



*Autorità Garante
della Concorrenza e del Mercato*

PARERE

ai sensi dell'art. 22 della legge 10 ottobre 1990 n. 287

in merito allo Schema di Linee Guida recanti “Indicazioni in materia di affidamenti in house di contratti aventi ad oggetto servizi 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.”

inviato ad

ANAC

Rif. S4142

Avv. Giuseppe Busia
Presidente dell'Autorità Nazionale
Anticorruzione
PEC: protocollo@pec.anticorruzione.it

Con riferimento alla richiesta di osservazioni in merito allo Schema di Linee Guida recanti “*Indicazioni in materia di affidamenti in house di contratti aventi ad oggetto servizi 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.*”, l’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nella sua riunione del 9 marzo 2021, ha inteso svolgere le seguenti considerazioni, ai sensi dell’articolo 22 della legge 10 ottobre 1990 n. 287.

In via preliminare, l’Autorità osserva come la norma di cui all’art. 192, comma 2, del d.lgs. 50/2016, nel prevedere che la stazione appaltante debba dare conto, nella motivazione del provvedimento di affidamento di un servizio *in-house*, delle ragioni del mancato ricorso al mercato e dei benefici per la collettività della forma di gestione prescelta, abbia introdotto un onere motivazionale rafforzato basato su valutazioni, di natura non soltanto economica, che giustifichino in concreto la preferenza per l’affidamento *in-house* rispetto alla procedura ad evidenza pubblica.

Premesso quanto sopra, l’Autorità condivide la proposta n. 1 contenuta nel documento a consultazione - relativa all’ambito oggettivo di applicazione dell’art. 192, comma 2 - di considerare come “*servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza*” anche i servizi che potranno essere disponibili a seguito di adeguamento da parte dei possibili erogatori, in tempi compatibili

con le esigenze dell'amministrazione, nonché 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 esclusiva¹.

Con riguardo alla proposta n. 2 - avente ad oggetto la motivazione di cui all'art. 192, comma 2 - l'Autorità ritiene che la motivazione dovrebbe essere pubblicata in un momento antecedente all'adozione della determina a contrarre, al fine di garantire che le valutazioni rimesse alla stazione appaltante siano effettivamente ed efficacemente svolte e di consentire a eventuali terzi interessati di formulare le proprie osservazioni, anche contestando il modulo organizzativo prescelto.

Al riguardo, si rappresenta che l'Autorità è in procinto di segnalare la necessità di una modifica legislativa che anticipi il momento di pubblicazione della motivazione ad un atto prodromico al provvedimento di affidamento del servizio. L'attuale previsione sembra infatti vanificare l'obbligo in capo alla stazione appaltante di svolgere una effettiva e concreta indagine comparativa, risolvendosi di fatto, come anche rilevato nella Relazione Illustrativa allo Schema di Linee Guida in esame, in un mero adempimento formale assolto *ex post*. Nel provvedimento di affidamento del servizio l'amministrazione potrà poi ulteriormente motivare la propria scelta, tenendo conto delle osservazioni pervenute.

Quanto alla proposta n. 3, sui criteri e gli obiettivi della valutazione, l'Autorità, nella consapevolezza che le valutazioni devono basarsi anche su criteri non prettamente economici, ritiene necessario limitare al massimo la possibilità per le amministrazioni di motivare la rinuncia alla gara esclusivamente sulla base di ragioni legate al perseguimento di obiettivi di interesse generale che potrebbero essere del tutto compatibili con affidamenti competitivi. A questo riguardo, la definizione dei contenuti essenziali del contratto di servizio richiesto, pubblicata in un documento finalizzato alle consultazioni di mercato (v. *infra*, proposta n. 4), potrebbe rendere più

¹ Cfr. Indagine conoscitiva AGCM IC49 - Mercato della gestione dei rifiuti solidi urbani, 21 gennaio 2016.

trasparenti i benefici per la collettività che la stazione appaltante intende raggiungere.

Con riferimento alla proposta n. 4 - accertamento della presenza sul mercato dei servizi da affidare - l'Autorità ritiene che le consultazioni di mercato siano senz'altro uno strumento efficace per verificare la convenienza economica di un affidamento *in-house* rispetto all'espletamento di una procedura competitiva. Tali consultazioni potrebbero essere svolte, ad esempio, con la previa pubblicazione di un documento che descriva i contenuti essenziali del contratto di servizio che si intende affidare, precisandone l'oggetto, le esigenze da soddisfare, gli *standard* qualitativi richiesti e la durata dell'affidamento. Questo consentirebbe alla stazione appaltante sia di comprendere meglio l'organizzazione del servizio più confacente alle proprie esigenze, sia di verificare l'eventuale interesse degli operatori presenti sul mercato.

Il ricorso ad esperti esterni o interni potrebbe aiutare nelle valutazioni delle eventuali osservazioni e proposte pervenute dal mercato (anche ai fini di una analisi dei costi associati e dei parametri qualitativi dei servizi reperibili sul mercato), oltre che per verificare gli esiti di eventuali procedure passate o di gare espletate in territori limitrofi o per servizi analoghi.

Tali valutazioni dovrebbero applicarsi anche nelle ipotesi in cui sia consentito l'affidamento diretto del servizio.

In merito alla proposta n. 5, relativa alla valutazione sulla congruità economica dell'offerta della società *in-house*, l'Autorità ritiene necessario l'utilizzo di adeguati *benchmark* per valutare la congruità economica dell'offerta, tenendo conto della *performance* della società rispetto a quella dell'impresa media del settore gestita in modo efficiente². A tali fini, è possibile fare riferimento ai costi *standard* del servizio definiti dalle autorità di settore³.

² Cfr. IC49 - Mercato della gestione dei rifiuti solidi urbani del 21 gennaio 2016; IC47 - Condizioni concorrenziali nei mercati del trasporto pubblico locale del 1° giugno 2016 e ASI446 - Comune di Roma - Affidamento ad ATAC del servizio di trasporto pubblico locale del 31 ottobre 2017.

³ A titolo esemplificativo, in materia di gestione dei rifiuti, l'ARERA, nel monitoraggio e riconoscimento dei costi efficienti per il 2018 e 2019, ha individuato un *panel* di gestori rappresentativo di differenti realtà in termini di compagnie societaria, attività, collocazione geografica, modello di affidamento e tariffazione. Tali gestori hanno fornito un primo *set* di dati economici e tecnici relativi agli ambiti di affidamento gestiti, nonché documenti e informazioni utili allo svolgimento del procedimento tariffario, consentendo le prime simulazioni degli effetti dell'applicazione delle regole sui costi efficienti per le annualità 2018 e 2019. Cfr.

Con riguardo ai casi in cui il servizio possa essere offerto soltanto previo adeguamento del prestatore alle esigenze della stazione appaltante, nello Schema di Linee Guida si evidenzia come la proposta di richiedere specifici preventivi al mercato potrebbe rivelarsi non idonea, in quanto gli operatori interpellati potrebbero non avere interesse ad impegnarsi in un'attività che molto probabilmente non è finalizzata all'affidamento all'esterno del contratto ma soltanto a costruire la motivazione che giustifichi l'affidamento *in-house*. Sul punto, si ritiene che le considerazioni espresse in relazione alla proposta n. 2 (anticipare la pubblicazione della motivazione relativa alla scelta dell'affidamento *in-house* ad un momento antecedente a quello della determina a contrarre) e n. 4 (nell'ambito delle consultazioni di mercato, pubblicare un documento che descriva i contenuti essenziali del contratto di servizio che si intende affidare) potrebbero stimolare un confronto competitivo più efficace, incoraggiando gli operatori economici a fornire preventivi e informazioni che possano essere tenuti in considerazione dall'amministrazione ai fini della scelta definitiva.

Quanto alla proposta n. 6 - la valutazione dei benefici per la collettività della forma di gestione prescelta – si ritiene che l'indicazione degli obiettivi di universalità e socialità non dovrebbe essere limitata ai soli affidamenti di servizi pubblici di interesse economico generale. Per definire i servizi strumentali anche in termini di benefici diretti alla comunità, si ritiene utile richiedere alle amministrazioni una valutazione del servizio richiesto con l'indicazione della specifica utilità di cui la stessa beneficia nello svolgimento dei propri compiti istituzionali, posto che anche le attività strumentali si traducono spesso in attività economiche potenzialmente contendibili sul mercato, per la cui offerta l'ente può avvalersi anche di operatori privati⁴.

Infine, sebbene la proposta n. 7 – rilevanza delle omissioni ai fini dell'iscrizione nell'elenco delle stazioni appaltanti di cui all'art. 38 del d.lgs. 50/2016 ed esercizio da parte di ANAC dei poteri di cui all'art. 211, commi 1-*bis* e 1-*ter* – di per sé sia neutra da un punto di vista prettamente

Relazione Annuale di ARERA sull'attività svolta nel 2019, sub https://www.arera.it/allegati/relaz_ann/20/RA20_volume2.pdf.

In materia di trasporto pubblico locale, sono intervenuti sia il Decreto del MIT sui costi *standard* (DM 28 marzo 2018 n. 157), che alcune delibere dell'ART, in cui sono indicati i *benchmark* di costi anche per gli affidamenti *in-house* e si precisa che i costi *standard* non devono essere pedissequamente utilizzati dagli enti affidanti ma adattati alle specificità del caso (cfr. Delibera ART 154/2019).

⁴ Cfr. Corte dei conti, sez. regionale di controllo per la Regione Campania, 24 aprile 2015 n. 143.

concorrenziale, l'Autorità sottolinea come l'onere motivazionale rafforzato previsto dall'art. 192, comma 2, rivesta un ruolo di assoluta rilevanza ai fini della valutazione della legittimità della scelta della stazione appaltante di ricorrere all'affidamento *in-house* rispetto a forme alternative di gestione che prevedono il ricorso al mercato (*i.e.* gara e gara a c.d. doppio oggetto), e dunque ai fini dell'esercizio dei poteri dell'Autorità di cui all'art. 21-*bis* della legge n. 287/90.

L'Autorità auspica che le considerazioni espresse siano tenute in debita considerazione nell'ambito della consultazione pubblica in esame.

Il presente parere sarà pubblicato sul bollettino dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. Eventuali esigenze di riservatezza dovranno essere manifestate all'Autorità entro trenta giorni dal ricevimento del presente parere, precisandone i motivi.

IL PRESIDENTE

Roberto Rustichelli

