



LINEE GUIDA N°....

Recanti «Indicazioni in materia di affidamenti in house di contratti aventi ad oggetto servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza ai sensi dell'articolo 192, comma 2, del decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50 e s.m.i.»

Relazione Illustrativa

SOMMARIO

RELAZIONE ILLUSTRATIVA	2
PREMESSA	4
1. IL QUADRO NORMATIVO DI RIFERIMENTO	4
2. GLI AFFIDAMENTI IN HOUSE NELLA PRASSI APPLICATIVA	8
3. OBIETTIVO DELL'INTERVENTO	10
4. AMBITO OGGETTIVO DI APPLICAZIONE	11
5. LA MOTIVAZIONE DELLE RAGIONI DEL MANCATO RICORSO AL MERCATO	12
6. LE VALUTAZIONI RIMESSE ALLA STAZIONE APPALTANTE	13
6.1 LA VALUTAZIONE SULLA CONGRUITÀ ECONOMICA DELL'OFFERTA DELLA SOCIETÀ IN HOUSE	13
6.2 LA VALUTAZIONE DEI BENEFICI PER LA COLLETTIVITÀ DELLA FORMA DI GESTIONE PRESCELTA	14
7. LE CONSEGUENZE DELL'OMISSIONE O DELLA NON CORRETTA VALUTAZIONE DA PARTE DELLA STAZIONE APPALTANTE	15

Premessa

1. Il quadro normativo di riferimento

L'articolo 192, comma 2, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (di seguito codice dei contratti pubblici) stabilisce 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».

Le disposizioni del Codice vanno coordinate con le previsioni del decreto legislativo 175/2016 e, in particolare, con l'articolo 4, che individua le finalità perseguibili mediante l'acquisizione e la gestione di partecipazioni pubbliche e con l'articolo 16 che reca la disciplina delle società in house.

L'articolo 4, comma 4, del citato decreto stabilisce che le società in house hanno come oggetto sociale esclusivo una o più delle attività di cui al comma 2, lettere a), b), d) ed e) del medesimo articolo. Pertanto, dette società possono occuparsi:

1. della produzione di un servizio di interesse generale, ivi inclusa la realizzazione e la gestione delle reti e degli impianti funzionali ai servizi medesimi;
2. della progettazione e realizzazione di un'opera pubblica sulla base di un accordo di programma fra amministrazioni pubbliche, ai sensi dell'articolo 193 del decreto legislativo n. 50 del 2016;
3. dell'autoproduzione di beni o servizi strumentali all'ente o agli enti pubblici partecipanti o allo svolgimento delle loro funzioni, nel rispetto delle condizioni stabilite dalle direttive europee in materia di contratti pubblici e della relativa disciplina nazionale di recepimento;
4. di servizi di committenza, ivi incluse le attività di committenza ausiliarie, apprestati a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici di cui all'articolo 3, comma 1, lettera a), del decreto legislativo n. 50 del 2016.

La disposizione precisa, altresì, che tali società operano in via prevalente con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti, salvo quanto previsto dall'articolo 16. Detto articolo, infatti, oltre a prevedere – in conformità al codice dei contratti pubblici – che oltre l'80% del fatturato delle società in house sia effettuato nello svolgimento dei compiti a esse affidati dall'ente pubblico o dagli enti pubblici soci, fornisce ulteriori indicazioni sulla possibilità di svolgimento della «produzione ulteriore» (per la residua quota inferiore al 20%) stabilendo che tale attività è consentita soltanto a condizione che la stessa permetta di conseguire economie di scala o altri recuperi di efficienza sul complesso dell'attività principale della società. Il mancato rispetto del limite quantitativo descritto non comporta lo scioglimento del rapporto, ma configura una grave irregolarità ai sensi dell'art. 2409 del codice civile e dell'art. 15 del decreto in esame.

L'articolo 16, comma 1, di tale decreto legislativo prevede 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.

Il comma 7 dell'articolo in esame prevede che le società in house sono tenute all'acquisto di lavori, beni e servizi secondo la disciplina di cui al codice dei contratti pubblici, facendo salvo quanto previsto agli articoli 5 e 192 del medesimo codice.

L'articolo 192 del codice dei contratti pubblici è stato oggetto della recente pronuncia resa dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea con ordinanza del 6 febbraio 2020 a seguito della questione pregiudiziale sollevata dal Consiglio di Stato con ordinanza n. 293/2019. In particolare, il Consiglio di Stato ha sollevato la seguente questione: «Se il diritto dell'Unione (...) (e segnatamente il principio di libera amministrazione delle autorità pubbliche e il principio di sostanziale equivalenza fra le diverse modalità di affidamento e di gestione dei servizi di interesse delle amministrazioni pubbliche) osti a una normativa nazionale [come quella dell'articolo 192, comma 2, del Codice dei contratti pubblici (...)] [la] quale colloca 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».

Il Giudice del rinvio ha osservato che il restrittivo orientamento evidenziato dalla normativa italiana del 2016 si colloca in continuità con orientamenti analoghi manifestati dall'ordinamento almeno dal 2008. Inoltre, ha evidenziato che con sentenza 17 novembre 2010, n. 325, la Corte costituzionale ha riconosciuto alla legge di poter prevedere "limitazioni dell'affidamento diretto più estese di quelle comunitarie" e, con ulteriori pronunce, ha ribadito che l'affidamento in regime di delegazione interorganica costituisce "un'eccezione rispetto alla regola generale dell'affidamento a terzi mediante gara ad evidenza pubblica" (Corte cost., 20 marzo 2013, n. 46). Secondo il Consiglio di Stato è quindi necessario stabilire se questo restrittivo orientamento ultradecennale dell'ordinamento italiano in tema di affidamenti in house risulti conforme con i principi e disposizioni del diritto dell'Unione europea (con particolare riguardo al principio della libera organizzazione delle amministrazioni pubbliche sancita dall'articolo 2 della Direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione).

Al riguardo, il giudice del rinvio ha osservato che, in tema di acquisizione dei servizi di interesse degli organismi pubblici, si fronteggiano due principi generali la cui contestuale applicazione può comportare antinomie: a) da un lato, il principio della libertà e autodeterminazione, per i soggetti pubblici, di organizzare come meglio stimano le prestazioni dei servizi di rispettivo interesse, senza che vincoli di particolare modalità gestionale derivanti dall'ordinamento dell'UE o da quello nazionale (ad es.: regime di affidamento con gara) rispetto a un'altra (ad es.: regime di internalizzazione ed autoproduzione); b) dall'altro, il principio della piena apertura concorrenziale dei mercati degli appalti pubblici e delle concessioni.

Il Supremo consesso amministrativo ha osservato che il principio sub b) sembra presentare una valenza sussidiaria rispetto al principio sub a) (ossia, rispetto al principio della libertà nella scelta del modello gestionale). Infatti, la prima scelta che viene demandata alle amministrazioni è di optare fra il regime di autoproduzione e quello di esternalizzazione (modelli che appaiono collocati dall'ordinamento dell'UE su un piano di equiordinazione) e, solo se si sia optato per il secondo di tali modelli, incomberà sull'amministrazione l'obbligo di

operare nel pieno rispetto dell'ulteriore principio della massima concorrenzialità fra gli operatori di mercato.

Il giudice ha evidenziato, altresì, che, da parte dell'ordinamento dell'UE gli affidamenti in house (sostanziale forma di autoproduzione) non sembrano posti in una posizione subordinata rispetto agli affidamenti con gara; al contrario, sembrano rappresentare una sorte di prius logico rispetto a qualunque scelta dell'amministrazione pubblica in tema di autoproduzione o esternalizzazione dei servizi di proprio interesse. «In altri termini, sembra che per l'ordinamento UE da parte di una pubblica amministrazione si possa procedere all'esternalizzazione dell'approvvigionamento di beni, servizi o forniture solo una volta che le vie interne, dell'autoproduzione ovvero dell'internalizzazione, non si dimostrano precorribili o utilmente percorribili. Il che sembra corrispondere ad elementari esigenze di economia, per cui ci si rivolge all'esterno solo quando non si è ben in grado di provvedere da soli: nessuno, ragionevolmente, si rivolge ad altri quando è in grado di provvedere, e meglio, da solo».

Il Consiglio di Stato ha sottolineato che la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'UE ha chiarito a propria volta che l'ordinamento comunitario non pone limiti alla libertà, per le amministrazioni, di optare per un modello gestionale di autoproduzione, piuttosto che su un modello di esternalizzazione e che la stessa Commissione europea ha chiarito che «nel diritto comunitario, le autorità pubbliche sono infatti libere di esercitare in proprio un'attività economica o di affidarla a terzi, ad esempio ad entità a capitale misto costituite nell'ambito di un partenariato pubblico-privato. Tuttavia, se un soggetto pubblico decide di far partecipare un soggetto terzo all'esercizio di un'attività economica a condizioni che configurano un appalto pubblico o una concessione, è tenuto a rispettare le disposizioni del diritto comunitario applicabili in materia».

Il giudice del rinvio ha poi richiamato l'articolo 2 della citata Direttiva 2014/23/UE che riconosce in modo espresso la possibilità per le amministrazioni di espletare i compiti di rispettivo interesse pubblico: i) avvalendosi delle proprie risorse, ovvero ii) in cooperazione con altre amministrazioni aggiudicatrici, ovvero – ancora iii) mediante conferimento ad operatori economici esterni, senza fissare alcuna graduazione in termini valoriali fra le richiamate modalità di assegnazione. È stato richiamato anche il Considerando 5 della Direttiva 2014/24/UE, secondo cui "(...) nessuna disposizione della presente direttiva obbliga gli Stati membri ad affidare a terzi o a esternalizzare la prestazione di servizi che desiderano prestare essi stessi o organizzare con strumenti diversi dagli appalti pubblici ai sensi della presente direttiva (...)".

Sulla base delle considerazioni esposte, il Consiglio di Stato ha dunque posto la questione della conformità fra:

- i richiamati principi e disposizioni del diritto dell'Unione europea (i quali sembrano comportare una piena equiordinazione fra le diverse modalità di assegnazione dei servizi di interesse delle amministrazioni pubbliche, se non addirittura la prevalenza logica del sistema di autoproduzione rispetto ai modelli di esternalizzazione) e
- le previsioni del diritto nazionale italiano (in particolare, il comma 2 dell'articolo 192 del Codice degli appalti pubblici del 2016) che pongono invece gli affidamenti in house in una posizione subordinata e subvalente e – come detto - li ammettono soltanto in caso di dimostrato 'fallimento del mercato' di riferimento e a condizione che l'amministrazione dimostri in modo puntuale gli specifici benefici per la collettività connessi a tale forma di gestione.

Inoltre, secondo il Giudice del rinvio, occorre chiarire altresì se (ferma restando la sostanziale equivalenza, per il diritto dell'UE, fra le diverse forme di approvvigionamento di interesse delle

amministrazioni) i singoli ordinamenti nazionali possano legittimamente porre una di tali forme di affidamento e gestione su un piano che si presume subordinato, assegnando comunque la priorità e la prevalenza al principio di apertura concorrenziale rispetto a quello della libera organizzazione delle amministrazioni pubbliche.

La Corte di Giustizia Europea, con ordinanza del 6 febbraio 2020 ha chiarito che la direttiva 2014/24 ha lo scopo, come enuncia il suo considerando 1, di coordinare le procedure nazionali di aggiudicazione degli appalti che superano un determinato importo. L'articolo 12, paragrafo 1, di tale direttiva, relativo alle operazioni interne, che si limita quindi a precisare le condizioni che un'amministrazione aggiudicatrice deve rispettare quando desidera concludere un'operazione interna, ha soltanto l'effetto di autorizzare gli Stati membri ad escludere una tale operazione dal campo di applicazione della direttiva 2014/24. Tale disposizione non può quindi privare gli Stati membri della libertà di favorire una modalità di prestazione di servizi, di esecuzione di lavori o di approvvigionamento di forniture a scapito di altre. In effetti, questa libertà implica una scelta che viene effettuata in una fase precedente all'aggiudicazione di un appalto e che non può quindi rientrare nell'ambito di applicazione della direttiva 2014/24. La libertà degli Stati membri di scegliere il modo di prestazione di servizi mediante il quale le amministrazioni aggiudicatrici provvederanno alle proprie esigenze deriva anche dal considerando 5 della direttiva 2014/24, che stabilisce che «nessuna disposizione della presente direttiva obbliga gli Stati membri ad affidare a terzi o a esternalizzare la prestazione di servizi che desiderano prestare essi stessi o organizzare con strumenti diversi dagli appalti pubblici ai sensi della presente direttiva».

Pertanto, così come la direttiva 2014/24 non obbliga gli Stati membri a ricorrere a una procedura di appalto pubblico, essa non può obbligare gli Stati membri a ricorrere a un'operazione interna quando sono soddisfatte le condizioni di cui all'articolo 12, paragrafo 1. Peraltro, la libertà in tal modo lasciata agli Stati membri è messa in luce più nettamente dall'articolo 2, paragrafo 1, della direttiva 2014/23, ai sensi del quale:

«La presente direttiva riconosce il principio per cui le autorità nazionali, regionali e locali possono liberamente organizzare l'esecuzione dei propri lavori o la prestazione dei propri servizi in conformità del diritto nazionale e dell'Unione. Tali autorità sono libere di decidere il modo migliore per gestire l'esecuzione dei lavori e la prestazione dei servizi per garantire in particolare un elevato livello di qualità, sicurezza e accessibilità, la parità di trattamento e la promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utenza nei servizi pubblici. Dette autorità possono decidere di espletare i loro compiti d'interesse pubblico avvalendosi delle proprie risorse o in cooperazione con altre amministrazioni aggiudicatrici o di conferirli a operatori economici esterni».

La Corte ha evidenziato che, tuttavia, la libertà degli Stati membri di scegliere il metodo di gestione che ritengono più appropriato per l'esecuzione dei lavori o la prestazione dei servizi non può essere illimitata. Essa deve al contrario essere esercitata nel rispetto delle regole fondamentali del trattato FUE, segnatamente della libertà di circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi, nonché dei principi che ne derivano come la parità di trattamento, il divieto di discriminazione, il mutuo riconoscimento, la proporzionalità e la trasparenza.

Di conseguenza, la Corte ha rilevato che l'articolo 12, paragrafo 1, della direttiva 2014/24 deve essere interpretato nel senso che non osta ad una norma nazionale con la quale uno Stato membro subordina la conclusione di un'operazione interna, in particolare, alla condizione che l'aggiudicazione di un appalto pubblico non garantisca la qualità dei servizi forniti, la loro accessibilità o continuità, sempre che la scelta espressa a favore di una particolare modalità

di prestazione di servizi, e effettuata in una fase precedente a quella dell'aggiudicazione dell'appalto pubblico, rispetti i principi di parità di trattamento, non discriminazione, riconoscimento reciproco, proporzionalità e trasparenza. In tali condizioni, la libertà degli Stati membri di scegliere il modo di prestazione di servizi mediante il quale le amministrazioni aggiudicatrici provvederanno alle proprie esigenze li autorizza a subordinare la conclusione di un'operazione interna all'impossibilità di indire una gara d'appalto e, in ogni caso, alla dimostrazione, da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, dei vantaggi per la collettività specificamente connessi al ricorso all'operazione interna.

Tale ricostruzione può essere estesa anche al paragrafo 3 dell'articolo in esame, che si differenzia dal paragrafo 1 soltanto per il numero di soggetti che esercitano il controllo analogo. La Corte ha quindi risposto alla questione sollevata dichiarando che l'articolo 12, paragrafo 3, della direttiva 2014/24 deve essere interpretato nel senso che non osta a una normativa nazionale che subordina la conclusione di un'operazione interna, denominata anche «contratto in house», all'impossibilità di procedere all'aggiudicazione di un appalto e, in ogni caso, alla dimostrazione, da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, dei vantaggi per la collettività specificamente connessi al ricorso all'operazione interna.

La Corte di Giustizia ha quindi affermato la compatibilità con il diritto euro-unitario dell'articolo 192, comma 2, del codice dei contratti pubblici, richiedendo soltanto che la scelta operata dall'amministrazione a favore di una particolare modalità di prestazione di servizi rispetti i principi di parità di trattamento, non discriminazione, riconoscimento reciproco, proporzionalità e trasparenza.

2. Gli affidamenti in house nella prassi applicativa

Non risultano disponibili, allo stato, dati aggiornati sul numero di società in-house. Dal «Rapporto sulle partecipazioni pubbliche (Dati Anno 2014)», pubblicato dal Dipartimento del Tesoro nel mese di novembre 2016, emerge che in base ai dati dichiarati dalle Amministrazioni oggetto della rilevazione, sono 48.896 le partecipazioni (di cui 35.034 dirette e 15.944 indirette) detenute in 8.893 organismi partecipati. A valle di un esercizio di ricostruzione delle quote di partecipazione indiretta, a partire dalle informazioni comunicate dalle Amministrazioni, il Dipartimento ha individuato ulteriori 44.384 partecipazioni non dichiarate, portando il totale delle partecipazioni a quota 93.280.

Con riferimento agli affidamenti effettuati dalle Amministrazioni in favore delle società partecipate, sono stati rilevati, in generale, circa 11.300 affidamenti. In particolare, le risposte inviate dalle Amministrazioni Locali evidenziano che delle 8.386 società partecipate censite, 2.997 sono quelle alle quali le Amministrazioni hanno dichiarato di aver affidato servizi. I Comuni hanno affidato prevalentemente servizi pubblici (quasi il 60 per cento dei servizi affidati), mentre le Regioni, le Province e le altre Amministrazioni Locali hanno affidato alle partecipate prevalentemente altre tipologie di servizi, tra i quali soprattutto i cosiddetti servizi strumentali. Per quanto riguarda la modalità di affidamento dei servizi, la rilevazione evidenzia la forte prevalenza degli affidamenti diretti rispetto a quelli con gara che rappresentano, in media, appena il 5 per cento. Il Dipartimento del Tesoro ha sottolineato che i dati raccolti non

sono esaustivi delle quote di partecipazione in società detenute dalla totalità delle Amministrazioni Locali, in quanto non tutte hanno comunicato le proprie partecipazioni. Stante quindi l'incompletezza delle dichiarazioni, il Rapporto in esame evidenzia che, comunque, i dati rilevati mostrano la netta prevalenza degli affidamenti senza gara a società nelle quali le Amministrazioni Locali detengono quote di partecipazione non totalitarie, se non addirittura minoritarie e la conseguente necessità di monitorare la sussistenza di ulteriori forme di controllo della società ai fini di una migliore comprensione del fenomeno.

Secondo i dati comunicati in occasione della relazione della Corte dei conti per l'anno 2019 sugli organismi partecipati dagli enti territoriali e sanitari di cui alla delibera n. 29 del 10 dicembre 2019 della sezione autonomie, gli affidamenti diretti di servizi pubblici, secondo il modello dell'in house providing costituiscono il 93% del totale degli affidamenti disposti dagli enti locali; su 4.326 società affidatarie, 1.804 sono a totale capitale pubblico. Si registra, inoltre, la netta prevalenza di affidamenti in house mentre le gare con impresa terza risultano essere soltanto 878 (su un totale di 14.626 affidamenti). Dai dati risultanti dalle comunicazioni obbligatorie alla Corte dei Conti relative alle società partecipate risulta che soltanto 2.097 società, pari al 48% delle società in house sia beneficiario di affidamenti. Il dato, anche a detta dell'organo di controllo potrebbe essere il risultato di lacune informative imputabili agli enti tenuti alla comunicazione.

Nella tabella seguente sono indicati i dati riferiti alle istanze di inserimento nell'Elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti in house, previsto dall'articolo 192, comma 1, del codice dei contratti pubblici e tenuto dall'ANAC. I dati si riferiscono alle società in house per le quali è richiesta l'iscrizione e non alle domande che sono in numero superiore (1250) per via dei controlli congiunti.

Achivate/cancellate	129
Diniego	7
Iscrizione	532
In fase istruttoria	318
Totale complessivo	986

Nelle tabelle riportate di seguito sono indicate le tipologie di affidamento prescelte per i servizi pubblici locali negli anni dal 2017 al 2019, estrapolati dai dati pubblicati dal MISE. Dai dati acquisiti emerge che circa il 50% degli affidamenti di servizi pubblici locali è effettuato mediante affidamento diretto a società in house.

2017	Gara	Affidamento diretto in house	Società mista	Altro	Non indicato	totale
Gestione rifiuti urbani	8	28	0	0	3	39
TPL	1	3	0	1	1	6
Altri servizi	16	17	2	20	4	59

Non indicato		1				1
totale	25	49	2	21	8	105

2018	Gara	Affidamento diretto in house	Altro	Non indicato	totale
Gestione rifiuti urbani	4	28	2	5	39
Servizio idrico integrato	0	3	1	0	4
TPL	0	0	1	4	5
Altri servizi	12	26	22	14	74
Non indicato				2	2
totale	16	57	26	25	124

2019	Gara	Affidamento diretto in house	Altro	Non indicato	totale
Gestione rifiuti urbani	2	10	1	0	13
Servizio idrico integrato		1		3	4
TPL			1	3	4
Altri servizi	12	15	7	10	44
totale	14	27	9	13	63

3. Obiettivo dell'intervento

Le presenti Linee guida si pongono l'obiettivo di fornire indicazioni utili alle stazioni appaltanti per la formulazione della motivazione richiesta dall'articolo 192, comma 2, del codice dei contratti pubblici nel caso di affidamento diretto a società in house. La disposizione prevede infatti un onere motivazionale aggravato che presuppone lo svolgimento di un'indagine comparativa volta a dimostrare la convenienza economica e sociale dell'affidamento diretto rispetto al ricorso al mercato. Lo scopo, quindi, è quello di fornire indicazioni pratiche per orientare l'azione degli enti interessati verso comportamenti conformi alla normativa vigente

ed uniformi, favorendo la diffusione di best-practice, utilizzando lo strumento previsto dal codice dei contratti pubblici all'articolo 213, comma 2.

L'esigenza emerge anche dall'analisi di alcune relazioni contenenti la motivazione del mancato ricorso al mercato rinvenute sui profili di committente. In particolare, è emerso che le relazioni redatte secondo lo schema-tipo elaborato dal Ministero per lo Sviluppo economico per l'affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica si dilungano molto sul contesto giuridico e sulla sussistenza dei requisiti dell'articolo 5 del codice dei contratti pubblici e sono, invece, molto sintetiche nella parte dedicata alla motivazione del mancato ricorso al mercato, dove vengono frequentemente utilizzate formule di stile che denotano l'assenza di una valutazione concreta. Analoghe considerazioni possono essere effettuate con riferimento alle motivazioni rese per gli affidamenti degli altri servizi rientranti nel campo di applicazione dell'articolo 192, comma 2, del codice dei contratti pubblici. Si ravvisa, quindi, la necessità di fornire indicazioni utili a rendere tali motivazioni maggiormente aderenti alle indicazioni normative.

4. Ambito oggettivo di applicazione

Nell'individuazione dell'ambito oggettivo di applicazione si è tenuto conto del fatto che l'articolo 192, comma 2, del codice dei contratti pubblici si riferisce ai soli servizi, nonostante le società in house siano legittimate a svolgere anche altre attività, quali la realizzazione e la gestione delle reti e degli impianti funzionali ai servizi di interesse generale, la progettazione e realizzazione di un'opera pubblica sulla base di un accordo di programma fra amministrazioni pubbliche, l'autoproduzione di beni. Trattandosi di una norma derogatoria che introduce limitazioni al principio di autorganizzazione degli enti pubblici, si ritiene non consentita l'applicazione in via analogica a fattispecie escluse dalla norma e quindi ai contratti di lavori e forniture.

Rientrano tra i servizi che possono essere oggetto di affidamento ad una società in house i servizi di interesse generale, cioè quelle attività di produzione e fornitura di beni o servizi che non sarebbero svolte dal mercato senza un intervento pubblico o sarebbero svolte a condizioni differenti in termini di accessibilità fisica ed economica, continuità, non discriminazione, qualità e sicurezza, che le amministrazioni pubbliche, nell'ambito delle rispettive competenze, assumono come necessarie per assicurare la soddisfazione dei bisogni della collettività, così da garantire l'omogeneità dello sviluppo e la coesione sociale. In particolare, vi rientrano i servizi di interesse economico generale, ovvero quei servizi di interesse generale erogati o suscettibili di essere erogati dietro corrispettivo economico su un mercato. Per gli altri servizi di interesse generale, infatti, mancando l'apertura al mercato, non sussiste la necessità di motivare la scelta di autoproduzione.

Con riferimento ai servizi presenti sul mercato, nel documento di consultazione è stata operata la scelta di ritenere esclusi dall'applicazione della norma i soli servizi che non sono al momento disponibili sul mercato e non potranno esserlo in futuro, neanche a seguito di attività di adeguamento da parte dei possibili esecutori. Ciò implica che l'amministrazione, nel valutare la disponibilità del servizio sul mercato dovrà indagare anche in ordine alla disponibilità di offerta da parte di eventuali esecutori al momento non in grado di offrire il servizio.

La norma si riferisce ai servizi presenti sul mercato in regime di concorrenza. La scelta operata nel documento di consultazione è stata nel senso di intendere il termine "concorrenza" in senso

atecnico, riferendosi ai servizi che siano prestati in modo alternativo sul mercato e, quindi, in ogni caso in cui vi sia una concorrenza per il mercato o nel mercato. La valutazione è dovuta, quindi, anche nel caso di servizi offerti in regime di monopolio oppure oligopolio e nel caso di servizi che possono essere concessi in esclusiva ad un unico operatore. Secondo il TAR Sardegna, sezione I, sentenza 4 maggio 2018, n. 405, l'art. 192, comma 2, del d.lgs. n. 50 del 2016, non è applicabile, con conseguente non necessità della motivazione in caso di affidamento in house, ai servizi di igiene urbana in quanto non riconducibili alla categoria dei servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza; e ciò per la semplice ragione che l'art. 198 del d.lgs. n. 152/2006 (norme in materia ambientale) riserva ai comuni «in regime di privativa» la «gestione dei rifiuti urbani e dei rifiuti assimilati avviati allo smaltimento», sottraendolo, pertanto, al mercato concorrenziale.

L'Amministrazione dovrà accertare che vi siano soggetti disposti ad offrire il servizio sul mercato dietro un corrispettivo oppure soggetti che potrebbero adoperarsi per essere in grado, in un prossimo futuro, di offrire un servizio al momento non presente. I tempi di tale adeguamento dovranno essere compatibili con le esigenze dell'Amministrazione.

5. La motivazione delle ragioni del mancato ricorso al mercato

Nel documento di consultazione è stata offerta una lettura dell'articolo 192, comma 2, nel senso che le stazioni appaltanti nel motivare le ragioni del mancato ricorso al mercato, devono esplicitare le valutazioni effettuate in merito alla congruità economica dell'offerta e ai benefici per la collettività della forma di gestione prescelta. Questa ricostruzione è confermata nel parere reso dal Consiglio di Stato sullo schema di codice dei contratti pubblici (parere n. 855 del 1/4/2016, laddove è chiarito che «l'art. 192, comma 2, impone alle stazioni appaltanti, per l'affidamento in house di un contratto avente ad oggetto servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza, l'obbligo di dare 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, ancora e infine, di ottimale impiego delle risorse pubbliche. 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».

Per quanto attiene al contenuto della motivazione, il Consiglio di Stato, con sentenza n. 1900/2016, seppur in negativo, ha indicato il contenuto minimo della valutazione, sostenendo che la stessa, per soddisfare l'onere di motivazione aggravato previsto dalla norma deve essere concreta, riscontrabile, controllabile, intellegibile e pregnante sui profili della convenienza, non solo economica, della scelta.

Per quanto riguarda il momento in cui deve essere esplicitata la motivazione, si osserva quanto segue. L'articolo 192 stabilisce che la motivazione delle ragioni del mancato ricorso al mercato sia resa nel provvedimento di affidamento. Sul punto, si ritiene che sarebbe auspicabile inserire la motivazione nel primo atto utile, al fine di assicurare che le valutazioni richieste dalla norma siano effettivamente svolte prima di procedere all'affidamento ed evitare che l'obbligo di motivazione si riduca ad un mero adempimento formale assolto ex post. Ci si è chiesti, quindi, se fosse possibile anticipare l'obbligo informativo ad un momento antecedente rispetto a quello

individuato dal codice, in particolare al momento della programmazione. Si ritiene che la risposta debba essere negativa per due ordini di ragioni: la prima attiene all'impossibilità di superare il dato normativo con un atto di rango inferiore e di introdurre livelli di regolazione non previsti dalla norma (divieto di gold-plating); il secondo motivo è di ordine pratico: nello schema-tipo per la redazione del programma biennale degli acquisti allegato al d.m. 16/1/2018 n. 14 non è prevista l'indicazione della procedura di affidamento prescelta e tale informazione non è inserita neanche nel contenuto della progettazione come individuato dall'articolo 23 del codice. La stazione appaltante deve indicare, infatti, negli atti di programmazione la tipologia di servizio che le occorre e la stima dei costi e, nella progettazione, le caratteristiche del servizio. Una volta definiti tali elementi potrà condurre le attività informative volte ad acquisire le ulteriori informazioni utili alle valutazioni richieste dalla norma. Le valutazioni effettuate potranno essere esplicitate nella determina a contrarre con cui si dispone di affidare il servizio alla società in house. Se non ricorrono i presupposti per l'affidamento ai sensi dell'articolo 192, la s.a. inserirà l'acquisto tra quelli che intende affidare nell'anno successivo rendendoli noti attraverso gli avvisi di preinformazione di cui all'articolo 70 del codice. Pertanto, si ritiene che il primo atto utile in cui inserire la motivazione sia la determina a contrarre. Tale indicazione coincide con la previsione del codice.

Per i servizi pubblici locali di rilevanza economica, l'articolo 34, comma 20, del decreto legge n. 179 del 2012, convertito in legge n. 221 del 2012 prevede che, al fine di assicurare il rispetto della disciplina europea, la parità tra gli operatori, l'economicità della gestione e di garantire adeguata informazione alla collettività di riferimento, l'affidamento del servizio è effettuato sulla base di apposita relazione, pubblicata sul sito internet dell'ente affidante, che dà conto delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta e che definisce i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e servizio universale, indicando le compensazioni economiche se previste. Di tale particolarità è stato tenuto conto nel testo del documento di consultazione. Su tale punto si segnala la sentenza del T.A.R. Lombardia Milano Sez. III, Sent. n. 1781 del 3/10/2016 secondo cui la relazione deve essere predisposta precedentemente rispetto alla determinazione della scelta del modello gestionale e che il mancato rispetto di tale circostanza, «lungi dal costituire una mera omissione formale o una discrasia temporale, testimonia l'assenza di un elemento essenziale nel processo decisionale dell'ente. In altri termini e più semplicemente, non può avere alcuna concreta portata - sotto il profilo dei necessari elementi di valutazione - la relazione di cui all'art. 34 comma 20 del D.L. n. 179 del 2012 predisposta quando la scelta della forma di gestione è già stata compiuta, potendo al più "giustificare" a posteriori la manifestazione di volontà».

6. Le valutazioni rimesse alla stazione appaltante

6.1 La valutazione sulla congruità economica dell'offerta della società in house

Il testo contiene alcune indicazioni pratiche in merito alle modalità con cui svolgere la valutazione sulla congruità economica dell'offerta che individua alcuni possibili elementi da prendere in considerazione, indicando anche le possibili modalità di acquisizione degli stessi. Le indicazioni sono state fornite avendo presente la giurisprudenza formatasi in materia e le

osservazioni rese in occasione dell'audizione della Corte dei Conti alle Camere nell'ambito dell'attività conoscitiva sul codice degli appalti (aprile 2019). In tale occasione, l'Organo di controllo contabile ha chiarito che la valutazione rimessa alla stazione appaltante ai sensi dell'articolo 192, comma 2, del codice dei contratti pubblici è costituita da una componente "quantitativa", accompagnata da una di carattere più "qualitativo". A tal fine, la valutazione va effettuata esaminando separatamente i profili economici ("Verifica dei costi") da quelli qualitativi ("Caratteristiche del servizio e ragioni dell'affidamento in house"). Inoltre, la Corte dei Conti, nella sentenza n. 2/2015, ha precisato che: «l'affidamento deve essere preceduto e non seguito dal contratto di servizio, che ne deve stabilire tipologia, modalità e tempi di svolgimento e, soprattutto, operarne una corretta quantificazione dei costi. L'assenza del contratto comporta una presuntiva mancanza di stima e comparazione preventiva dei costi e della qualità del bene e/o servizio prodotto in house rispetto a qualità e costi offerti dal mercato per la stessa tipologia di beni e/o servizi. I principi di sana gestione finanziaria, invece, impongono che l'affidamento diretto di un servizio in house non possa prescindere da criteri di efficienza, efficacia ed economicità della scelta di autoproduzione. L'ente, pertanto, deve preventivamente verificare la convenienza, in termini economici e qualitativi, dei beni/servizi offerti in house rispetto a quelli reperibili sul mercato. Questa «simulazione di mercato», quasi mai eseguita dagli enti affidanti, è essenziale per garantire, nell'ambito dei servizi pubblici locali e ancor più di quelli strumentali, l'effettiva convenienza dell'in house, evitando occulti finanziamenti alle partecipate utili solo per garantirne la sopravvivenza a danno delle casse pubbliche».

Si segnala, altresì, la sentenza del Consiglio di Stato n. 681 del 27/1/2020 secondo cui «In ogni caso, la giurisprudenza appare consolidata nel ritenere che l'affidamento in house di servizi è illegittimo nel caso in cui non ci sia convenienza economica rispetto alla esternalizzazione dello stesso; l'in house providing riveste infatti carattere eccezionale rispetto all'ordinaria modalità di scelta del contraente ed è possibile solo qualora sussista per l'amministrazione una reale convenienza rispetto alle condizioni economiche offerte dal mercato (in termini, tra le tante, Cons. Stato, III, 17 dicembre 2015, n. 5732)».

Infine, si ritiene utile evidenziare che, nello schema di Testo unico sui servizi pubblici locali è previsto che le Autorità indipendenti di settore individuano, per gli ambiti di competenza, i costi standard dei servizi pubblici locali di interesse economico generale e i livelli di qualità degli stessi, che sono pubblicati sul portale telematico dell'Osservatorio per i servizi pubblici locali, istituito presso il Ministero dello sviluppo economico. Con l'entrata in vigore di tale disposizione si potrà avere un riferimento univoco, in ciascun ambito, per lo svolgimento della valutazione di congruità prevista dall'articolo 192.

6.2 La valutazione dei benefici per la collettività della forma di gestione prescelta

Nel documento di consultazione è stato affermato che la stazione appaltante dà atto, nella motivazione dell'affidamento, dei benefici per la collettività conseguibili mediante l'affidamento diretto alla società in house, operando un raffronto comparativo rispetto agli obiettivi perseguibili mediante il ricorso al mercato. Inoltre, sono stati declinati gli obiettivi perseguibili con l'affidamento in house, tentando di fornire una descrizione contestualizzata rispetto all'oggetto delle emanande Linee guida. Gli obiettivi di universalità e socialità sono stati riferiti ai soli affidamenti di servizi pubblici di interesse economico generale, ritendendo che gli stessi

siano difficilmente individuabili negli affidamenti di servizi strumentali che non sono rivolti direttamente alla collettività.

7. Le conseguenze dell'omissione o della non corretta valutazione da parte della stazione appaltante

All'omessa o insufficiente motivazione sono state collegate specifiche conseguenze in termini di illegittimità dell'affidamento e di responsabilità amministrativa e contabile del soggetto deputato alla scelta. Inoltre, è stata prospettata la possibilità che da tali omissioni possano derivare conseguenze ai fini della qualificazione della stazione appaltante ex articolo 38 del codice dei contratti pubblici, sulla base della considerazione che il comma 3 dell'articolo in esame prevede che la qualificazione ha ad oggetto il complesso delle attività che caratterizzano il processo di acquisizione di un bene, servizio o lavoro in relazione a determinati ambiti, tra cui la capacità di affidamento, cui potrebbe essere astrattamente riconducibile il rispetto della normativa in materia di affidamento in house.

È stata evidenziata, altresì, la possibilità per l'ANAC di esercitare i poteri di cui all'articolo 211, commi 1-bi e 1-ter, del codice dei contratti pubblici, in analogia a quanto già previsto nelle Linee guida n. 7 per gli affidamenti effettuati da amministrazioni aggiudicatrici non iscritte o cancellate dall'elenco di cui all'articolo 192, comma 1, del codice dei contratti pubblici. Si è ritenuto, invece, che l'assenza di motivazione oppure una motivazione insufficiente in ordine al mancato ricorso al mercato non possano incidere sul mantenimento dei requisiti di iscrizione all'Elenco delle amministrazioni che operano affidamenti in house di cui all'articolo 192, comma 1, del codice, atteso che detta iscrizione è subordinata al possesso dei soli requisiti di cui all'articolo 5 del codice dei contratti pubblici.