



.....OMISSIS.....

Oggetto

Servizio Idrico Integrato – procedure affidamento – disciplina dei “settori speciali” - Libro III del d.lgs. 36/2023 - richiesta di parere.

UPREC-CONS-0064-2024-FC

FUNZ CONS 26/2024

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 29 gennaio 2024 acquisita al prot. Aut. n. 14140, ai sensi del Regolamento sulla funzione consultiva del 7 dicembre 2018, come modificato con delibera n. 654 del 22 settembre 2021, si comunica che il Consiglio dell’Autorità, nell’adunanza del 24 maggio 2024, ha approvato le seguenti considerazioni.

Preliminarmente si rappresenta che esula dalla sfera di competenza di questa Autorità il rilascio di pareri preventivi in ordine ad atti e provvedimenti delle stazioni appaltanti, nonché alla stipula di contratti d’appalto o di concessione, fatto salvo l’esercizio dell’attività di vigilanza collaborativa in materia di contratti pubblici ai sensi del Regolamento approvato con delibera n. 269 del 20 giugno 2023. Pertanto, il presente parere è volto a fornire un indirizzo generale sulla questione sollevata nell’istanza, esclusivamente sulla base degli elementi forniti nella stessa.

Con la nota di richiesta parere sopra indicata,OMISSIS..... – dopo aver illustrato sinteticamente la disciplina dei settori speciali dettata dal d.lgs. 36/2023 - rappresenta che nel rispetto della vigente normativa nazionale e regionale, la gestione del Servizio Idrico ex d.lgs. n. 152/2006 è affidata, secondo il modello in house providing, ai Gestori del servizio idrico, società per azioni interamente partecipate da Enti Locali e sottoposte al controllo analogoOMISSIS..... Tali società, ai sensi dell’art. 16, comma 7, del d.lgs. 175/2016, sono tenute all’acquisto di lavori, beni e servizi secondo la disciplina del Codice dei contratti pubblici.

L’ente richiedente osserva al riguardo che i predetti Gestori fanno ricorso all’affidamento diretto di cui all’art. 50, comma 1, lett. a) e b), del d.lgs. 36/2023, sia per gli acquisti ricadenti nei settori ordinari, sia per quelli ricadenti nei c.d. settori speciali di attività. A parere dello stesso ente, tuttavia, i Gestori dovrebbero far ricorso all’affidamento diretto di cui all’art. 50 comma 1 lett. a) e b), unicamente nel caso in cui gli appalti non siano ricompresi nell’ambito dei “Settori speciali” secondo il concetto di “strumentalità”. Ciò in quanto le procedure di scelta del contraente previste dal D.lgs. 36/2023 per gli appalti nei settori speciali, sono esclusivamente quelle individuate nel Libro III (art. 155, comma 1, art. 158), il quale peraltro non contiene alcun richiamo all’art. 50 citato.

Alla luce di quanto sopra, è stato chiesto all’Autorità di esprimere avviso in ordine alla possibilità, per i Gestori del Servizio idrico, di ricorrere all’affidamento diretto ai sensi dell’art. 50, comma 1, lett. a) e b) del D.lgs. 36/2023, per l’acquisto di beni e servizi di importo inferiore ad euro 140.000,00 e di lavori di importo inferiore ad euro 150.000,00, nel caso in cui oggetto dell’affidamento siano attività rientranti nei “Settori Speciali” o ad essi strumentali. Si chiede inoltre

se i regolamenti adottati in base all'art.50, comma 5, del D.lgs. 36/2023 possano consentire ai predetti Gestori, di ricorrere all'affidamento diretto ai sensi dell'art. 50 comma 1 lett. a) e b) del D.lgs. 36/2023, nei casi sopra indicati.

Al fine di esprimere avviso sulla questione posta, sembra opportuno osservare preliminarmente che il quadro normativo nazionale di riferimento in materia di regolazione del servizio idrico integrato, poggia essenzialmente sul Codice dell'Ambiente (D. Lgs. n. 152/2006) che rappresenta ancor oggi il punto di riferimento della regolazione del settore (artt. 147, 149-bis e 172) e con il quale «è stata disposta una modifica radicale dell'assetto della titolarità della gestione del S.I.I. che viene attribuita ai nuovi enti di governo d'ambito territoriale ottimale (art. 147); in particolare, l'art 149-bis, per le forme di affidamento, rinvia sostanzialmente alle forme di gestione previste dall'ordinamento europeo per la generalità dei servizi pubblici locali. Secondo la normativa dell'Unione europea richiamata nella citata disposizione di cui all'art. 149-bis del Codice dell'ambiente (oggi trasposta nel d.lgs. 23 dicembre 2022, n. 201), gli enti locali possono procedere ad affidare la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica attraverso: → esternalizzazione a terzi mediante procedure ad evidenza pubblica secondo le disposizioni in materia di appalti e concessioni di servizi; → società mista pubblico-privata, la cui selezione del socio privato avvenga mediante gara a doppio oggetto; → gestione diretta da parte dell'ente locale, cosiddetta gestione "in house", purché sussistano i requisiti previsti dall'ordinamento comunitario, e vi sia il rispetto dei vincoli normativi vigenti. In base a quanto precede, gli enti locali possono affidare la gestione dei servizi pubblici locali solo attraverso le forme di gestione suindicate...» (delibera n. 530/2023-FAsc.1555/2023). Tra tali forme di gestione è quindi ricompresa anche la "gestione diretta" mediante affidamento ad organismi in house, nel rispetto dei vincoli normativi stabiliti dal d.lgs. 50/2016 (... sostituito dal d.lgs. 36/2023), dettato in recepimento delle direttive appalti e concessioni del 2014, nonché dal d.lgs. 175/2016» (parere Funz Cons n. 65/2023; delibera n. 258/2023, delibera n.530/2023).

La possibilità di procedere all'affidamento *in house*, come sopra evidenziato, deve ritenersi subordinata al ricorrere delle condizioni indicate dall'art. 7, comma 2, del d.lgs. 36/2023, oltre che dagli artt. 4 e 16 del d.lgs. 175/2016. Inoltre, in tal caso, gli organismi in house, ai sensi dell'art. 17, comma 6, del d.lgs. 175/2016, sono tenuti all'acquisto di lavori, beni e servizi secondo la disciplina dettata dal Codice dei contratti pubblici.

Il legislatore, quindi, ha statuito per dette società, in quanto riconducibili al perimetro allargato dell'amministrazione pubblica, quale *longa manus* della stessa (in tal senso Anac ex multis pareri AG/3/2017/AP, AG 17/2017/AP), che per tutte le attività svolte dalle medesime, debba trovare applicazione il d.lgs. 50/2016 (d.lgs. 36/2023) in relazione agli acquisiti di beni e servizi (parere Funz Cons n. 20/2023).

Laddove, inoltre, le società in house operino nei settori c.d. speciali, le stesse sono tenute altresì ad applicare le previsioni contenute nel Libro III del d.lgs. 36/2023, per gli acquisti "strumentali" al settore speciale di attività, fermo restando l'obbligo per le stesse – in quanto amministrazioni aggiudicatrici – di applicare la disciplina ordinaria dettata dal d.lgs. 36/2023 medesimo, per gli acquisti non rientranti tra quelli strumentali al settore speciale di riferimento.

Come recentemente chiarito dall'Autorità nelle faq sul sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti, previsto e disciplinato dagli artt. 62 e 63 del nuovo Codice, «L'articolo 62, comma 17, del Codice esclude dal sistema della qualificazione i soli Enti aggiudicatori operanti nei settori speciali, ossia le imprese pubbliche e i soggetti privati titolari di diritti esclusivi e/o speciali. Diversamente, le società in house providing, ancorché operanti nei settori speciali, rientrano nel novero delle amministrazioni aggiudicatrici di cui all'art. 3, comma 1, della Direttiva 2014/25/UE, e come tali

sono soggette all'obbligo di qualificazione. Ciò in quanto nel modulo dell'in house providing (modello dell'autoproduzione) i rapporti di collegamento tra società in house ed ente pubblico determinano l'insussistenza di un'alterità sostanziale tra società e socio. Manca un rapporto di terzietà tra il controllante e la società controllata e quest'ultima risulta essere un mero prolungamento funzionale dell'ente controllante, configurando una ipotesi di delegazione interorganica e non intersoggettiva. Infine, in ragione di ciò, la società in house si distingue dall'impresa pubblica, oltre che sul piano sostanziale, anche e soprattutto perché può essere destinataria diretta senza gara degli affidamenti della P.A.» (faq n. 3).

Quale osservazione preliminare sul quesito posto, pertanto, si evidenzia che le società in house operanti nei settori speciali, quali amministrazioni aggiudicatrici (e non "imprese pubbliche" come sostenuto nell'istanza di parere), applicano la disciplina contenuta nel Libro III del d.lgs. 36/2023, per gli acquisti strumentali al settore di attività; nel caso in cui l'affidamento sia svincolato da tale nesso funzionale, le stesse sono tenute ad applicare la disciplina generale per gli appalti nei settori ordinari (in tal senso delibera n. 721/2021; Adunanza Pl. n. 16/2011).

Occorre aggiungere a quanto sopra che, come chiarito dall'Autorità (*ex multis* Anac delibera n. 784/2021), per l'applicazione della normativa dei c.d. "settori speciali" è necessaria la sussistenza di un duplice requisito, di carattere soggettivo - dovendosi trattare di uno dei soggetti previsti dall'art. 207 D.lgs. 163/2006 (oggi sostituito dall'art. 141 del d.lgs. 36/2023) - ed oggettivo in quanto afferente l'esercizio di una delle attività riconducibili ai settori ivi contemplati (energia, elettricità, gas, trasporti, acqua). La disciplina speciale e derogatoria contenuta nella Parte III del d.lgs. 36/2023, costituisce un'eccezione alla regola della procedura ordinaria, e non può essere estesa al punto da ricondurre attività che non attengono all'esercizio del servizio in senso stretto.

Laddove il carattere di "strumentalità" deve essere inteso in senso restrittivo (Cons. Stato, V, 19 novembre 2018, n. 6534, Cons. Stato, A.P. 1° agosto 2011, n. 16; V 26 maggio 2015, n. 2639, Corte di Giustizia UE, 10 aprile 2008, C-393/06). L'appalto deve essere strumentale, ovvero porsi in rapporto di mezzo a fine all'esercizio dell'attività speciale e realizzare uno scopo omogeneo, e non diverso, rispetto all'esercizio dell'attività istituzionale dell'ente (delibera n. 784/2021).

Il nuovo Codice conferma tale impostazione prevedendo all'art. 141, con riguardo all'ambito soggettivo di applicazione del Libro III, che la disciplina dei settori speciali si applica alle stazioni appaltanti e agli enti concedenti che svolgono una delle attività previste dagli articoli da 146 a 152 (gas e energia termica, elettricità, acqua, servizi di trasporto e postali, gestione dei porti e degli aeroporti, estrazione di gas e prospezione o estrazione di carbone o di altri combustibili solidi). Analogamente, le imprese pubbliche e i soggetti privati titolari di diritti speciali o esclusivi sono tenuti ad applicare la disciplina contenuta nel Libro III, limitatamente ai contratti strumentali all'esercizio delle attività relative ai settori speciali.

Anche nell'attuale assetto normativo di settore quindi l'assoggettabilità di un contratto alla disciplina dettata per i settori speciali va desunta da un criterio di tipo soggettivo e oggettivo, nei termini indicati, come peraltro chiarito nella Relazione Illustrativa del nuovo Codice.

In tale documento, infatti, in ordine all'art. 141 è stato osservato che la norma «...: a) ribadisce, con minime modifiche rispetto alla disciplina vigente, la perimetrazione dell'ambito soggettivo relativo ai settori speciali, in conformità alla direttiva 2014/25/UE (comma 1); b) semplifica rispetto alla normativa vigente il riferimento alle modalità di attribuzione dei diritti speciali o esclusivi; c) stabilisce che le imprese pubbliche e i privati titolari di diritti speciali o esclusivi applicano le disposizioni del Libro III con il limite della strumentalità (comma 2), da intendersi in senso strettamente funzionale, in armonia con le indicazioni del diritto dell'Unione europea e della giurisprudenza; d) opera un'analitica individuazione delle disposizioni dei Libri I e II che trovano

applicazione anche nell'ambito dei settori speciali (comma 3). L'individuazione in questione è puntuale e mira a superare le criticità del rinvio "nei limiti della compatibilità" che avevano caratterizzato la vigenza dell'articolo 114 del decreto legislativo n. 50 del 2016. Come già osservato, al fine di avere un quadro completo delle disposizioni contenute in altri Libri del Codice applicabili ai settori speciali, occorre altresì richiamare gli ulteriori elenchi di cui agli articoli 153 e 167; e) introduce un elenco di "poteri di autorganizzazione" riconosciuti alle imprese pubbliche e ai privati titolari di diritti speciali o esclusivi. In particolare, viene ammessa la possibilità di istituire e disciplinare autonomi sistemi di qualificazione, secondo quanto previsto al successivo articolo 168, nonché di adottare una disciplina specifica sulle funzioni del RUP e di specificare in relazione alle proprie esigenze la nozione di "variante in corso d'opera" (comma 9) [...].».

L'art. 141 citato, unitamente agli articoli 153 e 167 del Codice individua, quindi, in maniera puntuale, le disposizioni dei settori ordinari applicabili ai settori speciali, secondo una logica di "completezza" e di sostanziale compiutezza della disciplina contenuta nel Libro III.

Tuttavia, il quadro normativo di riferimento dei settori speciali, deve ritenersi integrato da alcune disposizioni non richiamate nel Libro III ma che attengono comunque all'attività degli enti operanti nei settori speciali (es. art. 50, comma 5 del Codice).

Quanto alle procedure di aggiudicazione degli appalti nei settori speciali, le stesse sono disciplinate agli articoli 153 e seguenti del Codice, nella Parte II del Libro III, secondo una logica di semplificazione e flessibilità, come osservato nella Relazione Illustrativa del Codice.

In tale ambito l'art. 155 dispone che «1. Per l'aggiudicazione di appalti pubblici, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti utilizzano procedure di affidamento aperte, ristrette o negoziate precedute da indizione di gara, dialoghi competitivi o partenariati per l'innovazione, in conformità alle disposizioni della presente Parte. 2. Nei soli casi previsti dall'articolo 158, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti possono utilizzare la procedura negoziata senza pubblicazione del bando».

Non è previsto espressamente, nell'art. 155 citato, l'affidamento diretto, né l'art. 153, con riferimento alle procedure di aggiudicazione, richiama, tra le norme della parte generale applicabili ai settori speciali, l'art. 50 che contempla tale modalità di affidamento.

Occorre osservare tuttavia che lo stesso art. 50 del Codice, in relazione ai contratti di valori inferiore alle soglie comunitarie, stabilisce al comma 5 che «Le imprese pubbliche, per i contratti di lavori, forniture e servizi di importo inferiore alle soglie europee di cui all'articolo 14, rientranti nell'ambito definito dagli articoli da 146 a 152, applicano la disciplina stabilita nei rispettivi regolamenti, la quale, se i contratti presentano un interesse transfrontaliero certo, deve essere conforme ai principi del Trattato sull'Unione europea a tutela della concorrenza. Gli altri soggetti di cui all'articolo 141, comma 1, secondo periodo, applicano la disciplina stabilita nei rispettivi regolamenti, la quale deve essere conforme ai predetti principi del Trattato sull'Unione europea».

Come chiarito nella Relazione Illustrativa del Codice, il comma 5 dell'art. 50 «in parte ripropone la norma contenuta nell'art. 36, comma 8, del decreto legislativo n. 50 del 2016, con la quale è disciplinato l'affidamento a terzi, da parte di imprese pubbliche o di privati titolari di diritti speciali ed esclusivi, degli appalti sottosoglia riferibili ai settori (c.d. speciali) rientranti nell'ambito definito dagli artt. da 115 a 121 del medesimo decreto legislativo (corrispondenti, nel nuovo codice, agli articoli da 146 a 152 del Libro III, Parte I). Per i contratti sottosoglia, la norma vigente detta una disciplina unitaria per le imprese pubbliche e per i soggetti titolari di diritti speciali ed esclusivi, rinviando all'applicazione delle norme interne dei singoli enti o società, purché siano conformi ai principi del Trattato posti a tutela della concorrenza. La norma, quindi, non sembra consentire alle imprese pubbliche che operano in uno dei settori speciali (che costituisce l'unico presupposto applicativo per essere assoggettate alla relativa normativa prevista dagli artt. 153 ss. del codice,

anche quando il servizio o l'attività siano state acquisite mediante una procedura di evidenza pubblica), che intendano affidare a terzi appalti strumentali allo svolgimento di una delle predette attività, di utilizzare strumenti di acquisizione più flessibili e semplificati come quelli previsti nei commi da 1 a 3 dell'articolo in commento (si pensi alla previsione dell'affidamento diretto per lavori fino a 150.000 euro, procedura che si sottrae ai principi proconcorrenziali del Trattato e quindi non sarebbe utilizzabile, stando al vigente art. 36, comma 8, cit., dalle imprese pubbliche, né dai privati titolari di diritti speciali ed esclusivi). La regola della conformità ai principi del Trattato è ribadita, per i contratti sottosoglia affidati da soggetti titolari di diritti speciali ed esclusivi (ossia «concessi dallo Stato o dagli enti locali ovvero da altre amministrazioni pubbliche attraverso atti di carattere legislativo, regolamentare o amministrativo, adeguatamente pubblicati [...]» (secondo la definizione di cui all'art. 1, Allegato I.1 al codice) anche quando si tratti di contratti che non presentano interesse transfrontaliero».

Con l'attuale formulazione dell'art. 50, comma 5, del Codice, il legislatore ha quindi voluto assicurare per le imprese pubbliche che affidano contratti sotto-soglia, nei "settori speciali" di attività, la possibilità di prevedere, nell'ambito dei regolamenti a tal fine adottati, procedure più flessibili e semplificate, come quelle previste nei commi da 1 a 3 dell'art. 50, garantendo comunque per i contratti che presentano un interesse transfrontaliero certo, la conformità delle procedure stesse ai principi del Trattato sull'Unione europea a tutela della concorrenza. In tale ultimo caso, quindi, secondo la Relazione illustrativa, non sarebbe consentito il ricorso all'affidamento diretto, procedura che si sottrae ai principi proconcorrenziali del Trattato.

La norma, pertanto, non esclude che in tale ambito l'impresa pubblica possa stabilire, in sede regolamentare, il ricorso (anche) all'affidamento diretto, nei limiti sopra indicati.

La regola della conformità dei predetti regolamenti ai principi del Trattato è invece ribadita, in via generale, per i contratti sotto soglia "strumentali", affidati da soggetti titolari di diritti speciali ed esclusivi.

In risposta ai quesiti formulati sull'argomento, può quindi concludersi che le imprese pubbliche, secondo le previsioni dell'art. 50, comma 5 del Codice, per gli appalti c.d. strumentali di valore inferiore alle soglie, adottano propri ed autonomi regolamenti negoziali, nei quali – nel rispetto dell'autonomia riconosciuta in tale materia dalla previsione citata – secondo valutazioni discrezionali, possono prevedere procedure flessibili e semplificate di affidamento come quelle previste nei commi da 1 a 3 dell'art. 50 del Codice, nei limiti sopra indicati.

Gli enti aggiudicatori qualificabili, invece, come amministrazioni aggiudicatrici (tra i quali rientrano le società *in house* per le motivazioni illustrate in premessa), (anche) per gli appalti "strumentali" di valore inferiore alle soglie comunitarie, applicano le citate previsioni dell'art. 50, del d.lgs. 36/2023.

Sulla base delle considerazioni espresse, si rimette dunque a codesto Ente ogni valutazione in ordine agli atti ed ai provvedimenti da adottare nella fattispecie oggetto della richiesta di parere, sulla base dell'indirizzo generale sopra illustrato.

Avv. Giuseppe Busia

Firmato digitalmente