

NEWSLETTER

n. 03/2021



**Osservatorio
Regionale**

CONTRATTI PUBBLICI

Sezione Raccordo al sistema regionale

Dirigente: Nicola LOPANE

Bari, 24/05/2021

**Autore: Avv. Valeria CITARELLA
Responsabile P.O. Affari Legali**

In questo numero:

Indicazioni in materia di affidamenti *in house* di contratti aventi ad oggetto servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza.



Indicazioni in materia di affidamenti *in house* di contratti aventi ad oggetto servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza.

Articolo 192, comma 2, del decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50 e s.m.i..

Il tema degli affidamenti *in house providing*, come noto, coinvolge da anni gli operatori in un dibattito interpretativo che l'evoluzione della giurisprudenza ha via via delineato, prediligendo in ogni caso la tutela del principio comunitario della libera concorrenza di servizi.

Il dibattito è quantomai attuale perché ravvivato proprio dalla recente consultazione *on line* attivata dall'ANAC - coinvolgendo le amministrazioni, gli operatori e le stesse società *in house* - al fine di redigere un documento contenente Linee Guida in materia, con un approccio apparentemente restrittivo in merito alle opzioni di ricorso a tale tipo di affidamento.

Nelle more dell'adozione delle richiamate Linee Guida, si forniscono di seguito indicazioni teoriche e operative finalizzate a valutare la sussistenza delle condizioni richieste dalla normativa per l'affidamento diretto alle società *in house* della Regione e, quindi, orientare i R.U.P. regionali nell'elaborazione della motivazione rafforzata richiesta dalla normativa in vigore, anche alla luce delle indicazioni pur non definitive dell'Autorità e della giurisprudenza più recente in materia.

Tali indicazioni valgono ad aggiornare parzialmente e integrare quelle fornite con la precedente nota AOO_175 prot. n. 1083 del 15/11/2016 della Segreteria Generale della Presidenza, che si allega alla presente per facilitarne la lettura, con particolare riferimento alla parte relativa all'elenco delle amministrazioni aggiudicatrici che operano affidamenti *in house*, nelle more istituito presso l'ANAC ai sensi dell'art. 192, co. 1, D.Lgs. n. 50/2016 (vedi par. 1), e per l'approfondimento aggiornato in materia di valutazione e motivazione dell'affidamento interorganico di servizi disponibili sul mercato, ai sensi del terzo comma dell'art. 192, D.Lgs. n. 50/2016.

Giova a tal proposito premettere che la preferenza sancita dall'ordinamento interno per gli affidamenti con gara di appalto rispetto a quelli *in house* è stata di recente definitivamente ritenuta non contrastante con il diritto dell'Unione Europea, oltre che legittima dal punto di vista costituzionale: da una parte, la Corte di Giustizia ha affermato la compatibilità con il diritto

comunitario della previsione da parte degli ordinamenti interni di condizioni cui subordinare il ricorso all'autoproduzione¹; dall'altra parte, la Corte Costituzionale, nell'affermare l'infondatezza delle questioni di illegittimità costituzionale dell'articolo 192, comma 2, D.Lgs. n. 50/2016 in relazione all'art. 76 della Costituzione² e all'art. 1, co. 1, lett. a) ed eee), L. n. 11/2016³, ha osservato che detta disposizione «è espressione di una linea restrittiva del ricorso all'affidamento diretto che è costante nel nostro ordinamento da oltre dieci anni, che costituisce la risposta all'abuso di tale istituto da parte delle amministrazioni nazionali e locali» e che «risponde agli interessi costituzionalmente tutelati della trasparenza amministrativa e della tutela della concorrenza»⁴.

La subordinazione del modello di affidamento *in house* rispetto al ricorso al mercato è disposta dall'art. 192, co. 2, D.Lgs. n. 50/2016 richiamato che, come osservato dalla giurisprudenza più recente, «colloca senz'altro gli affidamenti *in house* su un piano subordinato ed eccezionale rispetto agli affidamenti tramite gara di appalto:

i) consentendo tali affidamenti soltanto in caso di dimostrato fallimento del mercato rilevante, nonché
ii) imponendo comunque all'amministrazione che intenda operare un affidamento in regime di delegazione interorganica di fornire una specifica motivazione circa i benefici per la collettività connessi a tale forma di affidamento»⁵.

Si ricorda che, nell'ottica del Codice dei contratti pubblici, l'affidamento *in house* viene in rilievo come motivo di deroga alla disciplina delle gare: l'art. 192, D.Lgs. n. 50/2016 - che detta un "Regime speciale degli affidamenti *in house*" disciplinando un meccanismo di controllo affidato all'ANAC (co. 1) e procedimentalizzando il ricorso alla modalità di affidamento derogatoria (co. 2) - va letto in combinato disposto con il precedente art. 5, che si occupa di individuare i limiti entro i quali la deroga è ammessa, definendo i requisiti in presenza dei quali una società si qualifica come *in house* (art. 5, D.Lgs. n. 50/2016, commi da 1 a 5).

La stessa disposizione (commi da 6 a 8) codifica e disciplina una ulteriore causa di esclusione dall'ambito di applicazione del Codice dei Contratti, quella degli accordi tra amministrazioni

1 Vedi l'ordinanza 6/02/2020 nelle cause riunite C-89/19, C-90/19 e C-91/19: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62019CO0089&from=EN>

2 "L'esercizio della funzione legislativa non può essere delegato al Governo se non con determinazione di principi e criteri direttivi e soltanto per tempo limitato e per oggetti definiti", art. 76 Cost.

3 Recante "Deleghe al Governo per l'attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture

4 Vedi la sentenza n. 100/2020.

5 Così, Consiglio di Stato, Sez. V, ordinanza n. 138/2019; [Tar Lombardia, Brescia, Sez. I, 23/03/2021, n. 280](#); in termini anche Consiglio di Stato, Sez. III, sentenza n. 1564/2020 e 2102/2021.

aggiudicatrici per la gestione di servizi pubblici. Si tratta di un istituto diverso e ulteriore rispetto all'affidamento *in house* che, come questo, non soggiace alla normativa codicistica e comporta il mancato ricorso al mercato, in presenza delle condizioni stabilite⁶.

1. L'ELENCO DELLE AMMINISTRAZIONI AGGIUDICATRICI E DEGLI ENTI AGGIUDICATORI CHE OPERANO AFFIDAMENTI *IN HOUSE*.

Come accennato, l'art. 192, al primo comma, del Codice dei contratti pubblici ha istituito presso l'ANAC l'elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società *in house*. L'iscrizione in tale elenco, necessaria perché possano essere effettuati affidamenti diretti dei contratti all'ente strumentale, è stata richiesta e ottenuta dalla Regione Puglia per le seguenti Società:

InnovaPuglia S.p.a.;

Puglia Sviluppo S.p.a.;

Fondazione IPRES - Istituto Pugliese di Ricerche Economiche e Sociali.

2. IL PROCEDIMENTO PREVISTO ALL'ART. 192, CO. 2, D.LGS. N. 50/2016.

L'art. 192, co. 2, D.Lgs. n. 50/2016, richiede alle stazioni appaltanti di adottare una **motivazione rafforzata** ove optino per l'affidamento diretto a società *in house*, prevedendo che «*Ai fini dell'affidamento in house di un contratto avente ad oggetto servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza, le stazioni appaltanti effettuano preventivamente la valutazione sulla congruità economica dell'offerta dei soggetti in house, avuto riguardo all'oggetto e al valore della prestazione, dando conto nella motivazione del provvedimento di affidamento delle ragioni del mancato ricorso al mercato, nonché dei benefici per la collettività della forma di gestione prescelta, anche con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche*».

⁶ Art. 5, co. 6, D.Lgs. n. 50/2016: "Un accordo concluso esclusivamente tra due o più amministrazioni aggiudicatrici non rientra nell'ambito di applicazione del presente codice, quando sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni:

a) l'accordo stabilisce o realizza una cooperazione tra le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori partecipanti, finalizzata a garantire che i servizi pubblici che essi sono tenuti a svolgere siano prestati nell'ottica di conseguire gli obiettivi che essi hanno in comune;

b) l'attuazione di tale cooperazione è retta esclusivamente da considerazioni inerenti all'interesse pubblico;

c) le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori partecipanti svolgono sul mercato aperto meno del 20 per cento delle attività interessate dalla cooperazione".

2.1 AMBITO OGGETTIVO DI APPLICAZIONE.

L'art. 192, co. 2, D.Lgs. n. 50/2016, fa espressamente ed esclusivamente riferimento ai «*servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza*».

L'interpretazione letterale e restrittiva della disposizione, necessaria in considerazione del suo carattere derogatorio, induce a ritenere la norma applicabile ai soli servizi presenti sul mercato in regime di concorrenza, con esclusione dei lavori e delle forniture.

L'applicazione della disposizione deve, pertanto, certamente intendersi riferita ai servizi aventi ad oggetto le attività consentite alle società *in house* dall'art. 4, co. 2, D.Lgs. n. 175/2016 (*Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica*), quando e purché siano presenti sul mercato in regime di concorrenza e, in particolare:

- a) ai servizi di interesse economico generale (quei servizi di interesse generale erogati o erogabili dietro corrispettivo economico sul mercato);
- b) ai servizi strumentali all'ente o agli enti pubblici partecipanti o allo svolgimento delle loro funzioni;
- c) ai servizi di committenza, ivi incluse le attività di committenza ausiliarie, apprestati a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici (mentre gli affidamenti aventi ad oggetto le attività di committenza ausiliarie di cui all'art. 3, comma 1, lett. m), punto 4, D.Lgs. 50/2016 - *gestione delle procedure di appalto in nome e per conto della stazione appaltante interessata* - dovrebbero ritenersi esclusi dall'ambito di applicazione della disposizione, in quanto tali attività sono affidate alle centrali di committenza dall'art. 39, co. 2, D.Lgs. n. 50/2016 e, quindi, sottratte al mercato e all'applicazione della normativa codicistica).

Ne deriva che l'istruttoria e l'onere di motivazione rafforzati previsti dalla disposizione di cui all'art. 192, co. 2, D.Lgs. n. 50/2016, sono necessari nelle seguenti ipotesi, da considerare cumulativamente:

- il servizio da affidare rientra tra quelli di cui alle lett. a), b) o c) sopra indicate;
- il servizio è presente sul mercato in regime di concorrenza.

Si rileva che l'ANAC sembra voler includere nell'ambito di applicazione della disposizione anche le fattispecie in cui il servizio sia presente sul mercato in regime di monopolio e oligopolio, con la conseguenza che, anche in queste ipotesi, l'affidamento diretto alla società *in house* dovrebbe essere valutato e motivato secondo quanto stabilito dall'art. 192, co. 2, richiamato.

2.2 L'ISTRUTTORIA E LA MOTIVAZIONE.

Una volta verificate le condizioni per l'applicazione dell'art. 192, co. 2, D.Lgs. n. 50/2016, la disposizione in commento richiede alla stazione appaltante di valutare e motivare il mancato ricorso

al mercato, con riferimento:

a) alla *congruità economica dell'offerta dei soggetti in house, avuto riguardo all'oggetto e al valore della prestazione;*

b) ai *benefici per la collettività della forma di gestione prescelta, anche con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche.*

Di questi aspetti la stazione appaltante dovrà dare adeguatamente conto nella motivazione del provvedimento di affidamento, dimostrando come l'opzione per l'affidamento *in house* sia stata effettuata soltanto all'esito della richiamata valutazione, che dev'essere "concreta, riscontrabile, intellegibile e pregnante sui profili della convenienza, non solo economica, della scelta"⁷.

2.2.a La congruità economica dell'offerta.

La convenienza⁸ dei servizi offerti *in house* deve essere valutata in termini economici e qualitativi, in rapporto agli stessi servizi reperibili sul mercato⁹. La valutazione, pertanto, non deve guardare al prezzo del servizio in termini assoluti, ma in rapporto alla qualità della prestazione.

Per la valutazione del servizio in termini economici, l'ANAC, nella richiamata bozza di Linee Guida, suggerisce di prendere in considerazione i prezzi di riferimento elaborati dall'Autorità, i prezzi delle convenzioni Consip, gli elenchi di prezzi definiti mediante l'utilizzo di prezzari ufficiali, i prezzi medi risultanti da gare bandite per l'affidamento di servizi identici o analoghi oppure, ove possibile, il costo del servizio determinato tenendo conto di tutti i costi necessari alla produzione (costi del personale, delle materie prime, degli ammortamenti, costi generali imputabili per quota) o di ricorrere a un'indagine di mercato¹⁰.

Una recente sentenza del Consiglio di Stato¹¹, ha comunque chiarito che "la congruità dell'attività istruttoria posta in essere dall'Amministrazione deve essere valutata caso per caso, non potendo escludersi la possibilità (recte, legittimità) di un modus procedendi che non si traduca nell'effettuazione di specifiche indagini di mercato e/o di tipo comparativo, laddove sussistano plausibili, dimostrabili e

7 Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza n. 1900/2016.

8 Il Consiglio di Stato, sentenza n. 681/2020, ha escluso la legittimità del provvedimento di affidamento *in house* ove non sia dimostrata la valutazione della convenienza economica dell'affidamento *in house* del servizio rispetto alla esternalizzazione dello stesso.

9 Corte dei Conti, audizione nell'ambito dell'attività conoscitiva sul codice degli appalti (aprile 2019): <https://www.corteconti.it/HOME/Documenti/DettaglioDocumenti?Id=373425a6-9f8a-4b83-84c3-0941832d754c>

10 La necessità di effettuare una indagine di mercato "condotta facendo riferimento a contesti paragonabili" è stata affermata dalla recente sentenza del Tar Lombardia, Brescia, Sez. I, 23/03/2021, n. 280.

11 Consiglio di Stato, Sez. III, sentenza n. 2102/2021.

motivate ragioni, insite nell'affidamento del servizio all'organismo in house, per ritenere che l'affidamento mediante gara non garantisce (non, quantomeno nella stessa misura dell'affidamento diretto) il raggiungimento degli obiettivi prefissati". Anche tali circostanze, evidentemente, devono essere "dimostrabili e motivate".

2.2.b I benefici per la collettività della forma di gestione prescelta.

Oltre alla convenienza economica dell'affidamento *in house*, la stazione appaltante è chiamata a valutare e motivare le "ragioni del mancato ricorso al mercato" e in ordine ai "benefici per la collettività conseguibili mediante tale modalità di affidamento in rapporto a quelli perseguibili con il ricorso al mercato", avendo riguardo agli obiettivi di "universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche".

Sono questi i criteri attraverso i quali la stazione appaltante dimostra, in rapporto al servizio oggetto di affidamento, il "fallimento del mercato": i vantaggi che consentono di preferire *l'in house* devono essere tali da non poter essere ottenuti anche sul mercato.

Come rilevato dalla sentenza del Consiglio di Stato n. 2102/2021 già richiamata, "la motivazione sottesa all'opzione internalizzante è idonea a dare conto ad un tempo delle ragioni del mancato ricorso al mercato e dei benefici per la collettività attesi dal modello *in house*". Per queste ragioni, la sentenza chiarisce che la motivazione possa assumere "carattere unitario". In altre parole, le ragioni del mancato ricorso al mercato sono motivate e rivengono direttamente dai benefici dell'affidamento *in house*, dei quali si richiede una descrizione dettagliata.

Si suggerisce a tal fine di distinguere tra i diversi criteri stabiliti dalla disposizione, declinandoli come segue, anche tenendo conto delle indicazioni fornite dalla bozza delle Linee Guida di ANAC:

- universalità e socialità, come uguaglianza di comportamento nei confronti di tutti gli utenti, imparzialità in termini di accessibilità fisica ed economica, continuità nell'erogazione dei servizi pubblici;
- efficienza, nei consueti termini di confronto tra le risorse disponibili e i risultati attesi;
- economicità, attraverso il raggiungimento di economie di scala/l'ottimizzazione dei risultati in relazione ai mezzi a disposizione;
- qualità del servizio, con riferimento alla tipologia, alla modalità e ai tempi di svolgimento definiti nel contratto di servizio (la cui bozza deve essere allegata alla determina di affidamento, comportando "l'assenza del contratto una presuntiva mancanza di stima e comparazione preventiva dei costi e della qualità del servizio prodotto *in house* rispetto a qualità e costi offerti dal mercato per la stessa tipologia di

servizi"¹²).

Come è evidente, l'ottimale impiego delle risorse pubbliche è un portato della adeguata valutazione dei richiamati criteri.

3.TRASPARENZA.

Dell'iter valutativo effettuato dalla stazione appaltante è assicurata la massima trasparenza attraverso la previsione della pubblicazione di tutti gli atti relativi agli affidamenti *in house* sul profilo del committente, ai sensi dell'art. 192, co. 3, D.Lgs. n. 50/2016: "*Sul profilo del committente nella sezione Amministrazione trasparente sono pubblicati e aggiornati, in conformità alle disposizioni di cui al [decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33](#), in formato open-data, tutti gli atti connessi all'affidamento degli appalti pubblici e dei contratti di concessione tra enti nell'ambito del settore pubblico, ove non secretati ai sensi dell'[articolo 162](#)".*

Ne deriva che gli atti e i dati connessi agli affidamenti *in house* soggiacciono al rispetto degli obblighi di pubblicità e trasparenza di cui all'art. 37, D.Lgs. n. 33/2013¹³.

12 Corte dei Conti, audizione nell'ambito dell'attività conoscitiva sul codice degli appalti (aprile 2019) già richiamata.
13 Per i quali si rinvia alla nota AOO_175, prot. n. 3897 del 29/12/2020 circolarizzata dalla Segreteria Generale della Presidenza - Sezione Affari Istituzionali e Giuridici.



Regione Puglia
Segreteria Generale del Presidente

AOO_175/PROT
15/11/2016 - 0001083
Prot. - Uscita - Regione, Registro di Protocollo

Ai Direttori dei Dipartimenti

Oggetto: Acquisizione di servizi da parte delle Agenzie regionali e degli Organismi *in house*.

Come è noto, la Regione, nello svolgimento delle proprie attività istituzionali, si avvale di proprie **Agenzie** – enti di diritto pubblico istituiti con legge regionale – quali l’Agenzia sanitaria regionale – ARES-, l’Agenzia regionale per la tecnologia e l’innovazione –ARTI-, l’Agenzia regionale per la mobilità – AREM-, le Agenzie regionali per la casa e l’abitare –ARCA-, l’Agenzia regionale per il diritto allo studio universitario –ADISU-, l’Agenzia regionale del turismo –ARET-, l’Agenzia regionale per la prevenzione e protezione dell’ambiente –ARPA-, l’Agenzia regionale per le attività irrigue e forestali –ARIF- e di **altri Organismi *in house***, quali InnovaPuglia S.p.A., PugliaSviluppo S.p.A. e l’Istituto pugliese di ricerca economica e sociale –IPRES-, istituto di ricerca partecipato dalla Regione, nonché da altri enti amministrativi locali.

Le Agenzie e gli Organismi *in house* sopra indicati operano nell’ambito dei compiti e delle funzioni demandate dalla Regione.

Gli istituti giuridici dell’affidamento diretto (c.d. affidamento *in house*) e delle convenzioni pubblicistiche (c.d. cooperazione tra amministrazioni aggiudicatrici) sono stati di recente oggetto di interventi normativi a livello nazionale (in particolare, ci si riferisce al D.lgs. n. 50 del 2016 o nuovo codice dei contratti pubblici che recepisce le direttive europee n. 2014/24 per gli appalti nei settori ordinari, n. 2014/23 per le concessioni e n. 2014/25 per gli appalti nei settori special), pertanto, alla luce del mutato contesto normativo di riferimento e, nell’esecuzione delle funzioni previste dalla disciplina anticorruzione nonché dal Piano Anticorruzione adottato dalla Regione, si rende opportuno fornire dei primi chiarimenti affinché si possa continuare a ricorrere a tali istituti in piena coerenza e conformità ai principi ed alle norme del nuovo codice dei contratti pubblici in funzione della tutela della concorrenza e della prevenzione dei fenomeni corruttivi.

L’affidamento *in house*

www.regione.puglia.it

Lungomare N. Sauro, 31/33 Tel. 080.5406949
mail: segreteria generale presidente@regione.puglia.it
pec: segreteria generale presidente@pec.rupar.puglia.it



La disciplina dell'**affidamento in house** è oggi contenuta negli artt. 5 e 192 del nuovo codice dei contratti pubblici, nonché negli artt. 4 e 16 del D.lgs. n. 175/2016 o "*Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica*" per le sole società *in house*¹.

In particolare, l'art. 5, comma 1, precisa che le concessioni e gli appalti pubblici (sia nei settori ordinari che in quelli speciali) aggiudicati a una persona giuridica di diritto pubblico o di diritto privato² non rientrano nell'ambito di applicazione del nuovo codice dei contratti pubblici ove siano soddisfatte le condizioni di cui alle lettere a), b) e c), e nello specifico il requisito:

- a) del **controllo analogo** esercitato da un'amministrazione aggiudicatrice o un ente aggiudicatore (affidante) sulla persona giuridica (affidataria): ai sensi del comma 2 dell'art. 5 del nuovo codice dei contratti pubblici sussiste "controllo analogo" qualora l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore eserciti sulla persona giuridica affidataria *in house* un'influenza determinante, sia sugli obiettivi strategici, che sulle decisioni significative;
- b) dell'**attività prevalente**: 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 un ente aggiudicatore, nonché da altre persone giuridiche controllate dall'amministrazione aggiudicatrice³;

¹ Al riguardo, si fa presente che l'**art. 4 del Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica** specifica che, nei limiti indicati, le amministrazioni pubbliche possono costituire società e acquisire o mantenere partecipazioni in società esclusivamente per lo svolgimento delle attività previste dal comma 2 del medesimo art. 4, individuando, tra l'altro, al successivo comma 4 l'oggetto sociale esclusivo delle società *in house* (l'attività di produzione di un servizio di interesse generale; di progettazione e realizzazione di un'opera pubblica sulla base di un accordo di programma tra amministrazioni pubbliche ex art. 193 D.lgs. n. 50/2016, di autoproduzione di beni o servizi strumentali all'ente o agli enti pubblici partecipanti), nel rispetto della normativa in materia di appalti pubblici; servizi di committenza secondo quanto indicato dalle lettere a), b), d) ed e) del comma 2 del medesimo art. 4). Inoltre, l'art. 4, comma 4, nello stabilire che le società *in house* operano in via prevalente con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti fa salva l'applicazione della normativa contenuta nell'**art. 16 del Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica** rubricato "*Società in house*", norma che indica, in coerenza con quanto previsto dall'art. 5 comma 1 del nuovo codice dei contratti pubblici, le condizioni in presenza delle quali è possibile per le società *in house* ricevere affidamenti diretti di contratti pubblici dalle pubbliche amministrazioni.

² Recependo i contenuti delle già citate direttive europee, l'art. 5, comma 1, ha determinato un ampliamento dei confini dell'*in house* ricomprendendo, oltre alle società, anche gli enti pubblici come le aziende speciali di cui all'art. 114 D.lgs. n. 267/2000.

³ Per determinare tale percentuale, ai sensi dell'art. 5, comma 7, del nuovo codice dei contratti pubblici, occorre far riferimento al "*fatturato totale medio, o una idonea misura alternativa basata sull'attività, quale i costi sostenuti dalla persona giuridica o amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore nei settori dei servizi, delle forniture e dei lavori per i tre anni precedenti l'aggiudicazione dell'appalto o della concessione*".



- c) della **totale partecipazione pubblica** ossia dell'assenza nella persona giuridica controllata di alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione "che non comportano controllo o potere di veto e che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata".

Pertanto, ai fini dell'operatività del modello di affidamento *in house*, ai sensi della normativa sopra indicata, si rende necessario il rispetto delle citate condizioni e, dunque:

- a) l'esercizio da parte della Regione sulla persona giuridica di un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi;
- b) che oltre l'80 per cento delle attività della persona giuridica controllata sia effettuata nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dalla Regione;
- c) che nella persona giuridica controllata non vi sia alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati, come indicato nella lettera c) del precedente capoverso del presente documento.

Risultando tutte le suddette condizioni pienamente soddisfatte, si può ritenere che sia consentito, sulla base della intervenuta disciplina, valutare la possibilità di ricorrere al modello di affidamento sopra descritto, purché siano al contempo rispettati i presupposti indicati dal menzionato art. 192.

Si rammenta, infatti, che, in base all'art. 192, comma 2, D.lgs. n. 50 del 2016, nel caso in cui l'affidamento *in house* riguardi un contratto avente ad oggetto servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza, la Regione in qualità di stazione appaltante dovrà preventivamente effettuare "la *valutazione sulla congruità economica dell'offerta dei soggetti in house, avuto riguardo all'oggetto e al valore della prestazione, dando conto nella motivazione del provvedimento di affidamento delle ragioni del mancato ricorso al mercato, nonché dei benefici per la collettività della forma di gestione prescelta, anche con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche*".

L'art. 192 co. 2, costituisce applicazione dei più generali principi di cui all'art. 4 D.lgs. n. 50 del 2016 ed ha semplicemente positivizzato il contenuto e la motivazione del provvedimento di affidamento *in house* enucleati nel tempo dalla giurisprudenza. Pertanto, ai sensi dell'art. 192, co.2, che la Struttura regionale interessata sarà tenuta a valutare preventivamente e, conseguentemente, a dimostrare che la scelta dell'affidamento *in house*, preferita rispetto al ricorso al mercato, sia



supportata da ragioni di convenienza non solo sotto il profilo dei benefici per la collettività ma anche "con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio"⁴.

Con riferimento agli specifici adempimenti di cui al comma 1 dell'art. 192 relativi all'iscrizione nell'elenco che verrà istituito presso l'ANAC delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società *in house* di cui all'art. 5 del nuovo codice dei contratti pubblici, si rinvia al Comunicato del Presidente dell'ANAC del 3 agosto 2016 che ha chiarito, in conformità con quanto previsto dal citato comma 1 dell'art. 192, come la suddetta iscrizione avvenga dopo che sia stata riscontrata l'esistenza delle condizioni normativamente previste, secondo le modalità ed i criteri che l'ANAC definirà con proprio atto.

Orbene, nelle more di tale emanazione, tenuto conto dell'efficacia non costitutiva, ma meramente dichiarativa dell'iscrizione⁵, l'affidamento diretto può essere effettuato, sotto la propria responsabilità, dalle amministrazioni aggiudicatrici (i) in presenza dei presupposti legittimanti il ricorso a tale modello, contenuti, come già evidenziato, nell'ambito dell'art. 5 del D.lgs. n. 50 del 2016 e (ii) nel rispetto delle prescrizioni di cui ai commi 2 e 3 dell'art. 192, a prescindere dall'inoltro della domanda di iscrizione.

Difatti, chiarisce il Presidente dell'ANAC con il citato Comunicato che *"in un'ottica sistematica, deve infatti ritenersi che la previsione dell'art. 192, comma 1, (secondo cui la domanda di iscrizione consente alle amministrazioni di procedere ad effettuare affidamenti diretti all'ente strumentale),*

⁴ In tal senso, si veda la sentenza del TAR Lombardia, Sezione III, n. 1781/2016 che ha disposto: "come ha avuto modo di evidenziare il Consiglio di Stato nell'Adunanza della Commissione speciale sullo schema di decreto legislativo recante il Codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione (parere n. 855 del 1° aprile 2016) "si tratta di un onere motivazionale rafforzato, che consente un penetrante controllo della scelta effettuata dall'Amministrazione, anzitutto sul piano dell'efficienza amministrativa e del razionale impiego delle risorse pubbliche". Ciò a testimonianza di una linea di tendenza dell'ordinamento che, pur ammettendo quale forma di gestione dei servizi pubblici l'affidamento diretto alla società *in house*, richiede la dimostrazione che tale scelta, preferita rispetto a quelle del ricorso al mercato, sia supportata da ragioni di convenienza sotto il profilo dei benefici per la collettività. [...] Invero non è sufficiente a fornire valutazioni concrete l'apodittica e teorica affermazione che "il modello *in house* offre garanzie identiche ai diversi modelli della gara e della società mista". Ciò infatti è il presupposto nell'ambito del quale va compiuta la scelta discrezionale, che, proprio in quanto tale, deve essere congruamente motivata. Proprio perché i teorici modelli gestionali offrono identiche garanzie, è necessario che gli enti coinvolti esplicitino le ragioni della scelta dell'uno o dell'altro "con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio".

⁵ Cfr. Parere del Consiglio di Stato del 1° aprile 2016 n. 855.

www.regione.puglia.it

Lungomare N. Sauro, 31/33 Tel. 080.5406949
mail: segreteria generale presidente@regione.puglia.it
pec: segreteria generale presidente@pec.rupar.puglia.it



presupponga l'istituzione dell'elenco e l'adozione dell'atto dell'Autorità e, conseguentemente, che la disposizione non valga a istituire, nel diverso attuale contesto, la pregiudizialità dell'inoltro della domanda rispetto alla possibilità di effettuare affidamenti in house". Pertanto, "le domande di iscrizione all'elenco potranno essere inoltrate dopo l'adozione dell'atto dell'Autorità, coerentemente con i criteri e le modalità in esso definite".

Sulla necessità delle verifiche e delle valutazioni di cui al comma 2 dell'art. 192, si rinvia a quanto sopra riportato mentre, per quel che concerne gli adempimenti di cui al comma 3 dell'art. 192, richiamati dal Comunicato sopra indicato, si fa presente che saranno pubblicati ed aggiornati sul profilo del committente nella sezione "Amministrazione trasparente", in conformità alle disposizioni di cui al D.lgs. n. 33/2013, in formato *open-data*, tutti gli atti connessi all'affidamento degli appalti pubblici e dei contratti di concessione tra enti nell'ambito del settore pubblico, ove non secretati ai sensi dell'art. 162 D.lgs. n. 50/2016.

A tale riguardo le Strutture regionali interessate, nelle more dell'avvio del sistema di alimentazione automatica del sito mediante CIFRA 2, dovranno provvedere a trasmettere ad InnovaPuglia (portale.istituzionale@innova.puglia.it) in formato *open-data*, tutti gli atti connessi all'affidamento diretto, ove non secretati ai sensi dell'art. 162 D.lgs. n. 50/2016, affinché siano pubblicati nel profilo committente.

Cooperazione tra amministrazioni aggiudicatrici (c.d. partenariato pubblico – pubblico)

In secondo luogo, si segnala che, oltre allo strumento dell'affidamento diretto (*in house*) sopra descritto, lo stesso art. 5, comma 6, del D.lgs. n. 50/2016 prevede la possibilità per le amministrazioni aggiudicatrici (ossia "le amministrazioni dello Stato; gli enti pubblici territoriali; gli altri enti pubblici non economici; gli organismi di diritto pubblico; le associazioni, unioni, consorzi, comunque denominati, costituiti da detti soggetti") di utilizzare i c.d. moduli consensuali di partenariato pubblico – pubblico per realizzare forme di cooperazione volte a garantire servizi pubblici.

Quest'ultima disposizione prevede, infatti, che siano esclusi dal campo di applicazione del D.lgs. n. 50 del 2016 gli accordi conclusi esclusivamente tra amministrazioni aggiudicatrici posti in essere per garantire che i servizi pubblici, che esse sono tenuti a svolgere, siano prestati nell'ottica di conseguire gli obiettivi che esse stesse hanno in comune realizzando, in tal modo, una cooperazione tra le amministrazioni stesse o gli enti aggiudicatori partecipanti. Accanto a tale prima condizione (prestazione di servizi pubblici per perseguire obiettivi comuni), la norma prevede, inoltre, che

www.regione.puglia.it

Lungomare N. Sauro, 31/33 Tel. 080.5406949
mail: segreteria generale presidente@regione.puglia.it
pec: segreteria generale presidente@pec.rupar.puglia.it



l'attuazione di tale cooperazione sia retta esclusivamente da considerazioni inerenti all'interesse pubblico e che le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori partecipanti svolgano sul mercato aperto meno del 20 per cento delle attività interessate dalla cooperazione.

Si rammenta che la possibilità di ricorrere allo strumento convenzionale è contemplata in generale nel nostro ordinamento dall'art. 15 della Legge n. 241 del 1990, come forma reciproca di collaborazione tra Amministrazioni pubbliche per coordinare "l'esercizio di funzioni proprie in vista del conseguimento di un risultato comune in modo complementare e sinergico"⁶

Pertanto, sulla base di tale disposizione, nonché in considerazione della interpretazione elaborata dal Consiglio di Stato⁷, è possibile ritenere che anche quest'ultimo strumento possa essere utilmente utilizzato dalle strutture regionali, ricorrendone naturalmente i presupposti di legge.

Nello specifico, considerata l'attuale realtà regionale, lo strumento dell'accordo di partenariato sembrerebbe confacente a regolare i rapporti tra la Regione e le Agenzie attese l'attribuzione a queste ultime, spesso disposta con legge regionale, di attività, compiti e funzioni di interesse comune con la Regione⁸.

In conclusione, si rileva che, laddove non si verta in nessuna delle ipotesi sopra richiamate (affidamento *in house* ovvero accordo di partenariato pubblico – pubblico) ovvero non sia possibile ricorrervi, per quanto sopra indicato o perché il ricorso a tali istituti è limitato o escluso da disposizioni di legge anche in considerazione del tipo di attività che si intende assegnare⁹, troveranno applicazione le disposizioni di cui al nuovo codice dei contratti pubblici con necessità di rivolgersi al mercato per acquisire i servizi necessari nel rispetto dei principi e delle norme a tutela della concorrenza e del mercato.

La Dirigente della Sezione
Affari Istituzionali e Giuridici
Silvia Piemonte

Il Segretario Generale
Roberto VENNARI

⁶ Cfr. M.LCHIMENTI "Nuovo diritto degli appalti e Linee guida ANAC", Roma, 2016, 100 e ss. Che richiama Cass. Civ. 13 luglio 2006, n. 15893.

⁷ Consiglio di Stato, Sezione II, Adunanza dell'11 marzo 2015 n. 1178.

⁸ Corte di Giustizia europea Grande Sezione, 19 dicembre 2012 n. C159/11.

⁹ In tal senso rileva, a titolo esemplificativo, l'art. 4 del Testo unico in materia di partecipazioni pubbliche che circoscrive l'ambito oggettivo delle società *in house*, nonché le particolari disposizioni relative a specifici servizi contenute nell'ambito del nuovo codice dei contratti pubblici (e.g. artt. 6-20 concernenti, a titolo esemplificativo, i servizi alberghieri, ristorazione, investigativi, postali).

Newsletter n. 03/2021

La presente *newsletter*, ad uso interno, si inserisce in un percorso finalizzato alla formazione e aggiornamento dei R.U.P. della Regione Puglia operanti nell'ambito dei contratti pubblici. Il contenuto della *newsletter* è tutelato dalla Legge 22 aprile 1941. n.633, per cui non è pubblicabile, neanche parzialmente, da terzi se l'autore non lo consente esplicitamente previa richiesta formale. In ogni caso il riassunto, la citazione o la riproduzione del contenuto della presente *newsletter* debbono essere sempre accompagnati dalla menzione del numero della *newsletter*, del titolo dell'opera, del nome dell'autore e della struttura regionale in cui è incardinato.

Le precedenti *newsletter* sono liberamente accessibili nella pagina web dell'Osservatorio regionale:
<http://old.regione.puglia.it/web/osservatorio-contratti-pubblici/pubblicazioni>



REGIONE PUGLIA
Sezione Raccordo al sistema regionale
Via G. Gentile n. 52, Bari