



.....OMISSIS.....

Oggetto

Società in house – art. 16, comma 3-bis d.lgs. 175/2016 – applicazione d.lgs. 50/2016 - richiesta di parere.

FUNZ CONS 20/2023

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 7 marzo 2023, acquisita al prot. Aut. n. 18263, ai sensi del Regolamento sulla funzione consultiva del 7 dicembre 2018, come modificato con delibera n. 654 del 22 settembre 2021, si comunica che il Consiglio dell’Autorità, nell’adunanza del 9 maggio 2023, ha approvato le seguenti considerazioni.

Preliminarmente si rappresenta che esula dalla sfera di competenza di questa Autorità il rilascio di pareri preventivi in ordine ad atti e provvedimenti delle stazioni appaltanti, nonché alla stipula di contratti d’appalto o di concessione, fatto salvo l’esercizio dell’attività di vigilanza collaborativa in materia di contratti pubblici ai sensi del Regolamento approvato con delibera n. 160/2022. Pertanto, il presente parere è volto a fornire un indirizzo generale sulla questione sollevata nell’istanza, esclusivamente sulla base degli elementi forniti.

Il quesito proposto riguarda lo svolgimento dell’attività *extra moenia* delle società *in house*, come disciplinata dall’art. 16, comma 3-bis, del d.lgs. 175/2016, e la necessità di applicare le disposizioni del d.lgs. 50/2016 in relazione alle attività che non comportano l’acquisto dei beni e servizi, come la partecipazione a gare pubbliche in associazione con altri operatori economici, nei termini descritti nella richiesta di parere.

A tal riguardo si osserva preliminarmente che il d.lgs. 36/2023 (recante “Codice dei contratti pubblici in attuazione dell’articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante delega al Governo in materia di contratti pubblici”), ha disciplinato la materia degli affidamenti *in house* all’art. 7 (*principio di auto-organizzazione amministrativa*), prevedendo altresì, nell’Allegato I.1, lett. e), la definizione dell’istituto come «*l’affidamento di un contratto di appalto o di concessione effettuato direttamente a una persona giuridica di diritto pubblico o di diritto privato definita dall’articolo 2, comma 1, lettera o), del testo unico in materia di società a partecipazione pubblica, di cui al decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175 e alle condizioni rispettivamente indicate dall’articolo 12, paragrafi 1, 2 e 3, della direttiva 24/2014/UE e dall’articolo 17, paragrafi 1, 2 e 3 della direttiva 23/2014/UE, nonché, per i settori speciali, dall’articolo 28, paragrafi 1, 2 e 3, della direttiva 24/2014/UE*».

Tenuto conto del disposto dell’art. 229 (*Entrata in vigore*) del d.lgs. 36/2023, sino alla piena efficacia delle disposizioni dettate dal nuovo Codice (fissata dal comma 2 dell’art. 229, al 1° luglio 2023), in relazione al quesito in esame si rinvia alle disposizioni del d.lgs. 50/2016, con particolare riferimento all’art. 5 (*Principi comuni in materia di esclusione per concessioni, appalti pubblici e accordi tra enti e amministrazioni aggiudicatrici nell’ambito del settore pubblico*).

Secondo la disposizione citata, un appalto o una concessione «aggiudicati da un’amministrazione aggiudicatrice o da un ente aggiudicatore a una persona giuridica di diritto

pubblico o di diritto privato non rientra nell'ambito di applicazione del presente codice quando sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni: a) l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore esercita sulla persona giuridica di cui trattasi un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi; b) oltre l'80 per cento delle attività della persona giuridica controllata è effettuata nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'amministrazione aggiudicatrice controllante o da altre persone giuridiche controllate dall'amministrazione aggiudicatrice o da un ente aggiudicatore di cui trattasi; c) nella persona giuridica controllata non vi è alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati le quali non comportano controllo o potere di veto previste dalla legislazione nazionale, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata».

Come indicato nella Relazione illustrativa del Codice, l'art. 5 «ricependo gli articoli 12 e 13 della direttiva 2015/24/UE, 28 della direttiva 2015/25/UE e 17 della direttiva 2015/23/UE dir. 23, esclude dall'ambito di applicazione del Codice gli affidamenti in house effettuati nell'ambito del settore pubblico (cosiddetto partenariato pubblico-pubblico). In particolare precisa i presupposti necessari ai fini della qualificazione dell'*in house*, in linea con quanto previsto dalla legislazione italiana in materia di società a partecipazione pubblica e con quanto espressamente previsto nelle citate direttive 2014/24/UE, 2014/25/UE e 2014/25/UE (...)».

Occorre richiamare, altresì, sull'argomento il d.lgs. 175/2016 che fornisce una descrizione dell'istituto in esame, chiarendo che le società *in house* sono «le società sulle quali un'amministrazione esercita il controllo analogo o più amministrazioni esercitano il controllo analogo congiunto, nelle quali la partecipazione di capitali privati avviene nelle forme di cui all'articolo 16, comma 1, e che soddisfano il requisito dell'attività prevalente di cui all'articolo 16, comma 3» (art. 2, comma 1, lett. o). Le società *in house* possono essere costituite per lo svolgimento delle attività indicate nell'art. 4 del TUSP. L'art. 16, cui rinvia la disposizione l'art. 2 citato, stabilisce a sua volta, al comma 1, 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».

Dalle disposizioni sopra richiamate deriva, dunque, che la società *in house*, pur dotata di autonoma personalità giuridica, presenta connotazioni tali da giustificare la sua equiparazione ad un "ufficio interno" dell'ente pubblico che l'ha costituita, una sorta di *longa manus* dello stesso; non sussiste quindi tra l'ente e la società un rapporto di alterità sostanziale, ma solo formale. Si parla infatti, in tal caso, di immedesimazione organica tra ente affidante e soggetto affidatario, ossia di vicenda endo-organizzativa che non rientra nello schema tipico del contratto d'appalto con affidamento di beni e servizi a soggetti terzi rispetto alla stazione appaltante (Anac ex multis pareri AG/3/2017/AP, AG 17/2017/AP).

In presenza delle condizioni sopra indicate, pertanto, il Codice consente all'amministrazione controllante di non applicare le disposizioni in tema di appalti pubblici, per l'affidamento (diretto) di beni e servizi alla società strumentale *in house*. La possibilità di procedere all'affidamento in house, deve ritenersi subordinata al possesso dei requisiti indicati nell'art. 5 del Codice, oltre negli artt. 4 e 16 del d.lgs. 175/2016, nonché alla previa iscrizione nell'elenco di cui all'art. 192 del Codice, secondo le modalità indicate nelle Linee Guida n. 7/2017.

Si rappresenta inoltre che sul tema l'Autorità ha adottato il "*Vademecum delle società in house nel nuovo Codice degli appalti e nel Testo unico delle società pubbliche partecipate*" (in data

27 maggio 2022), contenente utili indicazioni in ordine alle condizioni legittimanti l'affidamento diretto in favore delle società in house.

Quanto all'onere motivazionale che incombe sulla stazione appaltante ai fini dell'affidamento in house, con atto del Presidente del 18 aprile 2022 (fasc. UVCP 46138/2022), è stato chiarito che sulla base delle previsioni dell'art. 192, comma 2 del d.lgs. 50/2016, prima di affidare in house un servizio disponibile sul mercato in regime di concorrenza, la stazione appaltante deve svolgere "un'indagine puntuale" per accertare se vi siano altri operatori privati che operano nello stesso settore, in grado di fornire il servizio richiesto a condizioni migliori (così anche linee guida n.7).

Pertanto, ogni valutazione in ordine all'affidamento in house di un contratto pubblico, in luogo del ricorso al mercato, secondo le indicazioni dell'Autorità, resta in capo all'amministrazione aggiudicatrice, la quale è tenuta a verificare la sussistenza, nella singola fattispecie, delle condizioni legittimanti il ricorso a tale istituto, come definite dalle disposizioni di cui agli artt. 5 e 192 del Codice, oltre agli artt. 4 e 16 del d.lgs. 175/2016, nonché ad effettuare la preliminare analisi di convenienza di cui al comma 2 dell'art. 192 citato, nel senso sopra indicato (parere Funz Cons 31/2022).

Con specifico riguardo alla condizione prevista all'art. 5, comma 1, lett. b) del d.lgs. 50/106, ossia alla necessità della prevalenza dell'attività svolta dal soggetto affidatario a favore dell'ente affidante, il giudice contabile ha avuto modo di osservare che l'art. 16, comma 3, del TUSP, riproduce il dettato di cui al citato art. 5, comma 1, lett. b), disponendo che lo statuto della società in house deve prevedere che oltre l'80 per cento del fatturato sia effettuato nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'ente pubblico o dagli enti pubblici soci, *pertanto la diversa attività, eventualmente svolta, deve risultare accessoria, marginale e residuale rispetto a tali compiti*. A tal riguardo, «Il decreto correttivo (D.Lgs. n. 100 del 2017), in materia di società in house ha introdotto il comma 3-bis, prevedendo che la produzione ulteriore rispetto al limite di fatturato dell'80 per cento, fissato dal comma 3, *sia consentita solo a condizione che la stessa consenta di conseguire economie di scala o altri recuperi di efficienza sul complesso dell'attività principale del soggetto*. Rispetto alla previgente formulazione del comma 3, modificata dal D.Lgs. n. 100 del 2017, *l'ulteriore produzione può essere rivolta anche a finalità diverse rispetto ai compiti affidati dall'amministrazione principale*. L'art. 4, comma 4 del T.U. società partecipate individua nel primo periodo l'oggetto sociale esclusivo delle attività delle società in house con il rinvio all'elenco recato dal precedente comma 2. Il periodo successivo ribadisce che "salvo quanto previsto dall'articolo 16" dette società devono operare in via prevalente con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti. Si sottolinea, altresì, il vincolo di carattere generale espresso al comma 1 dell'art. 4, laddove statuisce che le amministrazioni pubbliche possono costituire società solo se "necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali." (...).» *La lettura coordinata del comma 3-bis dell'art. 16 del D.Lgs. n. 175 del 2016 con l'art. 4, comma 4, «consente soltanto di svolgere attività ulteriori, "finalità diverse", rispetto a quelle indicate nel comma 2 del medesimo art. 4, nell'osservanza comunque delle condizioni e dei limiti dallo stesso comma 3-bis indicati»* (Corte dei conti par. n. 87/2019).

Pertanto, il comma 3-bis pone un vincolo al limite costituito dalla prevalenza dell'attività svolta con l'ente affidante, ovvero il soggetto *in house* deve svolgere la parte più importante della propria attività con il soggetto o i soggetti pubblici che lo controllano e la diversa attività, eventualmente svolta, deve risultare *accessoria, marginale e residuale* (Cons Stato parere n. 2583/2018).

Il giudice contabile ha osservato altresì che il vincolo imposto dall'art. 5, comma 1, lett. b) «costituisce un limite ma rappresenta anche *il riconoscimento della possibilità per le società in house di svolgere ulteriore attività nei confronti di soggetti terzi* a condizione che "la produzione ulteriore rispetto al suddetto limite di fatturato permetta di conseguire economia di scala o altri

recuperi di efficienza sul complesso dell'attività principale della società" (par n. 80/2017). Il richiamo alle economie di scala e al principio di efficienza postula l'esigenza che l'attività residuale della società in house sia disciplinata da principi efficientistici, propri di ogni società commerciale, che consentano di conseguire profitti. In tal senso sembrano condivisibili anche le considerazioni di parte della dottrina, come afferma la Sezione della Corte ligure nel parere sopra richiamato, che definiscono l'attività "ulteriore" *come funzionale a quella oggetto dell'affidamento*, che attraverso un'attività collaterale permetta di gestire meglio l'attività principale e rendere più efficiente la stessa mediante il conseguimento di economie di scala o altri recuperi, che consentano una più efficace ed economica gestione dell'attività oggetto dell'affidamento in house» (Corte dei conti par. 87/2019 cit).

Dalle disposizioni dell'art. 16, comma 3-bis del TUSP, si evince quindi la possibilità da parte della società in house di svolgere, nei limiti previsti dalla norma, parte della propria attività in favore di soggetti diversi dall'amministrazione di riferimento, laddove marginale e funzionale rispetto all'attività principale, in modo tale da garantire all'amministrazione la possibilità di meglio gestire quest'ultima o renderla più efficiente.

Occorre sottolineare tuttavia che l'art. 16 del TUSP, dopo aver disposto al comma 3-bis la possibilità per la società *in house* di svolgere attività ulteriore rispetto al limite di fatturato di cui al comma 3, rivolta anche a finalità diverse, aggiunge al comma 7 – *senza distinguere tra attività istituzionale e attività ulteriore ex comma 3-bis* – che «*Le società di cui al presente articolo sono tenute all'acquisto di lavori, beni e servizi secondo la disciplina di cui al decreto legislativo n. 50 del 2016*. Resta fermo quanto previsto dagli articoli 5 e 192 del medesimo decreto legislativo n. 50 del 2016».

Pertanto, il legislatore ha statuito per dette società, in quanto riconducibili al perimetro allargato dell'amministrazione pubblica, quale *longa manus* della stessa (nel senso sopra indicato), che per *tutte le attività svolte dalle medesime*, debba trovare applicazione il d.lgs. 50/2016 in relazione agli acquisiti di beni e servizi.

Secondo un'interpretazione letterale dell'art. 16, comma 7, del TUSP, quindi, rientrano nel perimetro applicativo del Codice *anche* i contratti di lavori, servizi e forniture stipulati dalle società *in house* nello svolgimento delle attività non rivolte all'ente di riferimento, tenuto conto peraltro che tali attività sono comunque funzionali rispetto a quella principale, nel senso indicato nelle pronunce giurisprudenziali sopra richiamate.

Occorre aggiungere a quanto sopra, in risposta al quesito sollevato nell'istanza di parere, che in ogni caso, la partecipazione della società *in house* a gare pubbliche indette da amministrazioni terze, ritenuta ammissibile dal giudice amministrativo (Cons. Stato n. 444/2020), può avvenire nelle forme consentite dal d.lgs. 50/2016 (art. 45) per qualsiasi concorrente, quindi sia in forma singola, sia forma associata con altri operatori economici (es. RTI o consorzi).

Quanto, invece, alla ulteriore e diversa possibilità, anch'essa contemplata nel Codice, di costituire o partecipare a società miste pubblico/private, resta fermo il rispetto dell'art. 5, comma 9, del d.lgs. 50/2016, cui rinvia l'art. 17 del d.lgs. 175/2016, per la scelta del socio privato con gara.

Sulla base delle considerazioni che precedono, si rimette, pertanto, a codesta società ogni valutazione in ordine agli atti ed ai provvedimenti da adottare nella fattispecie oggetto della richiesta di parere, sulla base dell'indirizzo generale sopra illustrato.

Avv. Giuseppe Busia

Originale firmato digitalmente

