



ANAC AUTORITÀ
NAZIONALE
ANTICORRUZIONE

LINEE GUIDA N°....

Recanti «Indicazioni in materia di affidamenti in house di contratti aventi ad oggetto lavori, servizi o forniture disponibili sul mercato in regime di concorrenza ai sensi dell'articolo 192, comma 2, del decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50 e s.m.i.»

Relazione AIR

SOMMARIO

RELAZIONE AIR	1
1. Il quadro normativo di riferimento e le pronunce giurisprudenziali in materia	3
2. Gli affidamenti in house nella prassi applicativa	9
3. Obiettivo dell'intervento	12
4. Procedimento di consultazione	12
5. Verifica di impatto della regolazione	13
6. Opzione zero	13
7. Opzioni alternative	13
7.1 Ambito soggettivo e oggettivo di applicazione	13
7.2 Oggetto del contratto da affidare	14
7.3 Applicazione dell'articolo 192, comma 2, del codice dei contratti pubblici alle attività che non sono al momento presenti sul mercato, ma potrebbero esserlo in un prossimo futuro	15
7.4 I servizi presenti sul mercato in regime di concorrenza	16
7.5 Applicazione dell'articolo 192, comma 2, del codice dei contratti pubblici ai servizi correlati a compiti istituzionali dell'amministrazione	16
7.6 Applicazione dell'articolo 192, comma 2, del codice dei contratti pubblici alle attività di centralizzazione delle committenze	17
7.7 Applicazione dell'articolo 192, comma 2 ai servizi TPL	18
7.8 La pubblicazione della motivazione	20
7.9 La differenza tra la motivazione ex articolo 192, comma 2, del codice dei contratti pubblici e la motivazione in merito alla costituzione dell'organismo in house ex articolo 5 del d.lgs. 175/2016.	22
7.10 La valutazione dei benefici in termini di interoperabilità dei servizi offerti	23
7.11 Le conseguenze dell'omissione o della non corretta valutazione da parte della stazione appaltante	24
7.12 Applicabilità della clausola sociale ai contratti di lavoro sottoscritti dall'organismo in-house	25

1. Il quadro normativo di riferimento e le pronunce giurisprudenziali in materia

L'articolo 192, comma 2, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (di seguito codice dei contratti pubblici) stabilisce che «Ai fini dell'affidamento in house di un contratto avente ad oggetto servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza, le stazioni appaltanti effettuano preventivamente la valutazione sulla congruità economica dell'offerta dei soggetti in house, avuto riguardo all'oggetto e al valore della prestazione, dando conto nella motivazione del provvedimento di affidamento delle ragioni del mancato ricorso al mercato, nonché dei benefici per la collettività della forma di gestione prescelta, anche con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche».

Le disposizioni del Codice vanno coordinate con le previsioni del decreto legislativo 175/2016 e, in particolare, con l'articolo 4, che individua le finalità perseguibili mediante l'acquisizione e la gestione di partecipazioni pubbliche e con l'articolo 16 che reca la disciplina delle società in house.

L'articolo 4, comma 4, del citato decreto stabilisce che le società in house hanno come oggetto sociale esclusivo una o più delle attività di cui al comma 2, lettere a), b), d) ed e) del medesimo articolo. Pertanto, dette società possono occuparsi:

1. della produzione di un servizio di interesse generale, ivi inclusa la realizzazione e la gestione delle reti e degli impianti funzionali ai servizi medesimi;
2. della progettazione e realizzazione di un'opera pubblica sulla base di un accordo di programma fra amministrazioni pubbliche, ai sensi dell'articolo 193 del decreto legislativo n. 50 del 2016;
3. dell'autoproduzione di beni o servizi strumentali all'ente o agli enti pubblici partecipanti o allo svolgimento delle loro funzioni, nel rispetto delle condizioni stabilite dalle direttive europee in materia di contratti pubblici e della relativa disciplina nazionale di recepimento;
4. di servizi di committenza, ivi incluse le attività di committenza ausiliarie, apprestati a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici di cui all'articolo 3, comma 1, lettera a), del decreto legislativo n. 50 del 2016.

La disposizione precisa, altresì, che tali società operano in via prevalente con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti, salvo quanto previsto dall'articolo 16. Detto articolo, infatti, oltre a prevedere – in conformità al codice dei contratti pubblici – che oltre l'80% del fatturato delle società in house sia effettuato nello svolgimento dei compiti a esse affidati dall'ente pubblico o dagli enti pubblici soci, fornisce ulteriori indicazioni sulla possibilità di svolgimento della «produzione ulteriore» (per la residua quota inferiore al 20%) stabilendo che tale attività è consentita soltanto a condizione che la stessa permetta di conseguire economie di scala o altri recuperi di efficienza sul complesso dell'attività principale della società. Il mancato rispetto del limite quantitativo descritto non comporta lo scioglimento del rapporto, ma configura una grave irregolarità ai sensi dell'art. 2409 del codice civile e dell'art. 15 del decreto in esame.

L'articolo 16, comma 1, di tale decreto legislativo prevede che le società in house ricevono affidamenti diretti di contratti pubblici dalle amministrazioni che esercitano su di esse il controllo analogo o da ciascuna delle amministrazioni che esercitano su di esse il controllo analogo congiunto solo se non vi sia partecipazione di capitali privati, ad eccezione di quella prescritta da norme di legge e che avvenga in forme che non comportino controllo o potere di veto, né l'esercizio di un'influenza determinante sulla società controllata.

Il comma 7 dell'articolo in esame prevede che le società in house sono tenute all'acquisto di lavori, beni e servizi secondo la disciplina di cui al codice dei contratti pubblici, facendo salvo quanto previsto agli articoli 5 e 192 del medesimo codice.

L'articolo 192 del codice dei contratti pubblici è stato oggetto della recente pronuncia resa dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea con ordinanza del 6 febbraio 2020 a seguito della questione pregiudiziale sollevata dal Consiglio di Stato con ordinanza n. 293/2019. In particolare, il Consiglio di Stato ha sollevato la seguente questione: «Se il diritto dell'Unione (...) (e segnatamente il principio di libera amministrazione delle autorità pubbliche e il principio di sostanziale equivalenza fra le diverse modalità di affidamento e di gestione dei servizi di interesse delle amministrazioni pubbliche) osti a una normativa nazionale [come quella dell'articolo 192, comma 2, del Codice dei contratti pubblici (...)] [la] quale colloca gli affidamenti in house su un piano subordinato ed eccezionale rispetto agli affidamenti tramite gara di appalto: i) consentendo tali affidamenti soltanto in caso di dimostrato fallimento del mercato rilevante, nonché ii) imponendo comunque all'amministrazione che intenda operare un affidamento in regime di delegazione interorganica di fornire una specifica motivazione circa i benefici per la collettività connessi a tale forma di affidamento».

Il Giudice del rinvio ha osservato che il restrittivo orientamento evidenziato dalla normativa italiana del 2016 si colloca in continuità con orientamenti analoghi manifestati dall'ordinamento almeno dal 2008. Inoltre, ha evidenziato che con sentenza 17 novembre 2010, n. 325, la Corte costituzionale ha riconosciuto alla legge di poter prevedere "limitazioni dell'affidamento diretto più estese di quelle comunitarie" e, con ulteriori pronunce, ha ribadito che l'affidamento in regime di delegazione interorganica costituisce "un'eccezione rispetto alla regola generale dell'affidamento a terzi mediante gara ad evidenza pubblica" (Corte cost., 20 marzo 2013, n. 46). Secondo il Consiglio di Stato è quindi necessario stabilire se questo restrittivo orientamento ultradecennale dell'ordinamento italiano in tema di affidamenti in house risulti conforme con i principi e disposizioni del diritto dell'Unione europea (con particolare riguardo al principio della libera organizzazione delle amministrazioni pubbliche sancita dall'articolo 2 della Direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione).

Al riguardo, il giudice del rinvio ha osservato che, in tema di acquisizione dei servizi di interesse degli organismi pubblici, si fronteggiano due principi generali la cui contestuale applicazione può comportare antinomie: a) da un lato, il principio della libertà e autodeterminazione, per i soggetti pubblici, di organizzare come meglio stimano le prestazioni dei servizi di rispettivo interesse, senza che vincoli di particolare modalità gestionale derivanti dall'ordinamento dell'UE o da quello nazionale (ad es.: regime di affidamento con gara) rispetto a un'altra (ad es.: regime di internalizzazione ed autoproduzione); b) dall'altro, il principio della piena apertura concorrenziale dei mercati degli appalti pubblici e delle concessioni.

Il Supremo consesso amministrativo ha osservato che il principio sub b) sembra presentare una valenza sussidiaria rispetto al principio sub a) (ossia, rispetto al principio della libertà nella scelta del modello gestionale). Infatti, la prima scelta che viene demandata alle amministrazioni è di optare fra il regime di autoproduzione e quello di esternalizzazione (modelli che appaiono collocati dall'ordinamento dell'UE su un piano di equiordinazione) e, solo se si sia optato per il secondo di tali modelli, incomberà sull'amministrazione l'obbligo di operare nel pieno rispetto dell'ulteriore principio della massima concorrenzialità fra gli operatori di mercato.

Il giudice ha evidenziato, altresì, che, da parte dell'ordinamento dell'UE gli affidamenti in house (sostanziale forma di autoproduzione) non sembrano posti in una posizione subordinata

rispetto agli affidamenti con gara; al contrario, sembrano rappresentare una sorte di prius logico rispetto a qualunque scelta dell'amministrazione pubblica in tema di autoproduzione o esternalizzazione dei servizi di proprio interesse. «In altri termini, sembra che per l'ordinamento UE da parte di una pubblica amministrazione si possa procedere all'esternalizzazione dell'approvvigionamento di beni, servizi o forniture solo una volta che le vie interne, dell'autoproduzione ovvero dell'internalizzazione, non si dimostrano precorribili o utilmente percorribili. Il che sembra corrispondere ad elementari esigenze di economia, per cui ci si rivolge all'esterno solo quando non si è ben in grado di provvedere da soli: nessuno, ragionevolmente, si rivolge ad altri quando è in grado di provvedere, e meglio, da solo».

Il Consiglio di Stato ha sottolineato che la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'UE ha chiarito a propria volta che l'ordinamento comunitario non pone limiti alla libertà, per le amministrazioni, di optare per un modello gestionale di autoproduzione, piuttosto che su un modello di esternalizzazione e che la stessa Commissione europea ha chiarito che «nel diritto comunitario, le autorità pubbliche sono infatti libere di esercitare in proprio un'attività economica o di affidarla a terzi, ad esempio ad entità a capitale misto costituite nell'ambito di un partenariato pubblico-privato. Tuttavia, se un soggetto pubblico decide di far partecipare un soggetto terzo all'esercizio di un'attività economica a condizioni che configurano un appalto pubblico o una concessione, è tenuto a rispettare le disposizioni del diritto comunitario applicabili in materia».

Il giudice del rinvio ha poi richiamato l'articolo 2 della citata Direttiva 2014/23/UE che riconosce in modo espresso la possibilità per le amministrazioni di espletare i compiti di rispettivo interesse pubblico: i) avvalendosi delle proprie risorse, ovvero ii) in cooperazione con altre amministrazioni aggiudicatrici, ovvero – ancora iii) mediante conferimento ad operatori economici esterni, senza fissare alcuna graduazione in termini valoriali fra le richiamate modalità di assegnazione. È stato richiamato anche il Considerando 5 della Direttiva 2014/24/UE, secondo cui "(...) nessuna disposizione della presente direttiva obbliga gli Stati membri ad affidare a terzi o a esternalizzare la prestazione di servizi che desiderano prestare essi stessi o organizzare con strumenti diversi dagli appalti pubblici ai sensi della presente direttiva (...)".

Sulla base delle considerazioni esposte, il Consiglio di Stato ha dunque posto la questione della conformità fra:

- i richiamati principi e le disposizioni del diritto dell'Unione europea (i quali sembrano comportare una piena equiordinazione fra le diverse modalità di assegnazione dei servizi di interesse delle amministrazioni pubbliche, se non addirittura la prevalenza logica del sistema di autoproduzione rispetto ai modelli di esternalizzazione) e
- le previsioni del diritto nazionale italiano (in particolare, il comma 2 dell'articolo 192 del Codice degli appalti pubblici del 2016) che pongono invece gli affidamenti in house in una posizione subordinata e subvalente e – come detto – li ammettono soltanto in caso di dimostrato 'fallimento del mercato' di riferimento e a condizione che l'amministrazione dimostri in modo puntuale gli specifici benefici per la collettività connessi a tale forma di gestione.

Inoltre, secondo il Giudice del rinvio, occorre chiarire altresì se (ferma restando la sostanziale equivalenza, per il diritto dell'UE, fra le diverse forme di approvvigionamento di interesse delle amministrazioni) i singoli ordinamenti nazionali possano legittimamente porre una di tali forme di affidamento e gestione su un piano che si presume subordinato, assegnando comunque la priorità e la prevalenza al principio di apertura concorrenziale rispetto a quello della libera organizzazione delle amministrazioni pubbliche.

La Corte di Giustizia Europea, con ordinanza del 6 febbraio 2020 ha chiarito che la direttiva 2014/24 ha lo scopo, come enuncia il suo considerando 1, di coordinare le procedure nazionali di aggiudicazione degli appalti che superano un determinato importo. L'articolo 12, paragrafo 1, di tale direttiva, relativo alle operazioni interne, che si limita quindi a precisare le condizioni che un'amministrazione aggiudicatrice deve rispettare quando desidera concludere un'operazione interna, ha soltanto l'effetto di autorizzare gli Stati membri ad escludere una tale operazione dal campo di applicazione della direttiva 2014/24. Tale disposizione non può quindi privare gli Stati membri della libertà di favorire una modalità di prestazione di servizi, di esecuzione di lavori o di approvvigionamento di forniture a scapito di altre. In effetti, questa libertà implica una scelta che viene effettuata in una fase precedente all'aggiudicazione di un appalto e che non può quindi rientrare nell'ambito di applicazione della direttiva 2014/24. La libertà degli Stati membri di scegliere il modo di prestazione di servizi mediante il quale le amministrazioni aggiudicatrici provvederanno alle proprie esigenze deriva anche dal considerando 5 della direttiva 2014/24, che stabilisce che «nessuna disposizione della presente direttiva obbliga gli Stati membri ad affidare a terzi o a esternalizzare la prestazione di servizi che desiderano prestare essi stessi o organizzare con strumenti diversi dagli appalti pubblici ai sensi della presente direttiva».

Pertanto, così come la direttiva 2014/24 non obbliga gli Stati membri a ricorrere a una procedura di appalto pubblico, essa non può obbligare gli Stati membri a ricorrere a un'operazione interna quando sono soddisfatte le condizioni di cui all'articolo 12, paragrafo 1. Peraltro, la libertà in tal modo lasciata agli Stati membri è messa in luce più nettamente dall'articolo 2, paragrafo 1, della direttiva 2014/23, ai sensi del quale:

«La presente direttiva riconosce il principio per cui le autorità nazionali, regionali e locali possono liberamente organizzare l'esecuzione dei propri lavori o la prestazione dei propri servizi in conformità del diritto nazionale e dell'Unione. Tali autorità sono libere di decidere il modo migliore per gestire l'esecuzione dei lavori e la prestazione dei servizi per garantire in particolare un elevato livello di qualità, sicurezza e accessibilità, la parità di trattamento e la promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utenza nei servizi pubblici. Dette autorità possono decidere di espletare i loro compiti d'interesse pubblico avvalendosi delle proprie risorse o in cooperazione con altre amministrazioni aggiudicatrici o di conferirli a operatori economici esterni».

La Corte ha evidenziato che, tuttavia, la libertà degli Stati membri di scegliere il metodo di gestione che ritengono più appropriato per l'esecuzione dei lavori o la prestazione dei servizi non può essere illimitata. Essa deve al contrario essere esercitata nel rispetto delle regole fondamentali del trattato FUE, segnatamente della libertà di circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi, nonché dei principi che ne derivano come la parità di trattamento, il divieto di discriminazione, il mutuo riconoscimento, la proporzionalità e la trasparenza.

Di conseguenza, la Corte ha rilevato che l'articolo 12, paragrafo 1, della direttiva 2014/24 deve essere interpretato nel senso che non osta ad una norma nazionale con la quale uno Stato membro subordina la conclusione di un'operazione interna, in particolare, alla condizione che l'aggiudicazione di un appalto pubblico non garantisca la qualità dei servizi forniti, la loro accessibilità o continuità, sempre che la scelta espressa a favore di una particolare modalità di prestazione di servizi, e effettuata in una fase precedente a quella dell'aggiudicazione dell'appalto pubblico, rispetti i principi di parità di trattamento, non discriminazione, riconoscimento reciproco, proporzionalità e trasparenza. In tali condizioni, la libertà degli Stati membri di scegliere il modo di prestazione di servizi mediante il quale le amministrazioni

aggiudicatrici provvederanno alle proprie esigenze li autorizza a subordinare la conclusione di un'operazione interna all'impossibilità di indire una gara d'appalto e, in ogni caso, alla dimostrazione, da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, dei vantaggi per la collettività specificamente connessi al ricorso all'operazione interna.

Tale ricostruzione può essere estesa anche al paragrafo 3 dell'articolo in esame, che si differenzia dal paragrafo 1 soltanto per il numero di soggetti che esercitano il controllo analogo. La Corte ha quindi risposto alla questione sollevata dichiarando che l'articolo 12, paragrafo 3, della direttiva 2014/24 deve essere interpretato nel senso che non osta a una normativa nazionale che subordina la conclusione di un'operazione interna, denominata anche «contratto in house», all'impossibilità di procedere all'aggiudicazione di un appalto e, in ogni caso, alla dimostrazione, da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, dei vantaggi per la collettività specificamente connessi al ricorso all'operazione interna.

La Corte di Giustizia ha quindi affermato la compatibilità con il diritto euro-unitario dell'articolo 192, comma 2, del codice dei contratti pubblici, richiedendo soltanto che la scelta operata dall'amministrazione a favore di una particolare modalità di prestazione di servizi rispetti i principi di parità di trattamento, non discriminazione, riconoscimento reciproco, proporzionalità e trasparenza.

Le Linee guida contengono alcune indicazioni pratiche in merito alle modalità con cui svolgere la valutazione sulla congruità economica dell'offerta, individuando possibili elementi da prendere in considerazione e le modalità di acquisizione degli stessi. Le indicazioni sono state fornite avendo presente la giurisprudenza formatasi in materia e le osservazioni rese in occasione dell'audizione della Corte dei Conti alle Camere nell'ambito dell'attività conoscitiva sul codice degli appalti (aprile 2019). In tale occasione, l'Organo di controllo contabile ha chiarito che la valutazione rimessa alla stazione appaltante ai sensi dell'articolo 192, comma 2, del codice dei contratti pubblici è costituita da una componente "quantitativa", accompagnata da una di carattere più "qualitativo". A tal fine, la valutazione va effettuata esaminando separatamente i profili economici ("Verifica dei costi") da quelli qualitativi ("Caratteristiche del servizio e ragioni dell'affidamento in house").

Come chiarito dalla Corte dei Conti nella sentenza n. 2/2015, *«I principi di sana gestione finanziaria, impongono che l'affidamento diretto di un servizio in house non possa prescindere da criteri di efficienza, efficacia ed economicità della scelta di autoproduzione. L'ente, pertanto, deve preventivamente verificare la convenienza, in termini economici e qualitativi, dei beni/servizi offerti in house rispetto a quelli reperibili sul mercato. Questa "simulazione di mercato", quasi mai eseguita dagli enti affidanti, è essenziale per garantire, nell'ambito dei servizi pubblici locali e ancor più di quelli strumentali, l'effettiva convenienza dell'in house, evitando occulti finanziamenti alle partecipate utili solo per garantirne la sopravvivenza a danno delle casse pubbliche».*

Si segnala, altresì, la sentenza del Consiglio di Stato n. 681 del 27/1/2020 che, nel richiamare la giurisprudenza consolidata in materia, ha evidenziato che *«l'affidamento in house di servizi è illegittimo nel caso in cui non ci sia convenienza economica rispetto alla esternalizzazione dello stesso; l'in house providing riveste infatti carattere eccezionale rispetto all'ordinaria modalità di scelta del contraente ed è possibile solo qualora sussista per l'amministrazione una reale convenienza rispetto alle condizioni economiche offerte dal mercato»* (in termini, tra le tante, Cons. Stato, III, 17 dicembre 2015, n. 5732).

Il Consiglio di Stato, con sentenza n. 1900/2016, seppur in negativo, ha indicato il contenuto minimo della motivazione, sostenendo che la stessa, per soddisfare l'onere di motivazione

aggravato previsto dalla norma deve essere concreta, riscontrabile, controllabile, intellegibile e pregnante sui profili della convenienza, non solo economica, della scelta.

È opportuno evidenziare, altresì la recente sentenza n. 2102/2021, con cui il Supremo consesso amministrativo ha chiarito che *«l'obbligo motivazionale facente carico all'Amministrazione, come innanzi delineato, si riverbera, sul piano istruttorio, nella attribuzione alla stessa della scelta, anch'essa eminentemente discrezionale, in ordine alle modalità più appropriate a cogliere, in relazione alla concreta fattispecie, i dati necessari al fine di compiere, in maniera oggettiva quanto completa, la suddetta valutazione di "preferenza": metodo che impone all'Amministrazione di prendere in considerazione sia la soluzione organizzativa e gestionale praticabile attraverso il soggetto in house (al fine, appunto, di enucleare i "benefici per la collettività" da essa attesi), sia la capacità del mercato di offrirne una equivalente, se non maggiormente apprezzabile, sotto i profili della "universalità e socialità, efficienza, economicità, qualità del servizio e ottimale impiego delle risorse pubbliche»*. Il Consiglio di Stato ha chiarito, altresì, che *«la congruità dell'attività istruttoria posta in essere dall'Amministrazione deve essere valutata caso per caso, non potendo escludersi la possibilità (recte, legittimità) di un modus procedendi che non si traduca nell'effettuazione di specifiche indagini di mercato e/o di tipo comparativo, laddove sussistano plausibili, dimostrabili e motivate ragioni, insite nell'affidamento del servizio all'organismo in house, per ritenere che l'affidamento mediante gara non garantisca (non, quantomeno, nella stessa misura di quello diretto) il raggiungimento degli obiettivi prefissati»*.

Sul piano normativo, si ritiene opportuno segnalare l'articolo 10 del decreto legge 31/5/2021, n. 77, in fase di conversione, rubricato «Misure per accelerare la realizzazione degli investimenti pubblici», il quale prevede che le amministrazioni interessate, al fine di sostenere la definizione e l'avvio delle procedure di affidamento ed accelerare l'attuazione degli investimenti pubblici, in particolare di quelli previsti dal PNRR e dai cicli di programmazione nazionale e comunitaria 2014-2020 e 2021-2027, possono avvalersi del supporto tecnico-operativo di società *in house* qualificate ai sensi dell'articolo 38 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, mediante la sottoscrizione di apposite convenzioni. La norma chiarisce che l'attività di supporto copre anche le fasi di definizione, attuazione, monitoraggio e valutazione degli interventi e comprende azioni di rafforzamento della capacità amministrativa, anche attraverso la messa a disposizione di esperti particolarmente qualificati.

Per quanto qui di interesse, il comma 3, della disposizione in esame stabilisce che, ai fini dell'articolo 192, comma 2, del decreto legislativo n. 50 del 2016, la valutazione della congruità economica dell'offerta ha riguardo all'oggetto e al valore della prestazione e la motivazione del provvedimento di affidamento dà conto dei vantaggi, rispetto al ricorso al mercato, derivanti dal risparmio di tempo e di risorse economiche, mediante comparazione degli standard di riferimento di Consip S.p.A e delle centrali di committenza regionali. La previsione è in linea con la preminente rilevanza attribuita dal decreto alla sollecita e puntuale realizzazione degli interventi inclusi nei Piani indicati al comma 1, dell'articolo 1. Si ritiene che le indicazioni contenute nelle presenti Linee guida siano compatibili con tali finalità e possano essere prese a riferimento anche per la valutazione delle ragioni del mancato ricorso al mercato nel caso di affidamenti effettuati ai sensi dell'articolo 10 del decreto legge 77/2021. In tal caso, nell'operare la valutazione di cui all'articolo 192, comma 2, del codice dei contratti pubblici, le stazioni appaltanti danno particolare rilievo agli elementi evidenziati dalla norma,

considerando in special modo i vantaggi derivanti dal risparmio di tempo e di risorse economiche rispetto al ricorso al mercato.

2. Gli affidamenti in house nella prassi applicativa

Dalla relazione 2021 della Corte dei Conti, Sezione delle Autonomie sugli organismi partecipati dagli enti territoriali, risultano esistenti n. 7.154 organismi partecipati in via diretta e indiretta da enti locali; di questi, n. 4.880 sono organizzati in forma societaria.

Gli organismi partecipati da enti sanitari alla data dell'11 maggio 2021 risultano n. 149, di cui n. 125 in attività, n. 6 inattivi, n. 5 soggetti a procedura concorsuale e n. 13 in liquidazione volontaria. Sono state rilevate n. 101.478 partecipazioni detenute da tutti gli enti territoriali, di cui n. 23.154 dirette e n. 78.324 indirette, per la maggior parte (n. 98.211, quasi il 97%) detenute dai Comuni.

Rispetto al «Rapporto sulle partecipazioni pubbliche (Dati Anno 2014)», reso noto dal Dipartimento del Tesoro nel mese di novembre 2016, risulta una flessione sia nel numero degli organismi che nelle partecipazioni. Detto rapporto rilevava, infatti, 48.896 partecipazioni (di cui 35.034 dirette e 15.944 indirette) detenute in 8.893 organismi partecipati. A valle di un esercizio di ricostruzione delle quote di partecipazione indiretta, a partire dalle informazioni comunicate dalle Amministrazioni, il Dipartimento aveva, inoltre, individuato ulteriori 44.384 partecipazioni non dichiarate, portando il totale delle stesse a quota 93.280.

Con riferimento agli affidamenti effettuati dalle Amministrazioni in favore delle società partecipate, sono stati rilevati, in generale, circa 11.300 affidamenti. In particolare, le risposte inviate dalle Amministrazioni Locali evidenziano che delle 8.386 società partecipate censite, 2.997 sono quelle alle quali le Amministrazioni hanno dichiarato di aver affidato servizi. I Comuni hanno affidato prevalentemente servizi pubblici (quasi il 60 per cento dei servizi affidati), mentre le Regioni, le Province e le altre Amministrazioni Locali hanno affidato alle partecipate prevalentemente altre tipologie di servizi, tra i quali soprattutto i cosiddetti servizi strumentali. Per quanto riguarda la modalità di affidamento dei servizi, la rilevazione evidenzia la forte prevalenza degli affidamenti diretti rispetto a quelli con gara che rappresentano, in media, appena il 5 per cento. Il Dipartimento del Tesoro ha sottolineato che i dati raccolti non sono esaustivi delle quote di partecipazione in società detenute dalla totalità delle Amministrazioni Locali, in quanto non tutte hanno comunicato le proprie partecipazioni. Stante quindi l'incompletezza delle dichiarazioni, il Rapporto in esame evidenzia che, comunque, i dati rilevati mostrano la netta prevalenza degli affidamenti senza gara a società nelle quali le Amministrazioni Locali detengono quote di partecipazione non totalitarie, se non addirittura minoritarie e la conseguente necessità di monitorare la sussistenza di ulteriori forme di controllo della società ai fini di una migliore comprensione del fenomeno.

Secondo i dati comunicati in occasione della relazione della Corte dei conti per l'anno 2021 sugli organismi partecipati dagli enti territoriali e sanitari di cui alla delibera n. 15 del 2021 della sezione autonomie, su 18.251 affidamenti, corrispondenti ad un impegno annuale di poco più di 11 miliardi di euro, preponderante è la quota pertinente ai servizi pubblici locali, che incidono per il 64% in termini di numerosità delle procedure e per oltre il 79% quale impegno di spesa. Tali servizi sono essenzialmente oggetto di affidamento diretto, registrando ben 10.540 procedure che incidono sulla spesa annua complessiva per il 66%. Il ricorso generalizzato alle procedure di

affidamento diretto (n. 16.963) è confermato a livello complessivo, e determina un impegno finanziario annuo pari a poco più di 9,5 miliardi di euro, con un'incidenza pari a circa l'86% del totale.

Secondo la relazione annuale riferita al 2019 della medesima Sezione, gli affidamenti diretti di servizi pubblici, secondo il modello *dell'in house providing* costituiscono il 93% del totale degli affidamenti disposti dagli enti locali; su 4.326 società affidatarie, 1.804 sono a totale capitale pubblico. Si registra, inoltre, la netta prevalenza di affidamenti *in house* mentre le gare con impresa terza risultano essere soltanto 878 (su un totale di 14.626 affidamenti). Dai dati risultanti dalle comunicazioni obbligatorie alla Corte dei Conti relative alle società partecipate risulta che soltanto 2.097 società, pari al 48% delle società *in house* è beneficiario di affidamenti. Il dato, anche a detta dell'organo di controllo potrebbe essere il risultato di lacune informative imputabili agli enti tenuti alla comunicazione.

Nella tabella seguente sono indicati i dati riferiti alle istanze di inserimento nell'Elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti *in house*, previsto dall'articolo 192, comma 1, del codice dei contratti pubblici e tenuto dall'ANAC. I dati si riferiscono alle società *in house* per le quali è richiesta l'iscrizione e non alle domande che sono in numero superiore, per via dei casi di controllo congiunto.

Archivate/cancellate	187
Diniego	15
Iscrizione	751
In fase istruttoria	444
Totale complessivo	1397

Nelle tabelle riportate di seguito sono indicate le tipologie di affidamento prescelte per i servizi pubblici locali negli anni dal 2017 al 2020, estrapolati dai dati pubblicati dal MISE. Dai dati acquisiti emerge che circa il 50% degli affidamenti di servizi pubblici locali è effettuato mediante affidamento diretto a società *in house*.

2017	Gara	Affidamento diretto in house	Società in mista	Altro	Non indicato	totale
Gestione rifiuti urbani	8	28	0	0	3	39
TPL	1	3	0	1	1	6
Altri servizi	16	17	2	20	4	59
Non indicato		1				1
totale	25	49	2	21	8	105

2018	Gara	Affidamento diretto in house	Altro	Non indicato	totale
Gestione rifiuti urbani	4	28	2	5	39
Servizio idrico integrato	0	3	1	0	4
TPL	0	0	1	4	5
Altri servizi	12	26	22	14	74
Non indicato				2	2
totale	16	57	26	25	124

2019	Gara	Affidamento diretto in house	Altro	Non indicato	totale
Gestione rifiuti urbani	2	10	1	0	13
Servizio idrico integrato		1		3	4
TPL			1	3	4
Altri servizi	12	15	7	10	44
totale	14	27	9	13	63

2020	Gara	Affidamento diretto in house	Altro	Non indicato	totale
Gestione rifiuti urbani	1	4	0	3	8
Servizio idrico integrato					
TPL					
Altri servizi	2	10	3	5	20
Non indicato	0	2	3	2	7
totale	3	16	6	10	35

3. Obiettivo dell'intervento

Le presenti Linee guida si pongono l'obiettivo di fornire indicazioni utili alle stazioni appaltanti per la formulazione della motivazione richiesta dall'articolo 192, comma 2, del codice dei contratti pubblici nel caso di affidamento diretto a società *in house*. La disposizione prevede, infatti, un onere motivazionale aggravato che presuppone lo svolgimento di un'indagine comparativa volta a dimostrare la convenienza economica e sociale dell'affidamento diretto rispetto al ricorso al mercato. Lo scopo, quindi, è quello di fornire indicazioni pratiche per orientare l'azione degli enti interessati verso comportamenti conformi alla normativa vigente ed uniformi, favorendo la diffusione di *best-practice*, utilizzando lo strumento previsto dal codice dei contratti pubblici all'articolo 213, comma 2.

L'esigenza emerge anche dall'analisi di alcune relazioni contenenti la motivazione del mancato ricorso al mercato rinvenute sui profili di committente. In particolare, è emerso che le relazioni redatte secondo lo schema-tipo elaborato dal Ministero per lo Sviluppo economico, per l'affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica ai sensi dell'articolo 34, comma 20, del decreto legge n. 179 del 2012, convertito in legge n. 221 del 2012, si dilungano molto sul contesto giuridico e sulla sussistenza dei requisiti dell'articolo 5 del codice dei contratti pubblici e sono, invece, molto sintetiche nella parte dedicata alla motivazione del mancato ricorso al mercato, dove vengono frequentemente utilizzate formule di stile che denotano l'assenza di una valutazione concreta. Analoghe considerazioni possono essere effettuate con riferimento alle motivazioni rese per gli affidamenti degli altri servizi rientranti nel campo di applicazione dell'articolo 192, comma 2, del codice dei contratti pubblici.

Anche dalla segnalazione di AGCM recante «Proposte di riforma concorrenziale, ai fini della Legge Annuale per il Mercato e la Concorrenza anno 2021» emerge un ricorso massiccio all'affidamento *in house* effettuato in favore di società in alcuni casi prive dei requisiti soggettivi e oggettivi previsti dalla normativa e in assenza di adeguata motivazione circa la convenienza della forma di gestione prescelta.

Si ravvisa, quindi, la necessità di fornire indicazioni utili a rendere tali motivazioni maggiormente aderenti alle indicazioni normative, al fine di agevolare lo svolgimento delle attività di competenza delle stazioni appaltanti e consentire un'oculata gestione delle risorse pubbliche, favorendo l'adozione di comportamenti conformi al dato normativo e scongiurando il proliferare del contenzioso.

4. Procedimento di consultazione

L'adozione delle presenti Linee guida è intervenuta all'esito di una consultazione pubblica svoltasi nel periodo dal 12 febbraio al 31 marzo 2021 e finalizzata ad acquisire osservazioni e commenti da parte degli operatori del mercato.

Nel corso della consultazione sono pervenuti all'Autorità contributi da parte di 19 soggetti, tra cui amministrazioni pubbliche, società pubbliche, associazioni di categorie e soggetti privati. Inoltre, sono stati acquisiti i pareri delle Autorità indipendenti di settore (Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente, Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni e Autorità di regolazione dei trasporti) in ragione delle rispettive competenze in materia. All'esito dell'esame dei contributi e dei pareri pervenuti, l'Autorità ha

integrato e modificato lo schema di Linee guida alla luce delle osservazioni ricevute. Il testo del documento è stato trasmesso al Consiglio di Stato per l'acquisizione del relativo parere.

5. Verifica di impatto della regolazione

Le presenti Linee guida saranno sottoposte a verifica di impatto della Regolazione a distanza di tre anni dalla relativa adozione, al fine di valutare a posteriori l'effetto delle regole introdotte sui soggetti destinatari degli atti regolatori, verificando il raggiungimento degli obiettivi attesi e individuando eventuali correttivi da introdurre. La valutazione potrà essere effettuata sulla base dell'esame di un campione significativo di motivazioni pubblicate. Potranno inoltre essere predisposti specifici questionari da sottoporre ad un campione scelto di amministrazioni al fine di valutare l'utilità concreta delle indicazioni suggerite e i possibili margini di miglioramento del documento.

6. Opzione zero

L'opzione zero, ossia la scelta di non intervenire in materia, è stata valutata con riferimento ai costi e ai benefici dell'intervento regolatorio. Dall'analisi dei dati disponibili è emerso un forte ricorso allo strumento dell'in house providing da parte delle pubbliche amministrazioni a fronte della scarsa motivazione in ordine alle scelte effettuate, che sottende una valutazione non appropriata dei vantaggi del sistema prescelto rispetto al ricorso al mercato. L'obbligo di effettuare la valutazione preliminare della congruità economica dell'offerta e di motivare in ordine alle ragioni del mancato ricorso al mercato è previsto per legge e deve essere necessariamente adempiuto dalle amministrazioni che intendano ricorrere alla specifica modalità di affidamento. Sulla base di tali presupposti e considerate le criticità riscontrate nell'esame delle valutazioni di pertinenza delle stazioni appaltanti, si ritiene che le indicazioni fornite dall'Autorità possano comportare benefici maggiori rispetto ai costi che ne conseguono. Inoltre, occorre considerare che gli eventuali, maggiori oneri conseguenti si sostanzierebbero nell'uso di risorse aggiuntive, in termini di tempo ed eventualmente di professionalità, necessarie a svolgere una corretta e compiuta attività valutativa conforme al dato normativo. Tali costi, quindi, sarebbero rinunciabili soltanto a prezzo di condurre valutazioni non adeguate, in spregio alle previsioni di legge.

7. Opzioni alternative

Di seguito sono riportate le questioni di maggior rilievo rispetto alle quali è stato necessario effettuare una scelta tra più opzioni di regolazione possibile. Per ciascuna scelta sono indicate le relative motivazioni.

7.1 Ambito soggettivo e oggettivo di applicazione

L'articolo 192, comma 2, del codice dei contratti pubblici riferisce l'obbligo della motivazione aggravata alle stazioni appaltanti, con ciò individuando un ambito soggettivo di applicazione comprendente le amministrazioni aggiudicatrici, gli enti aggiudicatori, i soggetti aggiudicatori e i soggetti privati tenuti all'osservanza delle disposizioni del codice. Il comma 1 della medesima disposizione, nel disciplinare l'obbligo di iscrizione all'elenco tenuto dall'ANAC al fine di

effettuare gli affidamenti diretti agli organismi in house, si riferisce alle amministrazioni aggiudicatrici e agli enti aggiudicatori.

Opzioni alternative

L'articolo 192 va coordinata con le norme che disciplinano i contratti esclusi dall'ambito di applicazione del codice ai sensi degli articoli da 6 a 20 e con le norme che individuano le disposizioni applicabili ai regimi particolari di appalto e alle concessioni.

La norma si applica alle amministrazioni aggiudicatrici e agli enti aggiudicatori iscritti nell'elenco di cui all'articolo 192, comma 1, che operano affidamenti diretti nei confronti di organismi in house

Opzione prescelta

Si ritiene che l'articolo 192, comma 2, si applichi alle amministrazioni aggiudicatrici e agli enti aggiudicatori iscritti nell'elenco di cui all'articolo 192, comma 1, che operano affidamenti diretti nei confronti di organismi in house. La norma non si applica agli affidamenti di contratti esclusi dall'ambito di applicazione del codice ai sensi degli articoli da 6 a 20, ai contratti di cui alla Parte II, Titolo VI, del codice dei contratti pubblici (Regimi particolari di appalto) e alle concessioni.

7.2 Oggetto del contratto da affidare

L'articolo 192, comma 2, del codice dei contratti pubblici si riferisce ai soli servizi, nonostante le società *in house* siano legittimate a svolgere anche altre attività, quali la realizzazione e la gestione delle reti e degli impianti funzionali ai servizi di interesse generale, la progettazione e realizzazione di un'opera pubblica sulla base di un accordo di programma fra amministrazioni pubbliche, l'autoproduzione di beni. Nell'ambito della consultazione sono pervenute osservazioni in merito all'opportunità di estendere la portata della norma anche ai lavori e alle forniture o, per lo meno, ai lavori connessi al servizio oggetto di affidamento.

Opzioni alternative

L'articolo 192, comma 2, del codice dei contratti pubblici è una norma derogatoria che introduce limitazioni al principio di autorganizzazione degli enti pubblici. Di conseguenza non è consentita l'applicazione in via analogica a fattispecie non espressamente previste.

Occorre considerare che: i) in molti atti della Commissione europea il termine «servizi» è utilizzato con una accezione generale ed atecnica che ricomprende, in alcuni casi, anche i lavori; ii) agli organismi in house è consentito lo svolgimento di attività ulteriori rispetto alla mera prestazione di servizi. L'interpretazione restrittiva della norma comporterebbe, quindi, l'introduzione ingiustificata di una disciplina differenziata in base all'oggetto del contratto da affidare.

Opzione prescelta

Su tale punto, si evidenzia che agli organismi *in house* è consentito lo svolgimento delle sole attività previste dall'articolo 4 del d.lgs. 175/2016, tra cui rientrano la produzione di un servizio di interesse generale, ivi inclusa la realizzazione e la gestione delle reti e degli impianti funzionali ai servizi medesimi (e quindi i lavori necessari alla realizzazione delle reti e degli impianti) e

l'autoproduzione di beni o servizi strumentali all'ente o agli enti pubblici partecipanti o allo svolgimento delle loro funzioni. Inoltre, si evidenzia che, ai sensi dell'articolo 26, comma 2, del decreto legislativo 175/2016, l'articolo 4 del medesimo decreto non è applicabile alle società elencate nell'allegato A, nonché alle società aventi come oggetto sociale esclusivo la gestione di fondi europei per conto dello Stato o delle regioni, ovvero la realizzazione di progetti di ricerca finanziati dalle istituzioni dell'Unione europea. Queste società, quindi, non subiscono limitazioni in relazione alle attività consentite.

Sulla base di tali considerazioni, si è scelto di accedere ad una interpretazione teleologica della norma in esame che, superando il dato letterale, indaghi sulla *ratio legis*. L'intenzione del legislatore è quella di assoggettare ad una motivazione aggravata la scelta di non rivolgersi al mercato, considerando prevalente l'interesse alla tutela della libera concorrenza. Tale esigenza si manifesta allo stesso modo sia per gli affidamenti di servizi che per quelli di lavori e forniture. Pertanto, l'introduzione di una disciplina differenziata basata sull'oggetto del contratto non appare sorretta da adeguata giustificazione. Per tali motivi, nel documento finale sono state considerate assoggettate all'articolo 192, comma 2, le attività previste dall'articolo 4, comma 2, lettere a), d) ed e) del decreto legislativo 175/2016 (con le limitazioni indicate), senza distinzione tra lavori, servizi e forniture.

7.3 Applicazione dell'articolo 192, comma 2, del codice dei contratti pubblici alle attività che non sono al momento presenti sul mercato, ma potrebbero esserlo in un prossimo futuro

La norma in esame fa riferimento all'affidamento di servizi presenti sul mercato in regime di concorrenza.

Opzioni alternative

Secondo alcuni Stakeholder, l'applicazione della norma deve essere limitata alle prestazioni già disponibili sul mercato, ritenendo che una verifica che debba indagare anche sulle potenzialità future del mercato sia troppo onerosa per le stazioni appaltanti. Inoltre, ritengono che l'interpretazione estensiva della norma limiti il principio di autorganizzazione della PA e, stante la natura derogatoria della previsione, l'interpretazione deve essere restrittiva e considerare i principi dell'art. 1, legge 241/90, tra cui il non aggravio procedimentale.

Altri soggetti, ivi compresa l'AGCM, ritengono invece che la presenza sul mercato debba essere valutata anche in senso potenziale, considerando la possibilità che la domanda di una determinata prestazione possa indurre alcuni operatori ad adeguare la loro organizzazione produttiva per mettere a disposizione l'attività richiesta.

Opzione prescelta

Nelle Linee guida è stata operata la scelta di ritenere escluse dall'applicazione della norma in esame le sole prestazioni che non sono al momento disponibili sul mercato e non potranno esserlo in futuro, neanche a seguito di attività di adeguamento da parte dei possibili esecutori. Ciò implica che l'amministrazione, nel valutare la disponibilità del lavoro, servizio o fornitura sul mercato dovrà indagare anche in ordine alla disponibilità di offerta da parte di eventuali esecutori al momento non in grado di offrire gli stessi. Naturalmente, detta valutazione dovrà

essere effettuata tenendo in considerazione i termini temporali entro cui il bisogno dell'amministrazione deve essere soddisfatto e, pertanto, i tempi del richiesto adeguamento dovranno essere compatibili con le esigenze dell'Amministrazione.

7.4 I servizi presenti sul mercato in regime di concorrenza

Si è posto il dubbio in merito all'accezione da attribuire al termine «concorrenza» e, in particolare, se lo stesso debba essere inteso o meno in senso tecnico.

Opzioni alternative

Secondo alcuni Stakeholder, la natura derogatoria della norma ne impone un'interpretazione restrittiva, limitata ai servizi presenti sul mercato in regime di concorrenza intesa come concorrenza nel mercato.

AGCM ed ARERA hanno invece condiviso la scelta di considerare come "servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza" anche i servizi che possono essere concessi in esclusiva ad un unico operatore. Sebbene infatti alcuni servizi si prestino naturalmente ad essere svolti in regime di monopolio, la relativa gestione può ben essere esternalizzata con ricorso al mercato, attraverso le modalità tipiche della concorrenza "per il mercato", vale a dire tramite una procedura per la selezione del soggetto aggiudicatario del servizio da fornire in esclusiva. La norma, quindi, va applicata in ogni caso in cui vi sia una concorrenza per il mercato o nel mercato.

Opzione prescelta

La scelta operata è stata quella di intendere il termine «concorrenza» in senso atecnico, riferendosi alle prestazioni che siano svolte in modo alternativo sul mercato e, quindi, in ogni caso in cui vi sia una concorrenza per il mercato o nel mercato. In entrambi i casi, infatti, è possibile esperire un confronto competitivo: nel caso di concorrenza per il mercato, il confronto sarà finalizzato all'acquisizione del diritto temporaneo ad offrire la prestazione in condizioni di monopolio. La concorrenza per il mercato comporta lo spostamento del confronto competitivo "dalla fase operativa del mercato (concorrenza ex post) a quella definibile come propositiva (concorrenza ex ante); nel caso di concorrenza nel mercato, il confronto sarà invece finalizzato alla selezione dell'operatore economico che offre le condizioni più vantaggiose tra quelli che operano ad armi pari nel settore. La valutazione richiesta dall'articolo 192, comma 2, è dovuta, quindi, anche nel caso di attività offerte in regime di monopolio oppure oligopolio e nel caso di servizi che possono essere concessi in esclusiva ad un unico operatore.

7.5 Applicazione dell'articolo 192, comma 2, del codice dei contratti pubblici ai servizi correlati a compiti istituzionali dell'amministrazione

Opzioni alternative

Alcuni Stakeholder hanno richiesto di escludere dall'applicazione della norma i servizi pubblici correlati a compiti istituzionali dell'amministrazione, che la stessa decida di affidare ad un organismo *in house*.

Opzione prescelta

Sul punto, come chiarito dalla Commissione europea nella Comunicazione 2016 C...., occorre distinguere tra attività economiche e non economiche: qualsiasi attività consistente nell'offrire beni e servizi in un mercato costituisce attività economica. La questione se esista o meno un mercato per determinati servizi può dipendere dal modo in cui essi sono organizzati nello Stato membro interessato e può quindi variare da uno Stato membro all'altro. Inoltre, la qualificazione di una determinata attività può cambiare nel tempo, in funzione di scelte politiche o di sviluppi economici. Pertanto, la decisione di un'autorità pubblica di non permettere a terzi di svolgere un determinato servizio (ad esempio perché desidera prestare il servizio in proprio), non esclude l'esistenza di un'attività economica. Nonostante tale chiusura del mercato, un'attività economica può esistere se altri operatori sono disposti a fornire il servizio nel mercato interessato e possono farlo. In linea generale, il fatto che un particolare servizio sia prestato in proprio non incide sulla natura economica dell'attività.

Sulle funzioni istituzionali, occorre distinguere tra le funzioni svolte esercitando un potere d'imperio e le attività che hanno invece una connotazione economica. Si considera che un ente agisca esercitando il potere d'imperio qualora l'attività in questione rientri nelle funzioni essenziali dello Stato o sia ad esse connessa per la sua natura, per il suo oggetto e per le norme alle quali è assoggettata. Come chiarito nella Comunicazione richiamata, in generale, le attività che fanno parte intrinsecamente delle prerogative dei pubblici poteri e che sono svolte dallo Stato non costituiscono attività economiche. Se svolge un'attività economica che può essere dissociata dall'esercizio dei suoi pubblici poteri, l'ente pubblico agisce come impresa in ordine a tale attività. Dette attività possono essere esternalizzate, mantenendo in capo alla p.a. le funzioni di indirizzo, programmazione e vigilanza. In tali ipotesi, si applica l'articolo 192, comma 2, del codice dei contratti pubblici. Al contrario, qualora la suddetta attività economica sia indissociabile dall'esercizio dei suoi pubblici poteri, le attività complessive svolte dall'Ente rimangono attività che si ricollegano all'esercizio dei pubblici poteri e non rientrano dunque nel concetto di impresa e quindi nel novero delle attività presenti sul mercato in regime di concorrenza.

7.6 Applicazione dell'articolo 192, comma 2, del codice dei contratti pubblici alle attività di centralizzazione delle committenze

Opzioni alternative

Nel documento di consultazione era stata prevista l'applicazione della norma in esame ai servizi di committenza, ivi incluse le attività di committenza ausiliarie, apprestati a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici di cui all'articolo 3, comma 1, lettera a), del decreto legislativo n. 50 del 2016. Nel corso della consultazione pubblica sono pervenute osservazioni volte ad evidenziare la necessità di escludere dall'ambito di applicazione della norma le attività che non possono essere affidate all'esterno.

Opzione prescelta

L'articolo 4, comma 2, lettera e) del decreto legislativo 175/2016 consente lo svolgimento da parte degli Organismi *in house* dei servizi di committenza, ivi incluse le attività di committenza ausiliarie, apprestati a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici di cui all'articolo 3, comma 1, lettera a), del decreto legislativo n. 50 del 2016. L'articolo 39, comma 2, del codice dei contratti pubblici prevede che le stazioni appaltanti possono ricorrere, per lo svolgimento di attività delle committenze ausiliarie, ad esclusione delle attività di cui all'articolo 3, comma 1, lettera m), punto 4, a prestatori di servizi individuati mediante svolgimento delle procedure di cui al medesimo codice. Sulla base di tali considerazioni, sono state accolte le osservazioni in tal senso pervenute nel corso della consultazione pubblica, escludendo dall'ambito applicativo dell'onere motivazionale rinforzato gli affidamenti aventi ad oggetto le attività di committenza ausiliarie di cui all'art. 3, comma 1, lett. m), punto 4 del codice dei contratti pubblici relative alla gestione delle procedure di appalto in nome e per conto della stazione appaltante interessata.

7.7 Applicazione dell'articolo 192, comma 2 ai servizi TPL

Opzioni alternative

Alcuni Stakeholder hanno segnalato che i servizi di trasporto pubblico locale non rientrano nell'ambito oggettivo di applicazione dell'art. 192, trattandosi di servizi esclusi dall'applicazione del codice ai sensi degli articoli 17, co.1, lett. i) (esclusione degli appalti o delle concessioni di servizi riguardanti il trasporto pubblico di passeggeri per ferrovia e metropolitana) e 18, co. 1, lett. a) (concessioni ai sensi del Regolamento CE n.1370/2007) e dalle Direttive UE del 2014.

La normativa di settore per i servizi TPL prevede indicazioni sostanzialmente coincidenti con quelle previste dall'articolo 192, comma 2, del codice dei contratti pubblici. Per tale motivo, le Linee guida possono rappresentare indicazioni di best practice applicabili anche in relazione a tali affidamenti, al fine di agevolare il rispetto della normativa vigente.

Opzione prescelta

Detti affidamenti sono assoggettati alla disciplina settoriale specifica in materia rinvenibile, oltre che nel Regolamento CE n. 1370, anche nelle disposizioni nazionali e negli atti di regolazione dell'Autorità di settore. Per i servizi pubblici locali di rilevanza economica, l'articolo 34, comma 20, del decreto legge n. 179/2021, convertito con legge n. 221/2021, prevede che, al fine di assicurare il rispetto della disciplina europea, la parità di trattamento tra gli operatori, l'economicità della gestione e di garantire adeguata informazione alla collettività di riferimento, l'affidamento del servizio sia effettuato sulla base di apposita relazione, pubblicata sul sito internet dell'ente affidante, che dia conto delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dalla normativa europea per la forma di affidamento prescelta e che definisca i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e servizio universale, indicando le eventuali compensazioni economiche previste.

La Corte Costituzionale, nella sentenza n. 100/2020, ha chiarito che la disposizione in esame richiede l'indicazione delle ragioni dell'affidamento diretto, il rispetto della parità degli operatori e l'adeguata informazione alla collettività di riferimento.

La delibera dell'Autorità di Regolazione dei Trasporti n.154/2019 disciplina espressamente gli affidamenti *in house* con misure specifiche applicabili tanto alle concessioni quanto agli appalti. Le indicazioni ivi fornite appaiono sostanzialmente coincidenti con le previsioni contenute nell'articolo 192, comma 2, del codice dei contratti pubblici in ordine alla necessità di fornire un'adeguata motivazione del mancato ricorso al mercato e di effettuare la valutazione della congruità economica e dei benefici per la collettività.

Inoltre, si evidenzia che, come ben chiarito nella Segnalazione congiunta del 25 ottobre 2017 effettuata da AGCM, ART e ANAC in merito alle procedure per l'affidamento diretto dei servizi di trasporto ferroviario regionale (applicabili anche agli affidamenti *in house*), l'affidamento dei servizi di trasporto pubblico di passeggeri per ferrovia è disciplinato dagli articoli 5 e 7 del Regolamento CE n. 1370/2007, oltre che dai principi previsti dall'articolo 4 del codice dei contratti pubblici (economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica). In particolare, l'articolo 5, par. 3, del citato Regolamento, prevede che il servizio sia affidato tramite procedure ad evidenza pubblica, prevedendo che *"La procedura di gara è equa, aperta a tutti gli operatori e rispetta i principi di trasparenza e di non discriminazione"*. Inoltre, la scelta di derogare al principio dell'evidenza pubblica e, in particolare, di procedere ad affidamento diretto è presidiata da alcuni specifici obblighi di legge di natura informativa e motivazionale (articolo 7, paragrafi 2, 3 e 4 del Regolamento). Proprio con lo scopo di assicurare il rispetto della disciplina europea, l'articolo 34, comma 20, del decreto legge n.179/2012, ha stabilito che l'affidamento del servizio è effettuato sulla base di apposita relazione, pubblicata sul sito internet dell'ente affidante, in cui sono illustrate le ragioni e la sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento comunitario per la forma di affidamento prescelta. Infine, è precisato che, in caso di affidamento diretto (e valutazioni identiche possono essere formulate nel caso di affidamento *in-house*), la pubblicazione dell'avviso di pre-informazione e delle informazioni relative all'avvenuta concessione e la motivazione della scelta dell'affidamento diretto in luogo della gara non esauriscono gli obblighi gravanti in capo agli enti affidanti; su di essi, infatti, grava anche l'obbligo di effettuare un confronto con benchmark appropriati in caso di affidamento *in-house*.

Infine, si evidenzia che il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, in materia di servizi pubblici, soprattutto locali, sancisce la necessità di promuovere un intervento di razionalizzazione della normativa, anche prevedendo l'approvazione di un testo unico, che in primo luogo chiarisca il concetto di servizio pubblico e che assicuri – anche nel settore del trasporto pubblico locale – un ricorso più responsabile da parte delle amministrazioni al meccanismo dell'*in house providing*. In questa prospettiva, prevede che, pur preservandosi la libertà sancita dal diritto europeo di ricorrere a tale strumento di auto-produzione, andranno introdotte specifiche norme finalizzate a imporre all'amministrazione una motivazione anticipata e rafforzata che dia conto delle ragioni del mancato ricorso al mercato, dei benefici della forma dell'*in house* dal punto di vista finanziario e della qualità dei servizi e dei risultati conseguiti nelle pregresse gestioni in auto-produzione, o comunque a garantire una esaustiva motivazione dell'aumento della partecipazione pubblica. È previsto, inoltre, l'introduzione di un principio generale di proporzionalità della durata dei contratti di servizio pubblico, compresi quelli affidati con la modalità dell'*in house*. Gli strumenti legislativi di attuazione di tali previsioni sono individuati nella legge annuale 2021 o in altro provvedimento da adottare entro il 2022.

Sulla base delle esposte considerazioni, appare evidente che, pur essendo tali servizi esclusi dall'applicazione del codice dei contratti pubblici, obblighi analoghi a quelli previsti dall'articolo 192, comma 2, sono rinvenibili in altre fonti normative. Per tale motivo, si ritiene che le presenti Linee guida possano comunque rappresentare un valido ausilio per assicurare il rispetto delle disposizioni speciali vigenti in materia di servizi TPL, favorendo l'adozione di *best practice*, a condizione che le indicazioni fornite siano pienamente compatibili con la regolazione adottata dall'Autorità di regolazione dei trasporti.

7.8 La pubblicazione della motivazione

Opzioni alternative

Gli Stakeholder intervenuti alla consultazione pubblica hanno aderito ad una interpretazione letterale dell'articolo 192, comma 2, del codice dei contratti pubblici, ritenendo che la motivazione debba essere contenuta nel provvedimento di affidamento e, quindi, pubblicata unitamente allo stesso e non prima. L'Autorità di regolazione dei trasporti, nel parere reso sulle emanande Linee guida ha evidenziato come la collocazione della motivazione nel provvedimento di affidamento appaia speculare alla previsione dell'articolo 5, comma 1 del decreto legislativo 175/2016. Tale norma, infatti, pur prevedendo un onere con la finalità di rendere pubblici gli elementi giustificativi del ricorso alla società partecipata, dal tenore e finalità non molto dissimili da quelli di cui si discute, incardina l'onere di motivazione analitica nell'atto con cui si adotta la decisione finale.

L'AGCM, nella Segnalazione recante «Proposte di riforma concorrenziale, ai fini della Legge Annuale per il Mercato e la Concorrenza anno 2021», ha evidenziato che «la previsione normativa, richiedendo che l'onere motivazionale sia assolto soltanto nel provvedimento di affidamento del servizio in house, vanifica l'obbligo in capo alla stazione appaltante di svolgere una effettiva e concreta indagine comparativa per verificare l'opportunità di ricorrere alla forma di affidamento in house. Per tali motivi, l'Autorità ha prospettato la necessità di una modifica legislativa che anticipi il momento di pubblicazione della motivazione ad una fase antecedente a quella dell'adozione del provvedimento di affidamento, al fine di garantire che le valutazioni rimesse alla stazione appaltante siano effettivamente ed efficacemente svolte, non risolvendosi in un mero adempimento formale *ex post*, e di consentire ad eventuali terzi interessati di inviare le proprie osservazioni, anche contestando il modello organizzativo prescelto». In particolare, la motivazione dovrebbe essere illustrata nel momento in cui l'amministrazione decide di optare per il regime di autoproduzione, mentre nel provvedimento di affidamento la motivazione dovrebbe essere ulteriormente specificata con riferimento alle osservazioni pervenute.

Opzione prescelta

L'articolo 192, comma 2, del codice dei contratti pubblici stabilisce che le stazioni appaltanti «danno conto, nella motivazione del provvedimento di affidamento, delle ragioni del mancato ricorso al mercato». Il comma 3 del medesimo articolo afferma che «Sul profilo del committente nella sezione Amministrazione trasparente sono pubblicati e aggiornati, in conformità alle disposizioni di cui al decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, in formato open-data, tutti gli atti connessi all'affidamento degli appalti pubblici e dei contratti di concessione tra enti nell'ambito

del settore pubblico, ove non secretati ai sensi dell'articolo 162». L'articolo 8 del decreto legislativo 33/2014 stabilisce che i documenti contenenti atti oggetto di pubblicazione obbligatoria ai sensi della normativa vigente sono pubblicati tempestivamente sul sito istituzionale dell'amministrazione. La tempestività va necessariamente declinata in modo da consentire una conoscenza piena ed effettiva in tempi congrui, cioè in un termine adeguato a porre in essere le azioni approntate dall'ordinamento giuridico a tutela di posizioni soggettive o interessi legittimi.

Sulla base del quadro normativo delineato, può ritenersi che il comma 2 dell'articolo 192 individui il contenuto necessario del provvedimento di affidamento e che il momento in cui la motivazione della scelta deve essere resa nota resti disciplinato, invece, dalla normativa generale sulla trasparenza. Questa impone, infatti, la pubblicazione tempestiva sul profilo di committente di tutti gli atti connessi all'affidamento, tra cui rientra anche l'atto con cui l'amministrazione dà conto della conclusione dell'attività valutativa e motiva la scelta effettuata.

A conferma della ricostruzione offerta, si evidenzia che, ai sensi dell'articolo 3 della legge n. 241/1990, ogni provvedimento amministrativo deve rendere ragione dei suoi presupposti, e cioè dei fatti assunti alla base della sua stessa adozione. Attraverso la motivazione, l'amministrazione dà conto dei fattori legittimanti il potere esercitato con l'adozione di un determinato provvedimento. Deve quindi ritenersi che le valutazioni rimesse dall'articolo 192, comma 2, del codice dei contratti pubblici alla stazione appaltante debbano essere svolte a seguito di un'adeguata istruttoria e consolidate in un provvedimento motivato soggetto a pubblicazione ai sensi delle disposizioni del decreto legislativo 33/2014, in quanto atto connesso all'affidamento. Diversamente opinando, si consentirebbe la conoscenza delle scelte adottate e delle relative motivazioni soltanto con il provvedimento che dispone l'affidamento del contratto. L'eventuale contestazione della scelta effettuata potrebbe avvenire, quindi, soltanto previa impugnazione giudiziale del provvedimento di affidamento, con maggiori oneri a carico dell'interessato.

Per i motivi suesposti, nelle Linee guida è stato affermato che le valutazioni rimesse alla stazione appaltante sono effettuate nell'ambito di un'attività istruttoria e si concludono con l'adozione di un atto recante le motivazioni delle scelte adottate. Inoltre, è stata suggerita la pubblicazione tempestiva sul profilo di committente della stazione appaltante ed il relativo richiamo nel provvedimento di affidamento all'organismo *in house*, come previsto dall'articolo 192, comma 2, del codice dei contratti pubblici. In merito alle regole procedurali da adottare per la conduzione dell'istruttoria e alla forma dell'atto finale, è stato suggerito di prevedere un'adeguata regolamentazione interna.

La scelta effettuata consente di allineare le previsioni applicabili agli affidamenti *in house* a quelle vigenti per l'affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, per i quali l'articolo 34, comma 20, del decreto legge n. 179 del 2012, convertito in legge n. 221 del 2012 prevede che, al fine di assicurare il rispetto della disciplina europea, la parità tra gli operatori, l'economicità della gestione e di garantire adeguata informazione alla collettività di riferimento, l'affidamento del contratto è effettuato sulla base di apposita relazione, pubblicata sul sito internet dell'ente affidante, che dà conto delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta e che definisce i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e servizio universale, indicando le compensazioni

economiche se previste. Su tale punto si segnala la sentenza del T.A.R. Lombardia Milano Sez. III, Sent. n. 1781 del 3/10/2016 secondo cui la relazione deve essere predisposta precedentemente rispetto alla determinazione della scelta del modello gestionale e che il mancato rispetto di tale circostanza, «lungi dal costituire una mera omissione formale o una discrasia temporale, testimonia l'assenza di un elemento essenziale nel processo decisionale dell'ente. In altri termini e più semplicemente, non può avere alcuna concreta portata - sotto il profilo dei necessari elementi di valutazione - la relazione di cui all'art. 34 comma 20 del D.L. n. 179 del 2012 predisposta quando la scelta della forma di gestione è già stata compiuta, potendo al più "giustificare" a posteriori la manifestazione di volontà». La scelta è in linea anche con le previsioni del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza sui servizi pubblici locali, che richiedono l'introduzione di previsioni volte ad imporre una motivazione anticipata e rafforzata che dia conto delle ragioni del mancato ricorso al mercato, dei benefici della forma dell'*in house* dal punto di vista finanziario e della qualità dei servizi e dei risultati conseguiti nelle pregresse gestioni in auto-produzione.

Sempre con riferimento ai servizi di TPL, al medesimo fine di garantire la trasparenza delle scelte amministrative e nella consapevolezza degli impatti positivi circa il controllo sulla legittimità dell'agire amministrativo che una tempestiva pubblicazione degli elementi informativi può avere, la già citata delibera ART n. 154/2019 ha introdotto un obbligo specifico di redazione, pubblicazione e trasmissione all'Autorità di una Relazione di affidamento che contiene una serie di informazioni che completano quelle previste nella relazione ex art. 34. In tale caso l'ART ha previsto un termine di 45 giorni entro i quali può esprimere le proprie osservazioni e seppur non essendo esplicitato il momento in cui tale relazione debba essere trasmessa/pubblicata appare evidente che, al fine di consentire l'esercizio degli opportuni compiti di vigilanza, l'adempimento dovrà essere assolto almeno 45 giorni prima dell'adozione del provvedimento di affidamento. Inoltre, in tali casi, è consentito all'Ente affidante la facoltà di redigere congiuntamente, in un unico documento, la Relazione di affidamento e la relazione di cui all'articolo 34, comma 20, del decreto-legge. 18 ottobre 2012, n. 179. In tal modo è assicurata la conoscibilità della motivazione – e dunque il relativo controllo, da parte dei soggetti interessati, su di essa – in un momento antecedente all'affidamento.

Si ritiene che le indicazioni fornite non comportino la previsione di oneri aggiuntivi a carico delle stazioni appaltanti, essendo diretta applicazione dei principi sul procedimento amministrativo sanciti dalla legge n. 241/90 applicabili in via generale e quindi valevoli anche con riferimento allo specifico procedimento disciplinato dall'articolo 192, comma 2, del codice dei contratti pubblici.

7.9 La differenza tra la motivazione ex articolo 192, comma 2, del codice dei contratti pubblici e la motivazione in merito alla costituzione dell'organismo in house ex articolo 5 del d.lgs. 175/2016.

Opzioni alternative

Alcuni Stakeholder, nell'ottica del rispetto dei principi di proporzionalità e non aggravio del procedimento, hanno evidenziato la necessità di evitare la duplicazione di adempimenti a carico

dell'Amministrazione, ritenendo sufficiente, allo scopo, la motivazione adottata all'atto della costituzione dell'Organismo *in house* ai sensi della specifica disciplina contenuta nel D.Lgs. n. 175/2016, in forza della quale l'esistenza stessa e il mantenimento di una partecipazione societaria da parte di soggetti pubblici presuppone a monte una già compiuta valutazione di stretta necessità della stessa rispetto al perseguimento dei propri fini istituzionali.

Opzione prescelta

Sul punto, si ritiene utile specificare che la valutazione richiesta dall'articolo 5 del d.lgs. 175/2016 deve essere effettuata con riferimento alla necessità della costituzione della società per il perseguimento delle finalità istituzionali di cui all'articolo 4, evidenziando, altresì, le ragioni e le finalità che giustificano tale scelta, anche sul piano della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria, nonché di gestione diretta o esternalizzata del contratto affidato. La motivazione deve anche dare conto della compatibilità della scelta con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa. La motivazione quindi deve riguardare anche la convenienza alla gestione diretta o esternalizzata del contratto. Questa motivazione è resa all'atto della costituzione dell'organismo *in house* o dell'acquisizione delle relative quote. La motivazione richiesta dall'articolo 192, comma 2, del codice dei contratti pubblici attiene allo specifico affidamento e quindi riguarda le singole decisioni assunte dall'Amministrazione in merito alla gestione delle proprie attività, rapportate alla situazione attuale del mercato. Le due valutazioni, quindi, pur avendo elementi di sovrapposizione, hanno finalità differenti e sono effettuate con riferimento a momenti temporali diversi e quindi a situazioni del mercato che potrebbero differire tra loro. Pertanto, la valutazione effettuata ai sensi del richiamato articolo 5 in merito alla convenienza della gestione *in house* del contratto dovrà essere confermata con riferimento ai singoli affidamenti. Una differente finalità si registra anche tra la motivazione ex articolo 192, comma 2, del codice dei contratti pubblici e le valutazioni tecnico-economiche poste a carico delle Amministrazioni che esercitano il controllo analogo sull'organismo *in house*. Le due verifiche hanno, infatti, finalità e ambiti diversi: la prima attiene alle scelte assunte dall'amministrazione controllante in ordine alla tipologia di affidamento, la seconda, invece, si sostanzia in un controllo sulla gestione dell'organismo *in house*.

7.10 La valutazione dei benefici in termini di interoperabilità dei servizi offerti

Opzioni alternative

Alcuni Stakeholder hanno chiesto di chiarire se, ai fini della prevista valutazione, possa essere dato rilievo alla circostanza che un determinato servizio sia in uso presso una moltitudine di stazioni appaltanti omogenee (quali ad esempio le Università), la cui utenza di riferimento ha la necessità di sistemi e funzioni integrati e uniformi utili a garantire il perseguimento degli obiettivi di cui all'art. 192, comma 2, del D.Lgs. n. 50/2016.

Opzione prescelta

A tal proposito, si evidenzia che il Consiglio di Stato, con la citata sentenza n. 2102/2021 ha riscontrato una carenza di motivazione nella giustificazione del ricorso all'*in house* basata sulla valutazione dell'opportunità di avere un unico soggetto di riferimento. In particolare ha ritenuto, con motivazioni estendibili anche alla specifica esigenza segnalata, che tale giustificazione inerisce a considerazioni di carattere soggettivo concernenti il soggetto affidatario, insufficienti di per sé a veicolare in termini necessitati la scelta circa la soluzione organizzativa ottimale in direzione dell'affidamento *in house*, e quindi a dimostrare che nel mercato non siano reperibili soggetti ugualmente qualificati da un punto di vista professionale/esperienziale. Si ritiene, quindi, che in questi casi l'Amministrazione debba verificare l'esistenza di operatori in grado di svolgere il servizio secondo le prescrizioni e le modalità operative predefinite e necessarie ad assicurare il soddisfacimento delle specifiche esigenze individuate, tra cui rientrano, nel caso concreto, le caratteristiche di interoperabilità e interconnessione necessarie a garantire il funzionamento del sistema.

7.11 Le conseguenze dell'omissione o della non corretta valutazione da parte della stazione appaltante

Opzioni alternative

Nel documento di consultazione è stata prospettata la possibilità di collegare all'omessa o insufficiente motivazione, oltre alle specifiche conseguenze in termini di possibile illegittimità dell'affidamento e di responsabilità amministrativa e contabile del soggetto deputato alla scelta, anche effetti sulla qualificazione della stazione appaltante ex articolo 38 del codice dei contratti pubblici. Ciò sulla base della considerazione che il comma 3 dell'articolo in esame prevede che la qualificazione abbia ad oggetto il complesso delle attività che caratterizzano il processo di acquisizione di un bene, servizio o lavoro in relazione a determinati ambiti, tra cui la capacità di affidamento, alla quale è astrattamente riconducibile il rispetto della normativa in materia di affidamento *in house*. È stata evidenziata, altresì, la possibilità per l'ANAC di esercitare i poteri di cui all'articolo 211, commi 1-bis e 1-ter, del codice dei contratti pubblici, in analogia a quanto già previsto nelle Linee guida n. 7 per gli affidamenti effettuati da amministrazioni aggiudicatrici non iscritte o cancellate dall'elenco di cui all'articolo 192, comma 1, del codice dei contratti pubblici. Si è ritenuto, invece, che l'assenza di motivazione oppure una motivazione insufficiente in ordine al mancato ricorso al mercato non possano incidere sul mantenimento dei requisiti di iscrizione all'Elenco delle amministrazioni che operano affidamenti *in house* di cui all'articolo 192, comma 1, del codice, atteso che detta iscrizione è subordinata al possesso dei soli requisiti di cui all'articolo 5 del codice dei contratti pubblici.

Molti degli Stakeholders intervenuti hanno segnalato l'opportunità di eliminare il riferimento alle possibili conseguenze della violazione della norma sulla qualificazione delle stazioni appaltanti, ritenendo l'assenza di una base normativa che giustifichi l'applicazione della misura avente, di fatto, natura sanzionatoria. Altri, invece, hanno suggerito l'applicazione di una sanzione amministrativa per il caso di omessa o insufficiente motivazione.

Opzione prescelta

Sono state accolte le osservazioni degli Stakeholders, espungendo dal testo la previsione degli effetti della violazione della norma sulla qualificazione delle stazioni appaltanti. Parimenti, non

sono stati ravvisati i presupposti per l'applicazione di una sanzione amministrativa, mancando una specifica previsione normativa in tal senso.

7.12 Applicabilità della clausola sociale ai contratti di lavoro sottoscritti dall'organismo in-house

Opzioni alternative

Alcuni Stakeholder hanno chiesto di precisare che, nell'ambito della valutazione quantitativa e qualitativa dell'offerta presentata dall'organismo *in house* rientra anche la verifica sul puntuale impegno dello stesso al rispetto della c.d. clausola sociale di cui all'articolo 50 del codice dei contratti pubblici in un'ottica di tutela occupazionale, pena una ingiustificata disparità di trattamento con gli operatori privati.

Opzione prescelta

La questione prospettata impone di risolvere preliminarmente il dubbio circa l'applicabilità dell'articolo 50 del codice dei contratti pubblici agli organismi *in house*. A tale proposito, si evidenzia, in primo luogo, che la necessità di applicare detta disposizione si verificherebbe, in concreto, soltanto nel caso in cui l'Amministrazione decida di internalizzare un'attività in precedenza affidata al mercato. La relativa applicazione, laddove si ritenesse dovuta, sarebbe quindi limitata, in ogni caso, ad ipotesi circoscritte.

Entrando nel merito della questione, si evidenzia che la Corte dei Conti, Sezione Regionale di Controllo per la Liguria, con deliberazione 14/2020, ha chiarito che, con riferimento alle modalità di assunzione del personale da parte di società a partecipazione pubblica, il legislatore ha introdotto, come principio generale, l'evidenza pubblica nel reclutamento. Anche la giurisprudenza civile, già con riferimento alle disposizioni di cui al decreto legge n. 112/2008, ha costantemente ribadito il necessario rispetto, anche per le società a partecipazione pubblica, dei vincoli e dei principi imposti alle amministrazioni pubbliche nella fase di reclutamento del personale (cfr., *ex multis*, Corte di Cassazione, n. 19925 del 23 luglio 2019; n. 18190 del 5 luglio 2019 e n. 3621 del 14 febbraio 2018), la cui violazione oggi, peraltro, è espressamente sanzionata con la nullità del contratto di lavoro (cfr. art. 19, comma 4, TUSP). Infine, si rileva che, come si evince dalla sentenza della Corte costituzionale n. 68/2011, il ricorso a clausole sociali non può essere utilizzato come strumento per eludere il rispetto dei principi dell'evidenza pubblica previsti in materia di assunzioni da parte delle società a partecipazione pubblica, che trovano diretto fondamento nell'articolo 97 della Costituzione.

Occorre evidenziare ulteriormente che, secondo alcune ricostruzioni, le società *in house* non sarebbero assimilabili alle società in controllo pubblico, ma avrebbero un *quid pluris* che le avvicina all'ente pubblico e impone alle stesse il rispetto del decreto legislativo 165/2001. Su tale linea la sentenza del Tribunale di Napoli sez. lavoro n. 1085/2019 secondo cui «*la società in house, non possa qualificarsi come un'entità posta al di fuori dell'ente pubblico, il quale ne dispone come di una propria articolazione interna*». È stato osservato, infatti, che essa non è altro che una *longa manus* della pubblica amministrazione, al punto che l'affidamento pubblico mediante *in house contract* neppure consente veramente di configurare un rapporto contrattuale intersoggettivo (Corte cost. n. 46/13, cit.), «*talché l'ente in house non può ritenersi terzo rispetto all'amministrazione controllante ma deve considerarsi come uno dei servizi*

propri dell'amministrazione stessa» (Cons. Stato, Ad. plen., n. 1/08). Da ciò consegue che se non risulta possibile configurare un rapporto di alterità tra l'ente pubblico partecipante e la società *in house* che ad esso fa capo, è giocoforza concludere che anche la distinzione tra il patrimonio dell'ente e quello della società si può porre in termini di separazione patrimoniale, ma non di distinta titolarità (cfr. SS.UU., 25.11.2013 n. 26283).

Alla stregua di tali considerazioni, se non può configurarsi una distinzione soggettiva tra la società *in house* e l'ente pubblico controllante di cui la prima costituisca il solo strumento giuridico per l'affidamento del servizio prescindendo dall'indizione di gare pubbliche, analogamente non è dato distinguere - quanto all'applicabilità del regime giuridico - tra il personale dell'ente controllante e quello della società *in house*. A comprova di ciò, si evidenzia che l'articolo 3 del decreto legge n. 138/2011 convertito in legge n. 148/2011 prevede che le società affidatarie *in house* adottano, con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi nel rispetto dei principi di cui al comma 3 dell'articolo 35 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, nonché delle disposizioni che stabiliscono a carico degli enti locali divieti o limitazioni alle assunzioni di personale, contenimento degli oneri contrattuali e delle altre voci di natura retributiva.

Pertanto, sulla base di tali argomentazioni, si ritiene di poter concludere nel senso che la clausola sociale non si applica agli organismi *in house*, pena la violazione delle disposizioni generali sul pubblico impiego. Con riferimento al fatto che tale circostanza possa comportare profili di disparità di trattamento, si evidenzia che l'applicazione della disposizione deve avvenire nel rispetto dell'organizzazione aziendale propria dell'aggiudicatario e non comporta, quindi, un obbligo generalizzato di assunzione di tutte le risorse impiegate precedentemente. La disposizione quindi non dovrebbe comportare la necessità di sostenere oneri maggiori rispetto a quelli necessari a garantire un'organizzazione efficiente ed adeguata allo svolgimento delle prestazioni richieste. Inoltre, si evidenzia che, nell'ambito della valutazione dei benefici per la collettività del modello assunto, potrà essere considerato anche l'impatto della scelta sui livelli occupazionali e, quindi, la maggiore garanzia offerta in tal senso dall'operatore economico privato.