che le disposizioni sopra enucleate non sono di immediata applicazione nell'ordinamento interno, come pure evidenziato dal giudice amministrativo, secondo il quale deve escludersi che la nuova direttiva 24/2014/UE «nonostante il suo contenuto in alcune parti dettagliato, possa ritenersi *self-executing* per la dirimente considerazione che è ancora in corso il termine previsto per la sua attuazione da parte dello Stato (...)» (Consiglio di Stato n. 2660/2015)².

Si sottolinea, comunque, che il termine per il recepimento delle nuove direttive appalti è fissato per il 18 aprile 2016, dunque ormai imminente e che lo schema del decreto legislativo attuativo della legge delega n. 11/2016 (attualmente all'esame delle commissioni parlamentari) contempla (per gli aspetti che qui rilevano) una disciplina conforme a quella prevista dalle disposizioni dell'art. 12 della direttiva 2014/24/UE.

Occorre, dunque, verificare se la fattispecie sottoposta all'attenzione dell'Autorità dal Commissario straordinario per il rientro del debito di Roma, con particolare riferimento alle previsioni dell'art. 1, comma 26-*bis* del d.l. 138/2011, conv. il l. 148/2011, possa essere ricondotta nella disciplina contemplata nell'art. 12 della direttiva 24/2014/UE, stante l'imminenza del suo recepimento.

A tal riguardo si osserva che, come emerge dal quadro normativo dettato in ordine alla gestione commissariale ed illustrato in premessa, il richiedente è organo straordinario del Governo, sottoposto a controllo del Governo stesso e del MEF, nelle forme e con le modalità indicate nelle disposizioni e nei dpcm di riferimento; si tratta, in definitiva (come sottolineato in premessa), di un braccio operativo del Governo e del MEF, finanziato e controllato dagli stessi, con evidenti finalità di contenimento della spesa pubblica e di riequilibrio economico-finanziario dell'ente sottoposto a commissariamento.

In relazione a tale peculiare figura dell'ordinamento, sembra possibile invocare l'applicazione dell'art. 12 della direttiva 2014/24/UE, il quale – come evidenziato – contempla la possibilità per un'amministrazione aggiudicatrice di affidare un contratto ad un soggetto non controllato

²In particolare il Consiglio di Stato, nella decisione richiamata, ha affermato che «È vero che la giurisprudenza comunitaria riconosce una forma di rilevanza giuridica alla direttiva anche prima che sia scaduto il termine per il suo recepimento. Si tratta, però, di una rilevanza giuridica certamente minore rispetto al c.d. effetto diretto (che implica l'immediata applicazione della direttiva dettagliata ai rapporti c.d. verticali), che si traduce semplicemente, in nome del principio di leale collaborazione, in un dovere di *standstill*, ovvero nel dovere per il legislatore di astenersi dall'adottare, nel periodo intercorrente tra la pubblicazione della direttiva nella GUUE e il termine assegnato per il suo recepimento, qualsiasi misura che possa compromettere il conseguimento del risultato prescritto (C. giust. 18 dicembre 1997, C-129/96, *Inter-Environnement/Vallonie*) e per il giudice di astenersi da qualsiasi forma di interpretazione o di applicazione del diritto nazionale da cui possa derivare, dopo la scadenza del termine di attuazione, la messa in pericolo del risultato voluto dalla direttiva (C. giust. UE, 15 aprile 2008, C-268/08, *Impact*). Non si tratta, quindi, del dovere di immediata applicazione o dell'obbligo di interpretazione conforme (che operano solo dopo che è scaduto il termine di recepimento), ma soltanto di un obbligo negativo, che si sostanzia nel dovere di astenersi dall'interpretazione difforme potenzialmente pregiudizievole per i risultati che la direttiva intende conseguire. (...) le regole sull'*in house* (...), che potenzialmente potrebbero contrastare con le previsioni della nuova direttiva, sono, (...) regole già esistenti nell'ordinamento nazionale (non introdotte *ex novo* dal legislatore nazionale in violazione del dovere di *standstill*) e sono, inoltre, regole che trovano la loro fonte proprio nell'ordinamento dell'Unione Europea, avendo esse origine dalla sopra richiamata giurisprudenza della Corte di giustizia che nel corso degli anni ha fissato rigorosi limiti alla operatività dell'*in house*. Non si può, quindi, ritenere che la mera pubblicazione della direttiva determini, prima che sia scaduto il termine per il suo recepimento, il superamento automatico e immediato di una disciplina preesistente di derivazione comunitaria».



Autorità Nazionale Anticorruzione

Il Presidente

direttamente dalla stessa, nel caso in cui tale soggetto e l'affidataria siano entrambi controllati da un soggetto terzo.

Laddove per *amministrazioni aggiudicatrici* si intendono, secondo l'art. 2, par. 1, n. 1 dir. 24/2014/UE: «lo Stato, le autorità regionali o locali, gli organismi di diritto pubblico o le associazioni costituite da uno o più di tali autorità o da uno o più di tali organismi di diritto pubblico»

Sembrerebbe quindi configurabile un affidamento *in house* secondo il modello dell'*in house* orizzontale, ritenendo cioè che l'istituto in esame si applica (art. 12, par. 2, dir. 24/2014) «quando una persona giuridica controllata che è un'amministrazione aggiudicatrice (Commissario straordinario, quale organo straordinario del Governo sottoposto a controllo e vigilanza del Governo stesso e del MEF) aggiudica un appalto alla propria amministrazione aggiudicatrice controllante o ad un altro soggetto giuridico controllato dalla stessa amministrazione aggiudicatrice (nella specie SOSE s.p.a., società *in house* del MEF).

In definitiva, stante la speciale disciplina dettata per il Commissario straordinario richiedente, che lo configura come *longa manus* del Governo e del MEF, allo stesso sembrerebbe consentito ricorrere all'affidamento diretto di contratti pubblici in favore di un soggetto *in house* dello predetto Ministero (nella specie Sose s.p.a.), a condizione che il contratto da affidare riguardi esclusivamente le attività contemplate nell'oggetto sociale dell'affidataria e limitatamente alle attività demandate al Commissario Straordinario.

In tal modo può essere interpretata la speciale disposizione dell'art. 1, comma 26-*bis* del d.l. 138/2011, conv. in l.148/2011, richiamata in premessa, contemplante la possibilità per il Commissario straordinario richiedente, di affidare *direttamente* le attività finalizzate all'attuazione del piano di rientro a società totalmente controllate, direttamente o indirettamente, dallo Stato, previa stipula di apposita convenzione.

In base a quanto sopra considerato,

Il Consiglio

approva la presente deliberazione.

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 21 aprile 2016

Il Segretario, Maria Esposito