

.....OMISSIS.....

Oggetto

.....OMISSIS..... -OMISSIS..... – art. 56, comma 1, lett. a) e artt. 113-126 del d.lgs. 36/2023 – Contratti stipulati daOMISSIS..... con diverse amministrazioni pubbliche - richiesta di parere.

UPREC-CONS-0215-2025

FUNZ CONS 47-2025

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 31 luglio 2025, acquisita al prot. Aut. n. 109869, ai sensi del Regolamento sulla funzione consultiva del 17 giugno 2024, si comunica che il Consiglio dell'Autorità, nell'adunanza dell'11 novembre 2025, ha approvato le seguenti considerazioni.

Si rappresenta preliminarmente 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 relativo Regolamento. Pertanto, il presente parere è volto a fornire un indirizzo generale sulla questione sollevata nell'istanza, esclusivamente sulla base degli elementi forniti nella stessa.

Con la nota sopra indicata, ilOMISSIS..... comunica all'Autorità che attraverso ilOMISSIS....., esercita il "controllo analogo" suOMISSIS..... -OMISSIS....., garantendo che la stessa operi nell'interesse pubblico e che le sue attività siano allineate agli obiettivi delOMISSIS..... medesimo. Comunica, altresì, che, come previsto dall'art. 16, comma 3, del d. lgs. n.175/2016, oltre l'ottanta per cento delle attività diOMISSIS....., è effettuata nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'Ente controllante, mentre la restante percentuale dei ricavi deriva dall'erogazione di servizi informatici in favore di Amministrazioni Pubbliche diverse dalOMISSIS..... (c.d. "Clienti extra-house"). I rapporti intercorrenti traOMISSIS..... e Clienti extra-house trovano origine in una serie di disposizioni normative che, riconoscendo espressamente a talune Amministrazioni pubbliche la possibilità di avvalersi direttamente della Società per realizzare i servizi di conduzione e digitalizzazione dei sistemi informativi, tramite sottoscrizione di specifiche convenzioni, comportano una deroga all'applicazione del d.lgs. 36/2023, in quanto esonerano le stesse dall'adempimento degli obblighi di evidenza pubblica.

Il Controllo analogo delOMISSIS....., nell'ambito delle attività di competenza, mirate anche ad assicurare che la gestione societaria sia efficiente, efficace ed economica, provvede al rilascio della preventiva autorizzazione alla stipula delle predette convenzioni extra-house, verificando che le previsioni contenute nei relativi schemi siano in linea con i suddetti obiettivi (secondo il "Vademecum per le società in house", 2 maggio 2022). Nel corso di tali verifiche è stato riscontrato il mancato inserimento, nei suddetti schemi, di riferimenti alle norme del Codice dei contratti che regolano la fase dell'esecuzione oppure la presenza di previsioni in difformità alle suddette norme, come ad esempio in tema di acconti, la cui percentuale molto spesso è inferiore al 20% del valore del contratto, diversamente da quanto stabilito dall'art. 125 del Codice medesimo.

È stato inoltre rilevato che, mentre tutti gli schemi contrattuali contengono una clausola generica, intitolata “Prestazioni esterne”, che riconosce alla Società, “per l’esecuzione delle attività previste, e per far fronte a specifiche esigenze organizzative”, la possibilità “di avvalersi, rimanendone pienamente responsabile, di imprese terze, nonché di esperti e professionisti in possesso di adeguata qualificazione ed in grado di garantire la qualità delle prestazioni”, solo alcuni di essi includono un richiamo espresso alla disciplina in materia di subappalto, di cui all’art. 119 del d.lgs. n. 36/2023.

Tali situazioni, che possono incidere sull’economicità del contratto, hanno indotto il Controllo analogo delOMISSIS.... ad emanare direttive, evidenziando la necessità che le convenzioni in parola rechino la previsione di acconti non inferiori al 20% e possibilmente pari al 30% del massimale del contratto.

La questione dell’applicabilità di questa parte del d.lgs. 36/2023 ai rapporti contrattuali sopra indicati, tuttavia, è stata messa in dubbio dalle Amministrazioni interessate che, secondo quanto affermato dalla stessaOMISSIS....., hanno individuato, a favore della stessa società, la titolarità di un “diritto esclusivo” ex art. 56, comma 1 lett. a) del Codice. Diritto esclusivo che sarebbe previsto dalle disposizioni *ad hoc*, come indicato, individuanoOMISSIS.... come soggetto a cui aggiudicare l’appalto di servizi per la realizzazione delle attività ICT di competenza dell’Amministrazione interessata. Dal riconoscimento di tale diritto esclusivo deriverebbe, pertanto, l’esclusione dell’applicazione dell’intera disciplina del Codice dei contratti, quindi, anche delle disposizioni sopra citate e non solo quelle dell’evidenza pubblica.

IlOMISSIS.... richiedente cita al riguardo, una pronuncia del giudice amministrativo che sembrerebbe proporre la tesi opposta (Consiglio di Stato, V, n. 2776/2025), seppur intervenendo in materia di servizi legali (anch’essi contratti esclusi, ex art. 56 comma 1, lett. g), affermando che “l’ipotizzata “esclusione”, riguarda solo l’applicazione degli obblighi di evidenza pubblica, ossia la gara per l’individuazione del soggetto che deve contrarre con l’Amministrazione Pubblica, e non la natura pubblica del contratto che viene stipulato, e che deve essere considerato alla stregua di un appalto pubblico”, con ciò ribandendo la natura pubblicistica del contratto e, di conseguenza, la sua sottoposizione alle regole del Codice degli appalti per la parte indicata.

La questione assume particolare rilevanza per ilOMISSIS.... richiedente, che necessita di individuare l’idonea normativa di riferimento per svolgere in modo efficace il proprio ruolo di indirizzo dell’attività della società in house verso il perseguimento dell’interesse pubblico, attraverso una gestione efficiente, efficace ed economica. Lo stessoOMISSIS.... chiede quindi all’Autorità di voler esprimere un parere in merito alla applicabilità della disciplina del d.lgs. n. 36/2023 (artt. 113-125) ai rapporti contrattuali intercorrenti traOMISSIS.... e le altre Amministrazioni Pubbliche.

Al fine di fornire riscontro sul quesito posto, sembra opportuno osservare in via preliminare, con riguardo ai contratti cheOMISSIS.... (società a totale partecipazione delOMISSIS.... e organismo in house di taleOMISSIS....) può stipulare con altre amministrazioni pubbliche sulla base di specifiche disposizioni normative che riservano a tale soggetto giuridico l’espletamento di specifici compiti, che tali contratti sono riconducibili all’ambito di applicazione dell’art. 56, comma 1, lett. a) del Codice.

La norma stabilisce, infatti, che «Le disposizioni del codice relative ai settori ordinari non si applicano agli appalti pubblici: a) di servizi aggiudicati da una stazione appaltante a un ente che sia una stazione appaltante o a un’associazione di stazioni appaltanti in base a un diritto esclusivo di cui esse beneficiano in virtù di disposizioni legislative o regolamentari o di disposizioni amministrative_pubblicate che siano compatibili con il Trattato sul funzionamento dell’Unione europea».

Come osservato dall’Autorità in relazione all’identica norma del d.lgs. n. 50/2016 (art. 9, comma 1) la riconducibilità di una fattispecie alle previsioni in esame è «condizionata al soddisfacimento della duplice condizione della natura pubblica, nella specie di “amministrazione aggiudicatrice”, di entrambi i soggetti, affidanti ... e affidatario ... e della previsione a vantaggio di quest’ultimo di un diritto esclusivo da parte di disposizioni legislative, regolamentari o amministrative compatibili con il diritto comunitario» (in tal senso

Anac, parere AG 51/2016/AP; fattispecie relativa all'acquisizione del servizio di collegamento informatico con le banche dati delle Camere di Commercio, da parte un'amministrazione aggiudicatrice, nei confronti di InfoCamere s.c.p.a.).

Nel caso in esame, quanto al primo presupposto per l'applicazione della norma, si evidenzia che secondo quanto rappresentato dal richiedente, i contratti oggetto della richiesta di parere, sono stipulati daOMISSIS..... (totalmente partecipata dalOMISSIS.....) con Amministrazioni pubbliche; si tratta quindi di soggetti giuridici senz'altro qualificabili come amministrazioni aggiudicatrici.

In ordine al secondo presupposto di applicabilità dell'art. 56 del d.lgs. 36/2023, sempre secondo la ricostruzione fornita dal richiedente, specifiche disposizioni normative prevedono la possibilità per le suindicate Amministrazioni di affidare aOMISSIS..... talune attività, nell'ambito delle funzioni proprie delle amministrazioni affidanti. Dunque, tali norme riservano alla società lo svolgimento di specifiche attività di interesse generale, con ciò confermando la sussistenza del suindicato presupposto normativo.

I contratti stipulati daOMISSIS..... con altre Amministrazioni pubbliche, sulla base di specifiche previsioni normative/regolamentari, nei termini indicati, possono, quindi, ricondursi nell'ambito di applicazione dell'art. 56, comma 1, lett. a) del d.lgs. 36/2023, con conseguente sottrazione degli stessi alla disciplina dettata dal Codice.

Si osserva al riguardo che ai sensi dell'art. 13, comma 2, del Codice medesimo «Le disposizioni del codice non si applicano ai contratti esclusi, ai contratti attivi e ai contratti a titolo gratuito, anche qualora essi offrano opportunità di guadagno economico, anche indiretto». Tuttavia, come ulteriormente disposto dallo stesso art. 13, al comma 5, «L'affidamento dei contratti di cui al comma 2 che offrono opportunità di guadagno economico, anche indiretto, avviene tenendo conto dei principi di cui agli articoli 1, 2 e 3».

Per tali affidamenti, quindi, devono essere osservati i principi del risultato (art. 1), della fiducia (art. 2), di accesso al mercato (art. 3), nonché i principi di concorrenza, imparzialità, non discriminazione, pubblicità, trasparenza e proporzionalità, ossia i principi, anche di matrice europea, che regolano l'operato delle stazioni appaltanti nel settore dell'evidenza pubblica e nell'utilizzo di risorse pubbliche (sulla portata applicativa di tali principi si rinvia alla delibera n. 435/2024- UPREC-PRE-0212-2024-S).

Inoltre, con specifico riferimento ai contratti esclusi ai sensi dell'art. 56 del Codice, con Comunicato del Presidente del 24 maggio 2024 (recante "Indicazioni sul regime di trasparenza dei contratti esclusi dall'applicazione del codice e dei contratti gratuiti"), è stato osservato che «... gli appalti/concessioni aggiudicati da una SA/ente concedente ad altra SA/ente concedente in forza di un diritto esclusivo (art. 56, co. 1, lett. a) (per gli appalti) e art. 181 (per le concessioni) d.lgs. 36/2023), sono una fattispecie di contratti esclusi senza obbligo di acquisire il CIG (...».

Detti appalti, Infatti, in considerazione della ratio della legge n. 136/2010, non sono soggetti «agli obblighi di tracciabilità in quanto contenuti in un perimetro pubblico, ben delimitato da disposizioni legislative, regolamentari o amministrative, tali da rendere ex se tracciati i rapporti, anche di natura finanziaria, intercorrenti tra le amministrazioni aggiudicatrici. Tuttavia, occorre precisare che è necessario tracciare i pagamenti che, nell'ambito di detti affidamenti, siano eventualmente eseguiti in favore di soggetti terzi, al di fuori del perimetro pubblico, come nel caso di subappalti e subaffidamenti in favore di soggetti privati. Pertanto, nel caso in cui la stazione appaltante affidataria abbia intenzione di affidare a terzi parte delle prestazioni, si dovrà procedere all'acquisizione del CIG» (Linee guida sulla tracciabilità, det. n. 4/2011 aggiornate).

Occorre aggiungere a quanto sopra che «Per gli appalti/concessioni aggiudicati da una SA/ente concedente ad altra SA/ente concedente in forza di un diritto esclusivo, ANAC raccomanda comunque di garantire la trasparenza mediante la pubblicazione in "Amministrazione trasparente" sottosezione "Bandi di gara e contratti", secondo un criterio di compatibilità dei seguenti dati: struttura proponente; oggetto dell'accordo/affidamento; affidatario/assegnatario; importo ed estremi della decisione di dare avvio alla

procedura o atto di analogo tenore (oppure, anziché i soli estremi del provvedimento, il documento integrale)» (Comunicato del 24 maggio 2024 cit.)

Anche per i contratti esclusi, quindi, l'Amministrazione competente è tenuta a garantire la trasparenza della procedura di affidamento nei termini sopra indicati e ad osservare, per gli stessi, le cautele indicate dall'Autorità nei documenti sopra richiamati.

L'esclusione dei contratti stipulati ai sensi dell'art. 56 del Codice, dal campo di applicazione dello stesso d.lgs. 36/2023 (nei termini sopra indicati), riguarda sia le regole dell'evidenza pubblica, sia le norme che disciplinano l'esecuzione dei contratti medesimi, come può evincersi dal tenore letterale della norma citata, ai sensi della quale «Le disposizioni del codice relative ai settori ordinari non si applicano agli appalti pubblici» indicati nello stesso art. 56, senza distinguere quindi tra fase di affidamento e fase di esecuzione dei contratti.

Tale considerazione non sembra smentita dalla pronuncia richiamata nell'istanza di parere, nella quale il giudice amministrativo (ancorché in relazione all'affidamento dei servizi legali, anch'essi esclusi dal campo di applicazione del Codice, ex art. 56, comma 1, lett. h), ha affermato che l'"esclusione" prevista dall'art. 56 del Codice, riguarda «l'applicazione dagli obblighi di evidenza pubblica (ossia la gara per l'individuazione del soggetto che deve contrarre con la P.A.) ma non elide al tempo stesso la natura "pubblica" del contratto di appalto (...). L'esclusione riguarda dunque la "procedura di evidenza pubblica" ma non anche la "natura pubblica" del contratto stipulato. Ciò in quanto non si deve confondere tipologia e natura dei contratti con la procedura di scelta del contraente (...»). Infatti, «l'art. 13, comma 5, del d.lgs. n. 36 del 2023, stabilisce che i "contratti esclusi" di cui al comma 2 della medesima disposizione, qualora garantiscano un certo ritorno economico, siano affidati nel rispetto dei principi di cui agli artt. 1, 2 e 3 dello stesso codice. (...) 8.6. di qui ancora l'esigenza che, anche sul rispetto di taluni principi fondamentali (art. 3 del d.lgs. n. 36 del 2023, richiamato sul punto dall'art. 13, comma 5, e indirettamente dall'art. 56 stesso codice) possa vigilare una autorità indipendente di settore come l'ANAC la quale dovrà verificare, caso per caso, che non vi siano abusi o eventuali eccessi circa il ricorso al meccanismo procedimentale dell'affidamento diretto» (Consiglio di Stato, sez. V, n. 2776/2025).

Dunque, il giudice amministrativo, nella pronuncia citata, ha confermato che per i contratti esclusi dall'applicazione del Codice, che restano comunque contratti pubblici, devono essere rispettati i principi indicati agli articoli 1, 2 e 3 del d.lgs. 36/2023. In tale sentenza non è stato affermato che per tali contratti, debba trovare applicazione la disciplina dettata dal Codice per la fase di esecuzione.

A tal riguardo, tuttavia, sembra opportuno osservare che tra i principi sopra richiamati, è incluso, come in precedenza evidenziato, il principio del risultato. Va specificato al riguardo che "il significato attribuito alla nozione di risultato dal d. lgs. n. 36 del 2023 «non ha riguardo unicamente alla rapidità e alla economicità, ma anche alla qualità della prestazione» (Cons. di Stato n. 5217/2025). Più in dettaglio si osserva che «L'art. 1 è collocato in testa alla disciplina del nuovo Codice dei contratti pubblici ed è principio ispiratore della stessa, sovraordinato agli altri. Si tratta di un principio considerato quale valore dominante del pubblico interesse da perseguire attraverso il contratto e che esclude che l'azione amministrativa sia vanificata ove non si possano ravvisare effettive ragioni che ostino al raggiungimento dell'obiettivo finale che è: a) nella fase di affidamento giungere nel modo più rapido e corretto alla stipulazione del contratto; b) nella fase di esecuzione (quella del rapporto) il risultato economico di realizzare l'intervento pubblico nei tempi programmati e in modo tecnicamente perfetto» (Cons. di Stato, V, n. 1924/2024).

Dunque il principio del risultato, inteso nel senso indicato dal giudice amministrativo, deve essere perseguito anche nella fase di esecuzione, per tutti i contratti i pubblici, quindi anche per i contratti esclusi, per i quali la stazione appaltante deve comunque garantire, oltre alla correttezza, economicità, efficienza dell'azione amministrativa in tale ambito, anche la qualità della prestazione resa dall'esecutore, prevedendo, a tal fine, gli opportuni controlli e le necessarie verifiche, che la stessa è chiamata a svolgere.

Si ritiene, quindi, che anche per gli appalti esclusi – ancorché per gli stessi non trovi precipua applicazione la disciplina dettata dal d.lgs. 36/2023 per la fase di esecuzione dei contratti pubblici – la stazione appaltante sia tenuta a garantire il perseguimento del principio del risultato nei termini indicati.

Quanto sopra vale anche per la fattispecie sottoposta all'attenzione dell'Autorità, riferita alla societàOMISSIS....., a totale partecipazione delOMISSIS..... richiedente, organismo in house della stessa, legittimata da specifiche disposizioni normative allo svolgimento di servizi pubblici in favore di altre amministrazioni pubbliche, sulla base di apposite convenzioni ed espressamente autorizzata, a tali fini, dalOMISSIS..... medesimo.

Nell'esecuzione delle suindicate convenzioni, quindi, ancorché non trovi applicazione la disciplina dettata dal d.lgs. 36/2023 (anche) per la fase di esecuzione, trattandosi comunque di appalti pubblici (come sottolineato dal giudice comunitario), deve essere garantito (tra l'altro) il rispetto del principio del risultato, nei termini in precedenza indicati, prevedendo in tali documenti forme di controllo e verifiche sull'esecuzione delle convenzioni medesime, da parte delle amministrazioni affidanti, nelle forme ritenute più idonee e consone per assicurare la qualità della prestazione, in quanto funzionale al perseguimento di specifici interessi pubblici.

A tal fine, considerato il ruolo delOMISSIS..... richiedente, quale amministrazione che esercita suOMISSIS..... il "controllo analogo" [ex art. 7, comma 2, del D.lgs. n. 36/2023, art. 3, comma 1, lett. e) dell'Allegato I.1. del Codice (che rinvia alle direttive europee: art. 12, par. 1, 2 e 3, della direttiva 24/2014/UE, art. 17, par. 1, 2 e 3 della direttiva 23/2014/UE, art. 28, par. 1, 2 e 3, della direttiva 24/2014/UE per i settori speciali), artt. 4 e 16 del d.lgs. n. 175/2016] sembra consentito allo stesso, ai fini dell'autorizzazione alla stipula delle convenzioni in parola, indicare (mediante specifici indirizzi operativi o nelle forme ritenute più idonee) contenuti di queste ultime contemplanti specifici obblighi delle parti volti a garantire, in fase di esecuzione delle convenzioni medesime, il perseguimento del principio di risultato nei termini sopra indicati (oltre che degli ulteriori principi richiamati, tra i quali correttezza ed economicità dell'azione amministrativa) e, al tempo stesso, vigilare sull'operato della società strumentale (anche) in tale ambito, anche prevedendo, eventualmente, forme di rendicontazione da parte della società medesima sull'attività svolta in relazione all'esecuzione delle singole convenzioni.

Si evidenzia infatti che il controllo analogo sull'organismo in house ai sensi delle disposizioni citate, secondo l'indirizzo dell'Autorità, «allude al potere di comando direttamente esercitato sulla gestione dell'ente con modalità e con un'intensità non riconducibili ai diritti ed alle facoltà che normalmente spettano al socio (fosse pure un socio unico) in base alle regole dettate dal codice civile, e sino al punto che agli organi della società non resta affidata nessuna autonomia rilevante sugli argomenti strategici e/o importanti». Tale controllo «deve essere sugli organi (gli Enti devono avere il potere di nomina e di revoca degli amministratori) e sulla gestione (gli Enti devono autorizzare o vagliare gli atti di gestione che sono strategici ed importanti per la vita sociale nonché per lo svolgimento del servizio affidato). L'Ente socio deve, quindi, condizionare e vincolare il Consiglio di amministrazione, emanando disposizioni idonee a definire le strategie di mercato, gli investimenti da realizzare, le tariffe a carico della cittadinanza, la qualità del servizio offerto; esercitando anche un potere ispettivo diretto e di controllo su tutta l'attività sociale». Tale controllo si esercita (tra l'altro) mediante «esercizio di poteri autorizzativi e di indirizzo attraverso l'emanazione da parte del socio di specifiche direttive generali sul funzionamento amministrativo delle società; - esercizio di poteri ispettivi che comportano una diretta attività di vigilanza e controllo presso la sede e/o nei confronti dell'organo amministrativo della società in house». Pertanto, «il requisito del controllo analogo caratterizza, ..., la società in house come una longa manus degli Enti soci, ed in quanto tale non viola il principio della concorrenza poiché non si versa in una esternalizzazione del servizio (cd. Outsourcing). Da quanto sopra analizzato emerge che il controllo analogo si conferma come un controllo da esercitare sia a livello strutturale che a livello dell'attività svolta» (Vademecum per le società in house del 27.05.2022).

Sembra opportuno sottolineare, infine e in via generale, cheOMISSIS....., quale organismo in house delOMISSIS..... richiedente, è tenuta all'applicazione delle disposizioni del d.lgs. 36/2023, per l'acquisto di beni e servizi strumentali allo svolgimento delle attività ad essa demandate dagli atti costitutivi.

Inoltre, con specifico riferimento all'esecuzione delle convenzioni oggetto del quesito posto, considerata la possibilità per la Società medesima di rivolgersi a terzi per lo svolgimento di specifiche attività, la stessa, secondo le indicazioni contenute nelle linee guida n. 4/2011 citate, dovrà procedere in tali casi all'acquisizione del CIG.

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

Avv. Giuseppe Busia

Firmato digitalmente