



.....OMISSIS.....

Oggetto

.....OMISSIS..... – Affidamenti in house -OMISSIS..... – incentivo per funzioni tecniche - art. 45 d.lgs. 36/2023 - richiesta di parere –OMISSIS.....

UPREC-CONS-0014-2025

FUNZ CONS 9-2025

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 18 novembre 2024, acquisita al prot. Aut. n. 134540, ai sensi del Regolamento sulla funzione consultiva del 17 giugno 2024, si comunica che il Consiglio dell’Autorità, nell’adunanza dell’11 marzo 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,OMISSIS....., ente pubblico strumentale dellaOMISSIS....., comunica di essere consorziata alOMISSIS..... al quale affida, sulla base di una convenzione quadro, l’erogazione di servizi in ambito informatico secondo il regime dell’*in house*. A tal riguardo la richiedente evidenzia che il predetto Consorzio è stato istituito conOMISSIS....., con la finalità generale di “mettere a disposizione degli Enti e delle organizzazioni consorziati, attraverso la creazione di un organico sistema informativo regionale, i mezzi per il trattamento automatico dei dati oggi indispensabili a ciascuno di essi per conseguire i rispettivi fini istituzionali nei campi della programmazione, della ricerca, della didattica e della gestione operativa” (.....OMISSIS.....). IlOMISSIS..... è un ente strumentale dei consorziati, i cui interessi costituiscono – con riferimento all’ambito di competenza – oggetto dell’attività consortile.

Con riferimento a quanto sopra, è stata sollevata la questione dell’applicabilità della disciplina dell’incentivo ex art. 45 del d.lgs. 36/2023 agli affidamenti effettuati daOMISSIS..... Ciò in quanto, se l’Autorità ha escluso tale possibilità con riguardo alle società in house (parere Funz Cons 36/2024), tuttavia ilOMISSIS....., pur essendo un organismo in house, non presenta una forma societaria, trattandosi di ente consortile di diritto privato in controllo pubblico, non assoggettato al d.lgs. 175/2016. L’istante ha osservato al riguardo che le funzioni tecniche svolte dai dipendenti di APL nei rapporti con ilOMISSIS..... appaiono riconducibili a quelle previste nell’allegato I.10 del d.lgs. 36/2023 (come indicate nell’istanza di parere), in sintonia con il sistema incentivante di cui all’art. 45 del Codice. Si sottolinea infine che l’affidamento in questione potrebbe essere assimilato agli affidamenti diretti o agli approvvigionamenti tramite convenzioni o accordi quadro Consip/soggetti aggregatori per i quali l’incentivo risulta pacificamente ammesso con il nuovo codice.

Per quanto sopra,OMISSIS..... chiede all’Autorità di esprimere avviso in ordine alla possibilità di riconoscere l’incentivo per le funzioni tecniche nel caso di affidamenti in house, qualora l’esecutore non sia una “società” ma un “organismo consortile”, chiarendo altresì se le funzioni svolte dal personale

dipendente dell'ente affidante nell'ambito del rapporto convenzionale con tale organismo siano conformi a quelle previste dall'art. 45 del d.lgs. 36/2023.

Al fine di esprimere avviso sulla questione posta, si osserva preliminarmente che il d.lgs. 36/2023 ha disciplinato la materia degli affidamenti *in house* all'art. 7, stabilendo al comma 1 che «Le pubbliche amministrazioni organizzano autonomamente l'esecuzione di lavori o la prestazione di beni e servizi attraverso l'auto-produzione, l'esternalizzazione e la cooperazione nel rispetto della disciplina del codice e del diritto dell'Unione europea» e aggiungendo al comma 2 che «Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti possono affidare direttamente a società *in house* lavori, servizi o forniture, nel rispetto dei principi di cui agli articoli 1, 2 e 3 [...]».

Si richiama inoltre l'Allegato I.1, del d.lgs. 36/2023, il quale all'art. 3, comma 1, lett. e), definisce l'affidamento *in house* 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».

A sua volta l'art. 12 della direttiva 24/2014/UE, cui rinvia la disposizione sopra richiamata, fa riferimento agli affidamenti effettuati «da un'amministrazione aggiudicatrice a una persona giuridica di diritto pubblico o di diritto privato» che, al ricorrere delle condizioni stabilite dalla norma medesima, non rientrano nell'ambito di applicazione della direttiva (analogamente dispongono l'art. 17 della direttiva 23/2014/UE e l'art. 28 della direttiva 25/2014/UE, richiamati nell'Allegato citato).

Come osservato dall'Autorità in materia, la società *in house* - al ricorrere dei presupposti e delle condizioni stabilite dall'art. 7 del Codice e dalle disposizioni delle direttive appalti e concessioni del 2014 sopra richiamate - 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, per cui non sussiste 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 AG3/2017/AP, AG17/2017/AP, parere Funz Cons 20/2023 e precedenti ivi richiamati riferiti anche alla disciplina dettata sul tema dal d.lgs. 50/2016, parere Funz Cons 36/2024).

Conformemente alle disposizioni sopra richiamate, pertanto, il modello "in house providing" si caratterizza per la mancanza di una concreta terzietà ed estraneità del soggetto affidatario dell'attività rispetto alla pubblica amministrazione affidante, con la conseguenza che, diversamente da quanto si verifica nel caso dell'esternalizzazione, il bene o il servizio può ritenersi prodotto/svolto da un organo interno all'amministrazione controllante: proprio tale circostanza fonda la natura peculiare della disciplina in materia di affidamento diretto alle società in house.

Dunque, in presenza delle condizioni legittimanti il ricorso a tale istituto, 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/organismo strumentale *in house* ma, come espressamente previsto dall'art. 7 citato, tale affidamento deve avvenire «nel rispetto dei principi di cui agli articoli 1, 2 e 3» (principio del risultato, principio della fiducia, principio dell'accesso al mercato).

Si aggiunga a quanto sopra che benché lo stesso art. 7 sia riferito espressamente, ai fini dell'affidamento diretto di beni e servizi, alle "società in house", l'art. 3, comma 1, lett. e) dell'Allegato I.1. del Codice, nel definire l'istituto in esame, chiarisce che detto affidamento può essere effettuato nei confronti di una persona giuridica di diritto pubblico o di diritto privato definita dal d.lgs. 175/2016, alle

condizioni fissate nelle direttive appalti e concessioni del 2014 (anch'esse riferite agli affidamenti effettuati nei confronti di "una persona giuridica di diritto pubblico o di diritto privato").

Tali norme non dettano disposizioni specifiche in base alla forma assunta dall'organismo *in house*, ma riferendosi genericamente alla "persona giuridica di diritto pubblico o di diritto privato" con riguardo al tale organismo (che può assumere forma di società, ma anche di associazione, fondazione, consorzio, secondo le indicazioni contenute nel "*Vademecum per le società in house nel nuovo Codice degli appalti e nel Testo Unico delle società partecipate*" del 27.05.2022) dispongono che ai fini del ricorso a tale modalità di affidamento, devono in ogni caso sussistere le condizioni legittimanti, come definite nelle direttive appalti e concessioni del 2014, cui rinvia il citato art. 3, del Codice.

Contrariamente a quanto affermato nell'istanza di parere, quindi, nell'ambito della disciplina dettata in materia di affidamenti *in house*, dal d.lgs. 36/2023 e dalle citate direttive, le compagini consortili non godono di un regime differenziato rispetto alle forme societarie ma valgono per esse le medesime condizioni di applicabilità dell'istituto, come fissate dalle norme richiamate.

Per quanto sopra, quindi, può richiamarsi anche per tali compagini l'avviso espresso dall'Autorità nel parere di funzione consultiva n. 36/2024, a tenore del quale, viste le peculiarità dell'affidamento *in house*, deve ritenersi non applicabile in tal caso la disciplina dettata dall'art. 45 del Codice in tema di incentivi.

Infatti, sebbene la previsione dell'art. 45 sia riferita alle "*procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture*" quindi dotata di maggiore portata applicativa rispetto all'art. 113 del previgente d.lgs. 50/2016 che circoscriveva la corresponsione di incentivi solo in caso di "gara" (parere Funz. Consultiva 54/2023) – per effetto della descritta peculiarità degli affidamenti *in house*, non appare consentito riconoscere in tal caso gli incentivi *de quibus*, alla luce del rapporto di immedesimazione organica rispetto all'ente dante causa e la conseguente assenza di terzietà della società/organismo *in house* che vale a qualificare tale istituto come vicenda endo-organizzativa, estranea allo schema tipico del contratto d'appalto, nel senso sopra indicato.

Occorre sottolineare inoltre che "l'incentivo assolve alla funzione di compensare il personale dipendente dell'amministrazione che abbia in concreto effettuato la redazione degli atti incentivabili ... La *ratio legis* è di favorire l'ottimale utilizzo delle professionalità interne ad ogni amministrazione e di assicurare un risparmio di spesa sugli oneri che l'amministrazione dovrebbe sostenere per affidare all'esterno gli incarichi" (pareri AG 22/2012 e AG 13/2010). Le forme di incentivazione per funzioni tecniche, "costituiscono eccezioni al generale principio della onnicomprensività del trattamento economico e pertanto possono essere riconosciuti solo per le attività espressamente e tassativamente previste dalla legge (Sezione regionale di controllo per la Puglia, deliberazioni n. 9/2018, n. 5/2017/PAR e n. 108/2017/PAR)" (parere Funz Cons 18/2023).

Dalla natura dell'affidamento *in house*, nonché dal tenore letterale delle disposizioni di riferimento e dalla *ratio* delle stesse – volte ad incentivare il personale interno alla stazione appaltante, con funzione premiale per l'espletamento di servizi propri dell'ufficio pubblico e di risparmio della spesa pubblica nei casi espressamente previsti dall'art. 45 del Codice – sembra pertanto esclusa la possibilità di riconoscere l'incentivo per funzioni tecniche, ivi disciplinato, nel caso di affidamento *in house* ex art. 7 del d.lgs. 36/2023 nei confronti del personale dell'ente richiedente, trattandosi di un affidamento diretto di beni e servizi nei confronti di un organismo consortile secondo lo schema dell'*in house*, nei termini sopra descritti.

Sulla base delle considerazioni che precedono, si rimette, pertanto, a codesta Agenzia 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.