



.....OMISSIS.....

Oggetto

Affidamento in house – servizio gestione rifiuti – art. 17, comma 3, d.l. n.201/2022 – richiesta di parere.

FUNZ CONS 34/2023

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 9 maggio 2023, acquisita al prot. Aut. n. 35060, 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 20 luglio 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.

Con il quesito proposto, in relazione all’affidamento a società in house del servizio pubblico indicato in oggetto, tenuto conto delle previsioni dell’art. 17, comma 3, del d.lgs. 201/2022, l’amministrazione comunale chiede se sia possibile procedere all’esecuzione anticipata della prestazione oggetto del futuro contratto per motivi di urgenza, ai sensi dell’art. 32, comma 8, del d.lgs. 50/2016.

In relazione al quesito sollevato, si osserva preliminarmente che, in coerenza con quanto previsto dall’art. 12 della direttiva 24/2014/UE, l’art. 5 del d.lgs. 50/2016, stabilisce che 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».

In coerenza con tale previsione del Codice, il d.lgs. 175/2016 (Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica) fornisce una descrizione dell’istituto in esame all’art. 2, comma 1, lett. o), e stabilisce che le società in *house* possono essere costituite per lo svolgimento delle

attività indicate nell'art. 4, comma 4. L'art. 16, cui rinvia la disposizione dell'art. 2, stabilisce a sua volta, 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 quindi 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 (ex multis Anac pareri AG/3/2017/AP, AG 17/2017/AP).

In presenza delle condizioni sopra indicate, 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, è 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 (parere Funz Cons 31/2022 e Funz Cons 34/2023).

L'istituto dell'affidamento in house rileva altresì nell'ambito dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, per i quali il legislatore è recentemente intervenuto con il d.lgs. 201/2022 ("*Riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*").

Dispone, infatti, l'art. 14, comma 1, del predetto decreto legislativo che «Tenuto conto del principio di autonomia nell'organizzazione dei servizi e dei principi di cui all'articolo 3, l'ente locale e gli altri enti competenti, nelle ipotesi in cui ritengono che il perseguimento dell'interesse pubblico debba essere assicurato affidando il servizio pubblico a un singolo operatore o a un numero limitato di operatori, provvedono all'organizzazione del servizio mediante una delle seguenti modalità di gestione: a) affidamento a terzi mediante procedura a evidenza pubblica, secondo le modalità previste dal dall'articolo 15, nel rispetto del diritto dell'Unione europea; b) affidamento a società

mista, secondo le modalità previste dall'articolo 16, nel rispetto del diritto dell'Unione europea; c) affidamento a società *in house*, nei limiti fissati dal diritto dell'Unione europea, secondo le modalità previste dall'articolo 17; d) limitatamente ai servizi diversi da quelli a rete, gestione in economia o mediante aziende speciali di cui all'articolo 114 del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali di cui al decreto legislativo n. 267 del 2000».

La norma aggiunge al comma 2 che «Ai fini della scelta della modalità di gestione del servizio e della definizione del rapporto contrattuale, l'ente locale e gli altri enti competenti tengono conto delle caratteristiche tecniche ed economiche del servizio da prestare, inclusi i profili relativi alla qualità del servizio e agli investimenti infrastrutturali, della situazione delle finanze pubbliche, dei costi per l'ente locale e per gli utenti, dei risultati prevedibilmente attesi in relazione alle diverse alternative, anche con riferimento a esperienze paragonabili, nonché dei risultati della eventuale gestione precedente del medesimo servizio sotto il profilo degli effetti sulla finanza pubblica, della qualità del servizio offerto, dei costi per l'ente locale e per gli utenti e degli investimenti effettuati. Nella valutazione di cui al presente comma, l'ente locale e gli altri enti competenti tengono altresì conto dei dati e delle informazioni che emergono dalle verifiche periodiche di cui all'articolo 30». Degli esiti della valutazione sopra indicata, si dà conto, prima dell'avvio della procedura di affidamento del servizio, in un'apposita relazione (comma 3).

La disposizione richiamata prevede quindi la possibilità per l'amministrazione di organizzare lo svolgimento del servizio secondo le diverse modalità ivi elencate, ossia mediante affidamento a terzi con procedura ad evidenza pubblica, a società mista con le modalità indicate dall'art. 16 del d.lgs. 201/2022, a società *in house*, ad aziende speciali o in economia (per servizi diversi da quelli a rete), dando conto della scelta effettuata in apposita relazione (parere Funz Cons 27/2023).

Con riferimento al caso in cui l'ente intenda ricorrere allo schema dell'*in house* ai fini sopra indicati, l'art. 17 dello stesso d.lgs. 201/2022, stabilisce che «1. Gli enti locali e gli altri enti competenti possono affidare i servizi di interesse economico generale di livello locale a società *in house*, nei limiti e secondo le modalità di cui alla disciplina in materia di contratti pubblici e di cui al decreto legislativo n. 175 del 2016. 2. Nel caso di affidamenti *in house* di importo superiore alle soglie di rilevanza europea in materia di contratti pubblici, fatto salvo il divieto di artificioso frazionamento delle prestazioni, gli enti locali e gli altri enti competenti adottano la deliberazione di affidamento del servizio sulla base di una qualificata motivazione che dia espressamente conto delle ragioni del mancato ricorso al mercato ai fini di un'efficiente gestione del servizio, illustrando, anche sulla base degli atti e degli indicatori di cui agli articoli 7, 8 e 9, i benefici per la collettività della forma di gestione prescelta con riguardo agli investimenti, alla qualità del servizio, ai costi dei servizi per gli utenti, all'impatto sulla finanza pubblica, nonché agli obiettivi di universalità, socialità, tutela dell'ambiente e accessibilità dei servizi, anche in relazione ai risultati conseguiti in eventuali pregresse gestioni *in house*, tenendo conto dei dati e delle informazioni risultanti dalle verifiche periodiche di cui all'articolo 30. 3. Il contratto di servizio è stipulato decorsi sessanta giorni dall'avvenuta pubblicazione, ai sensi dell'articolo 31, comma 2, della deliberazione di affidamento alla società *in house* sul sito dell'ANAC. La disposizione di cui al presente comma si applica a tutte le ipotesi di affidamento senza procedura a evidenza pubblica di importo superiore alle soglie di rilevanza europea in materia di contratti pubblici, compresi gli affidamenti nei settori di cui agli articoli 32 e 35 [...]».

La norma prevede, quindi, che in caso di ricorso all'affidamento *in house* di un servizio, lo stesso deve avvenire nei limiti e secondo le modalità stabilite dalla disciplina in materia di contratti pubblici (d.lgs. 50/2016, artt. 5 e 192) e nel rispetto delle previsioni del d.lgs. 175/2016, previa adozione di una delibera contenente una qualificata motivazione che dia espressamente conto della

scelta effettuata, nei termini indicati dalla norma. Inoltre dispone che il contratto di servizio è stipulato decorsi sessanta giorni dall'avvenuta pubblicazione, ai sensi dell'articolo 31, comma 2, della deliberazione di affidamento alla società in house sul sito dell'ANAC.

Pertanto, come chiarito dall'Autorità con Comunicato del 22 febbraio 2023, «fino a quando la predetta deliberazione di affidamento non viene trasmessa e pubblicata da Anac, non decorre il termine previsto dal citato art. 17 e non è dunque possibile procedere con la stipula del contratto di servizio, con ogni conseguenza di legge», aggiungendo che «al fine di prevenire l'insorgenza di contenziosi sugli affidamenti, gli enti in questione sono invitati all'attenta applicazione del citato decreto legislativo per gli affidamenti successivi alla data di entrata in vigore del decreto legislativo n. 201 del 2022 (31.12.2022) e a provvedere, tra le altre cose, anche alla pronta trasmissione ad Anac dei documenti richiesti dalla norma».

Deriva da quanto sopra, che ai sensi dell'art. 17, comma 3, del d.lgs. 201/2022, nei casi di affidamento in house, il contratto di servizio può essere stipulato decorsi sessanta giorni dall'avvenuta pubblicazione della deliberazione di affidamento alla società in house sul sito dell'Autorità.

A tal riguardo, deve ritenersi comunque sussistente, per l'amministrazione, la possibilità di procedere ad esecuzione anticipata del servizio, ai sensi dell'art. 32, comma 8, del d.lgs. 50/2016.

Quanto sopra sia in forza del rinvio alla disciplina in materia di contratti pubblici (d.lgs. 50/2016), operato dall'art. 17, comma 1, del d.lgs. 201/2022 e, in generale, dagli artt. 14 e 15 dello stesso decreto legislativo, sia in virtù del fatto che – analogamente a quanto previsto dal combinato disposto dei commi 8 e 9 dell'art. 32, del Codice, per tutti i contratti pubblici– anche per i servizi pubblici locali deve ritenersi consentito alle amministrazioni aggiudicatrici procedere all'esecuzione in via d'urgenza, ove sussistente un interesse pubblico al celere avvio del servizio, nei casi indicati dalla norma del Codice.

L'art. 32, comma 8, del d.lgs. 50/2016 dispone infatti, che «L'esecuzione d'urgenza di cui al presente comma è ammessa *esclusivamente* nelle ipotesi di eventi oggettivamente imprevedibili, per ovviare a situazioni di pericolo per persone, animali o cose, ovvero per l'igiene e la salute pubblica, ovvero per il patrimonio storico, artistico, culturale ovvero nei casi in cui la mancata esecuzione immediata della prestazione dedotta nella gara determinerebbe un grave danno all'interesse pubblico che è destinata a soddisfare, ivi compresa la perdita di finanziamenti comunitari».

Si aggiunga a quanto sopra che i sensi dell'art. 8, comma 1, del d.l.76/2020, conv. con mod. in l.n. 120/2020 «1. In relazione alle procedure pendenti disciplinate dal decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, i cui bandi o avvisi, con i quali si indice una gara, sono già stati pubblicati alla data di entrata in vigore del presente decreto, nonché, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o avvisi, alle procedure in cui, alla medesima data, siano già stati inviati gli inviti a presentare le offerte o i preventivi, ma non siano scaduti i relativi termini, e in ogni caso per le procedure disciplinate dal medesimo decreto legislativo avviate a decorrere dalla data di entrata in vigore del presente decreto e *fino alla data del 30 giugno 2023*: a) è sempre autorizzata la consegna dei lavori in via di urgenza e, nel caso di servizi e forniture, l'esecuzione del contratto in via d'urgenza ai sensi dell'articolo 32, comma 8, del decreto legislativo n. 50 del 2016, nelle more della verifica dei requisiti di cui all'articolo 80 del medesimo decreto legislativo, nonché dei requisiti di qualificazione previsti per la partecipazione alla procedura; (...)».

Tale ultima disposizione, autorizza sempre l'esecuzione del contratto in via d'urgenza e tale conclusione è supportata anche dall'orientamento giurisprudenziale a tenore del quale ai sensi della

disposizione richiamata, la consegna anticipata è considerata «quale regola ordinaria della procedura» (TAR Sardegna n. 898/2022).

Per gli affidamenti dei contratti pubblici che non ricadono *ratione temporis* nel campo di applicazione del citato art. 8 d.l. 76/2020, resta fermo quanto previsto all'art. 32, comma 8, del Codice, il quale richiede in ogni caso, alla stazione appaltante, la corretta individuazione delle esigenze pubbliche sottese all'esecuzione in via d'urgenza del servizio, tra quelle espressamente indicate dalla norma.

Conclusivamente secondo un'interpretazione sistematica delle disposizioni sopra richiamate, con particolare riguardo agli art. 14, 15 e 17 del d.lgs. 201/2022, con le previsioni dell'art. 32, comma 8, del d.lgs. 50/2016, si ritiene consentito procedere all'esecuzione in via d'urgenza di un servizio pubblico locale, nelle more degli adempimenti previsti dall'art. 17, comma 3 del d.lgs. 201/2022, in presenza delle specifiche esigenze pubbliche indicate dal comma 8 dello stesso art. 32 del Codice, opportunamente motivate dall'ente competente.

Sulla base delle considerazioni che precedono, si rimette, pertanto, a codesta stazione appaltante 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

Atto firmato digitalmente