



.....OMISSIS.....

## Oggetto

Fornitura e posa in opera di una elettropompa avente portata di 150 litri al secondo per il sollevamento delle acque dalla diga .....OMISSIS..... fino all'impianto di potabilizzazione di .....OMISSIS..... – nomina del Rup - richiesta parere.

### **FUNZ CONS 65/2023**

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 20 settembre 2023, acquisita al prot. Aut. n. 77665, 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 19 dicembre 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. 269 del 20 giugno 2023. Pertanto, il presente parere è volto a fornire un indirizzo generale sulla questione sollevata nell'istanza, esclusivamente sulla base degli elementi forniti nella stessa.

Nella nota di richiesta parere, l'amministrazione rappresenta che i rapporti tra .....OMISSIS..... (.....OMISSIS.....) (subentrata nelle funzioni già attribuite E.G.A.T.O. ai sensi della l.r. 19/2015) e .....OMISSIS..... (Azienda Speciale Consortile, in regime di società *in house*), ai sensi dell'art. 151 del d.lgs.152/2006 sono regolati da una convenzione stipulata in data 22.9.2021. Con tale convenzione è stato disposto l'affidamento della gestione del servizio idrico integrato (S.I.I.) .....OMISSIS....., nell'ambito della quale è prevista la realizzazione (tra l'altro) dell'intervento indicato in oggetto. In relazione a tale intervento il gestore .....OMISSIS..... intende nominare un proprio RUP in sostituzione del RUP in carica, nominato in fase di pianificazione tra i dipendenti .....OMISSIS..... . Occorre stabilire, quindi, quale soggetto –tra .....OMISSIS..... e .....OMISSIS.....- debba nominare il RUP per il predetto intervento.

In merito al quesito posto si osserva preliminarmente che il quadro normativo nazionale di riferimento in materia di regolazione del servizio idrico integrato, poggia essenzialmente sul Codice dell'Ambiente (D. Lgs. n. 152/2006) che rappresenta ancor oggi il punto di riferimento della regolazione del settore idrico (artt. 147, 149-bis e 172) e con il quale «è stata disposta una modifica radicale dell'assetto della titolarità della gestione del S.I.I. che viene attribuita ai nuovi enti di governo d'ambito territoriale ottimale (art. 147); in particolare, l'art 149-bis, per le forme di affidamento, rinvia sostanzialmente alle forme di gestione previste dall'ordinamento europeo per la generalità

dei servizi pubblici locali. Secondo la normativa dell'Unione europea richiamata nella citata disposizione di cui all'art. 149-bis del Codice dell'ambiente (*oggi trasposta nel D.Lgs. 23 dicembre 2022, n. 201*), gli enti locali possono procedere ad affidare la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica attraverso: → esternalizzazione a terzi mediante procedure ad evidenza pubblica secondo le disposizioni in materia di appalti e concessioni di servizi; → società mista pubblico-privata, la cui selezione del socio privato avvenga mediante gara a doppio oggetto; → gestione diretta da parte dell'ente locale, cosiddetta gestione "in house", purché sussistano i requisiti previsti dall'ordinamento comunitario, e vi sia il rispetto dei vincoli normativi vigenti. In base a quanto precede, gli enti locali possono affidare la gestione dei servizi pubblici locali solo attraverso le forme di gestione suindicate...» (delibera n. 530/2023-FAsc.1555/2023).

Tra tali forme di gestione è quindi ricompresa anche la "gestione diretta" mediante affidamento ad organismi *in house*, nel rispetto dei vincoli normativi stabiliti dal d.lgs. 50/2016 (applicabile *ratione temporis* alla fattispecie e oggi sostituito dal d.lgs. 36/2023), dettato in recepimento delle direttive appalti e concessioni del 2014, nonché dal d.lgs. 175/2016.

Nel caso di affidamento del servizio ad azienda speciale ai sensi dell'art. 114 del d.lgs. 267/2000, l'Autorità ha avuto modo di osservare che «Ai fini del d.lgs. 50/2016, .... l'affidamento diretto di un servizio all'azienda speciale costituita dall'amministrazione di riferimento, alla luce delle caratteristiche proprie di tale organismo, ..., va ricondotto nello schema dell'affidamento *in house* (ex art. 5 del d.lgs. 50/2016), quindi soggetto agli oneri motivazionali sanciti dall'art. 192, comma 2 del Codice» (parere Funz Cons n. 27/2023 cui si rinvia).

Ciò in quanto «" L'azienda speciale, .... è il modello di gestione del servizio pubblico più vicino alla completa internalizzazione o autoproduzione del servizio stesso. In questo senso l'azienda speciale è un soggetto *in house*, al pari della società a partecipazione pubblica c.d. *in house*, inteso come *longa manus* dell'amministrazione pubblica per la realizzazione di lavori o opere o per l'espletamento di servizi. L'affidamento del servizio pubblico ad un'azienda speciale configura, pertanto, un c.d. affidamento *in house*. 9.3. Per gli affidamenti *in house* la pubblica amministrazione è tenuta al 3 rispetto delle condizioni poste dall'art. 192, comma 2, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (...)» (Cons. di Stato sent. n. 5444/2019 cit.) (...)» (parere cit.).

Dunque, al pari della società *in house* (come disciplinata dall'art. 5 del d.lgs. 50/2016 e dal d.lgs. 175/2016, art. 2, comma 1, lett. o) e art. 16), l'azienda speciale 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 tra l'ente e l'azienda un rapporto di alterità sostanziale, ma solo formale. Si parla, in tal caso, così come per l'affidamento *in house*, 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* sull'affidamento *in house*, pareri AG/3/2017/AP, AG 17/2017/AP).

Trattandosi di affidamento "interno" all'ente, l'art. 5 del d.lgs. 50/2016 dispone (in presenza delle condizioni ivi stabilite) che tale affidamento da parte di un'amministrazione aggiudicatrice a una persona giuridica di diritto pubblico o di diritto privato dalla stessa controllata ai sensi della norma citata, "non rientra nell'ambito di applicazione del presente codice".

In tal caso non è quindi prevista l'applicazione del Codice e con essa la nomina del Rup che invece, come espressamente stabilito dall'art. 31 del d.lgs. 50/2016, deve sempre essere assicurata «Per ogni singola procedura per l'affidamento di un appalto o di una concessione...» a terzi, con le modalità previste dal Codice stesso (anche l'art. 15 del d.lgs. 36/2023, che ha sostituito il d.lgs. 50/2016, stabilisce che «1. Nel primo atto di avvio dell'intervento pubblico da realizzare mediante

*un contratto le stazioni appaltanti e gli enti concedenti nominano nell'interesse proprio o di altre amministrazioni un responsabile unico del progetto (RUP) per le fasi di programmazione, progettazione, affidamento e per l'esecuzione di ciascuna procedura soggetta al codice»).*

Tuttavia, come osservato dal MIT, «...nel caso di "in house providing", in virtù della natura stessa della società *in house*, intesa quale *longa manus* dell'ente appaltante, soggetta all'assoluto potere di direzione, coordinamento e supervisione dello stesso, si verifica una situazione di delegazione interorganica, finalizzata all'autoproduzione di beni, servizi e lavori da parte della pubblica amministrazione. Come ribadito da copiosa giurisprudenza comunitaria e nazionale in materia, tale circostanza *permette di ovviare all'ordinaria disciplina dell'evidenza pubblica* che prevede l'espletamento di una gara, nei limiti, tuttavia, del rispetto dell'onere motivazionale rafforzato di cui all'art. 192 del Codice, relativo alle ragioni del mancato ricorso al mercato e ai benefici per la collettività della forma di gestione prescelta. Tanto premesso, si consideri, in primo luogo, la complessità dell'indagine sottesa alla scelta di procedere all'affidamento *in house* e della rigorosa motivazione richiesta per giustificare il ricorso e, in secondo luogo, l'ampio potere autonomo di vigilanza riconosciuto dalla legge all'ANAC in ordine alla correttezza della predetta motivazione, nonché la possibilità dell'Autorità di assoggettare all'obbligo contributivo anche gli affidamenti delle amministrazioni aggiudicatrici a proprie società *in house* (come da ultimo affermato dal Consiglio di Stato nel parere n. 1142/2022 del 1.07.2022). Pertanto, alla luce delle argomentazioni che precedono, si ritiene opportuno procedere alla nomina di un RUP ai sensi dell'art. 31 del Codice – con tutti gli obblighi normativi consequenziali – anche al fine di governare la fase esecutiva dell'affidamento; in alternativa si ritiene che rientri nella discrezionalità della Stazione Appaltante la possibilità di nominare diversi responsabili del procedimento di cui alla L. n. 241/1990 con riferimento a ciascuna singola fase della procedura in questione» (parere n. 1420/2022).

Per quanto sopra, in relazione al quesito posto può osservarsi che dalle previsioni dell'art. 5 del d.lgs. 50/2016 secondo le quali in caso di affidamento *in house* non trova applicazione il Codice, trattandosi di affidamento "interno" all'ente stesso, finalizzato all'autoproduzione di beni e servizi da parte della pubblica amministrazione, la nomina del RUP ricade nella discrezionalità amministrativa dell'ente controllante, sia ai fini delle valutazioni previste dall'art. 192 citato, sia al fine di governare la fase esecutiva dell'affidamento stesso, nei termini indicati.

Quanto, invece, alla nomina del RUP da parte dell'organismo *in house*, in relazione all'aggiudicazione di contratti pubblici effettuati da quest'ultimo a terzi, trovando applicazione in tal caso la disciplina dettata dal Codice, il predetto organismo *in house* sarà tenuto a nominare un RUP per ciascuna procedura di affidamento ai sensi dell'art. 15 del d.lgs. 36/2023, applicabile alle procedure indette a decorrere dal 1° luglio 2023.

Per quanto sopra, in relazione all'intervento in oggetto, che l'organismo *in house* è tenuto ad affidare nel rispetto delle procedure ad evidenza pubblica stabilite dal Codice, spetta allo stesso organismo, quale stazione appaltante, la nomina del RUP ai sensi del citato art. 15 del d.lgs. 36/2023.

Sulla base delle considerazioni che precedono, si rimette 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*

*Firmato digitalmente*