

# Il ricorso agli affidamenti «In house» nei lavori pubblici

Direzione Opere pubbliche

Roma 20 ottobre 2021

## ■ Nozione di «in house» e riferimenti normativi principali

L' «in house» è un istituto di derivazione comunitaria delineato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia (a partire dalla nota sentenza Teckal del 18 novembre 1999, C-107/98) quale deroga al sistema dell'evidenza pubblica.

Nell'ambito dell' «in house» l'affidamento dell'appalto (o della concessione) *avviene tra un'amministrazione aggiudicatrice e un soggetto da essa formalmente distinto, in quanto dotato di personalità giuridica autonoma, che è stato però appositamente istituito per effettuare le prestazioni in favore della prima.*

*In tal senso «la società in house è equiparabile ad un “ufficio interno” dell'ente pubblico che l'ha costituita, sicché non sussiste tra l'ente e la società un rapporto di alterità sostanziale, ma solo formale, ed è questa caratteristica l'unica a giustificare l'affidamento diretto, senza previa gara, di un appalto o di una concessione.»*

(Consiglio di Stato, Sez. I, n. 1374 del 3 agosto 2021, e n. 1389 del 7 maggio 2019, nonché Sez. III, n. 1385 del 25 febbraio 2020).

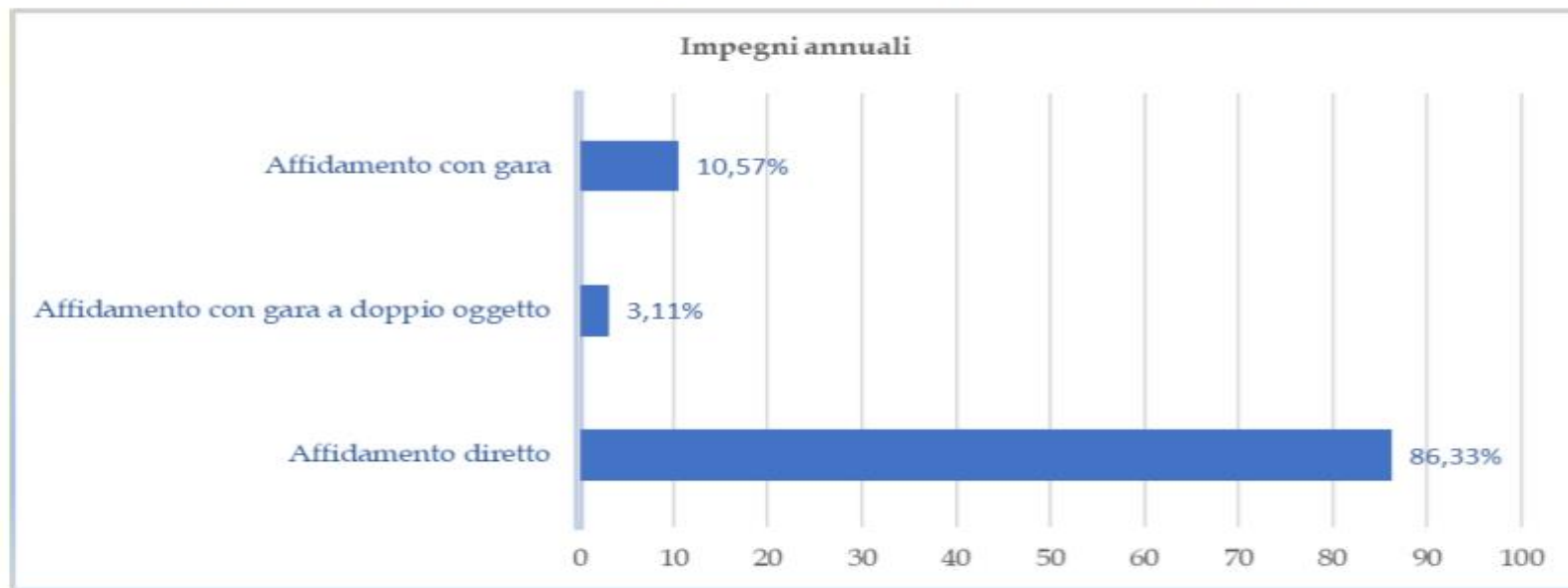
### **Normativa Italiana:**

- Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici) – Artt. 5 – art. 192
- Decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175 (Testo unico società partecipazione pubblica)- Artt. 2, 4, 16, 17, 26
- D.L. 31 maggio 2021, n. 77, convertito dalla legge 29 luglio 2021, n. 108 (Governance del Piano nazionale di ripresa e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure.) – Art. 10

# I numeri dell' «in house»

Relazione CdC 2021 sezione Autonomie – (Deliberazione n. 15/SEZAUT/2021/FRG)

Grafico 14/EETT - Incidenza delle diverse modalità di affidamento sugli impegni annuali



Fonte: Elaborazione Corte dei conti, banca dati DT-MEF – estrazione dell'11 maggio 2021, riferita ai dati al 31 dicembre 2018

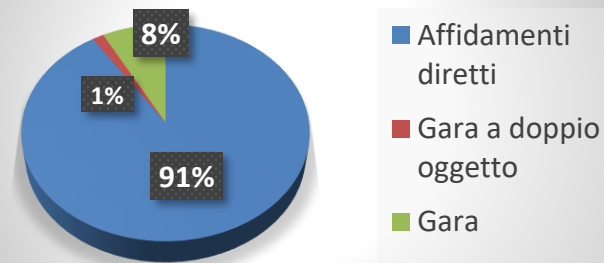
# I numeri dell' «in house»

## Relazione CdC 2021 sezione Autonomie – (Deliberazione n. 15/SEZAUT/2021/FRG)

Tabella 41/EETT - Servizi affidati agli organismi partecipati distinti per modalità di affidamento dei servizi

Servizio Affidato	Modalità di affidamento							
	Diretto		Tramite gara a doppio oggetto		Tramite gara		Totale	
	Numero affidamenti	Impegno annuale per l'affidamento	Numero affidamenti	Impegno annuale per l'affidamento	Numero affidamenti	Impegno annuale per l'affidamento	Numero affidamenti	Impegno annuale per l'affidamento
Fornitura di acqua: reti fognarie, attività di gestione dei rifiuti e risanamento	7.835	4.755.552.234	137	259.734.772	660	454.739.896	<b>8.632</b>	<b>5.470.026.902</b>
Fornitura di energia elettrica, gas, vapore e aria condizionata	933	200.205.061	6	2.722.559	88	9.440.384	<b>1.027</b>	<b>212.368.004</b>
Trasporto e Magazzinaggio	871	2.004.114.434	12	27.785.951	140	670.982.296	<b>1.023</b>	<b>2.702.882.681</b>
Sanità e assistenza sociale								
<b>TOTALE SPL</b>	<b>10.540</b>	<b>7.280.917.983</b>	<b>162</b>	<b>302.280.277</b>	<b>906</b>	<b>1.137.653.923</b>	<b>11.608</b>	<b>8.720.852.183</b>
Agricoltura, silvicoltura e pesca	88	6.159.837			5	175.228		
Amministrazione pubblica e difesa; assicurazione sociale obbligatoria	461	77.426.626	4	448.205	5	59.385		
Attività artistiche, sportive, di intrattenimento e divertimento	375	209.269.850	1	0	7	574.238		
Attività dei servizi di alloggio e ristorazione	99	129.543.129	10	3.759.688	9	4.135.753		
Attività di famiglie e convivenze come datori di lavoro per personale domestico; produzione di beni e servizi indifferenziati per uso proprio da parte di famiglie e convivenze	1	2.000						
Attività finanziarie e assicurative	54	935.917			1	0		
Attività Immobiliari	303	122.842.248	1	0	7	388.479		
Attività manifatturiere	51	1.431.329			3	0		
Attività professionali, scientifiche e tecniche	1.372	221.217.496	3	1.000	32	863.533		
Commercio all'ingrosso e al dettaglio; riparazione di autoveicoli e motocicli	213	10.763.311	5	0	15	578.812		
<b>Costruzioni</b>	<b>464</b>	<b>245.170.114</b>	<b>3</b>	<b>1.975.798</b>	<b>18</b>	<b>4.199.664</b>		
Istruzione	194	53.605.968	1	3.657.646	11	2.459.824		
Noleggio, agenzie di viaggio, servizi di supporto alle imprese	1.299	521.530.701	17	28.750.797	21	11.574.648		
Organizzazioni ed organismi extraterritoriali	7	30.083			1	0		
Servizi di informazione e comunicazione	1.152	598.938.462	5	17.073	19	586.202		
Altre attività di servizi	290	31.478.548	6	1.283.034	10	881.328		
<b>TOTALE SERVIZI STRUMENTALI</b>	<b>6.423</b>	<b>2.230.345.619</b>	<b>56</b>	<b>39.893.241</b>	<b>164</b>	<b>26.477.094</b>		
<b>Totale</b>	<b>16.963</b>	<b>9.511.263.602</b>	<b>218</b>	<b>342.173.518</b>	<b>1.070</b>	<b>1.164.131.017</b>	<b>18.251</b>	<b>11.017.568.137</b>

### Affidamenti totali SPL



Fonte: Elaborazione Corte dei conti, banca dati DT-MEF - estrazione dell'11 maggio 2021, riferita ai dati al 31 dicembre 2018; importi in euro

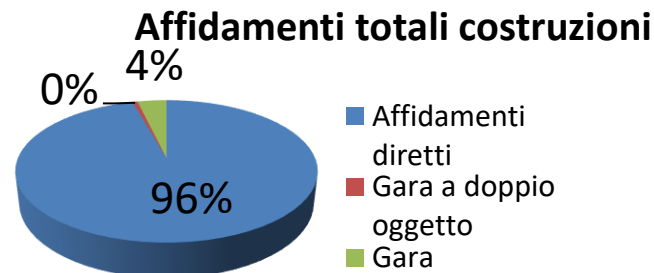
Dati relativi agli affidamenti comunicati da 5.636 enti con riferimento a n. 2.875 organismi partecipati

# I numeri dell' «in house»

## Relazione CdC 2021 sezione Autonomie – (Deliberazione n. 15/SEZAUT/2021/FRG)

Tabella 41/EETT - Servizi affidati agli organismi partecipati distinti per modalità di affidamento dei servizi

Servizio Affidato	Modalità di affidamento							
	Diretto		Tramite gara a doppio oggetto		Tramite gara		Totale	
	Numero affidamenti	Impegno annuale per l'affidamento	Numero affidamenti	Impegno annuale per l'affidamento	Numero affidamenti	Impegno annuale per l'affidamento	Numero affidamenti	Impegno annuale per l'affidamento
Fornitura di acqua: reti fognarie, attività di gestione dei rifiuti e risanamento	7.835	4.755.552.234	137	259.734.772	660	454.739.896	8.632	5.470.026.902
Fornitura di energia elettrica, gas, vapore e aria condizionata	933	200.205.061	6	2.722.559	88	9.44		
Trasporto e Magazzinaggio	871	2.004.114.434	12	27.785.951	140	670.98		
Sanità e assistenza sociale	901	321.046.254	7	12.036.995	18	2.48		
<b>TOTALE SPL</b>	<b>10.540</b>	<b>7.280.917.983</b>	<b>162</b>	<b>302.280.277</b>	<b>906</b>	<b>1.137.65</b>		
Agricoltura, silvicoltura e pesca	88	6.159.837			5	17		
Amministrazione pubblica e difesa; assicurazione sociale obbligatoria	461	77.426.626	4	448.205	5	5		
Attività artistiche, sportive, di intrattenimento e divertimento	375	209.269.850	1	0	7	57		
Attività dei servizi di alloggio e ristorazione	99	129.543.129	10	3.759.688	9	4.13		
Attività di famiglie e convivenze come datori di lavoro per personale domestico; produzione di beni e servizi indifferenziati per uso proprio da parte di famiglie e convivenze	1	2.000						
Attività finanziarie e assicurative	54	935.917			1			
Attività Immobiliari	303	122.842.248	1	0	7	38		
Attività manifatturiere	51	1.431.329			3			
Attività professionali, scientifiche e tecniche	1.372	221.217.496	3	1.000	32	88		
Commercio all'ingrosso e al dettaglio; riparazione di autoveicoli e motocicli	213	10.763.311	5	0	15	57		
<b>Costruzioni</b>	<b>464</b>	<b>245.170.114</b>	<b>3</b>	<b>1.975.798</b>	<b>18</b>	<b>4.19</b>		
Istruzione								
<b>Totale</b>	<b>464</b>	<b>245.170.114</b>	<b>3</b>	<b>1.975.798</b>	<b>18</b>	<b>4.199.664</b>	<b>485</b>	<b>251.345.576</b>
Noleggio, agenzie di viaggio, servizi di supporto alle imprese					1	0	8	30.083
Organizzazioni ed organismi extraterritoriali	7	30.083						
Servizi di informazione e comunicazione	1.152	598.938.462	5	17.073	19	586.202	1.176	599.541.737
Altre attività di servizi	290	31.478.548	6	1.283.034	10	881.328	306	33.642.910
<b>TOTALE SERVIZI STRUMENTALI</b>	<b>6.423</b>	<b>2.230.345.619</b>	<b>56</b>	<b>39.893.241</b>	<b>164</b>	<b>26.477.094</b>	<b>6.643</b>	<b>2.296.715.954</b>
<b>Totale</b>	<b>16.963</b>	<b>9.511.263.602</b>	<b>218</b>	<b>342.173.518</b>	<b>1.070</b>	<b>1.164.131.017</b>	<b>18.251</b>	<b>11.017.568.137</b>



Fonte: Elaborazione Corte dei conti, banca dati DT-MEF – estrazione dell'11 maggio 2021, riferita ai dati al 31 dicembre 2018; importi in euro

Dati relativi agli affidamenti comunicati da 5.636 enti con riferimento a n. 2.875 organismi partecipati

## ■ La codificazione dell' "in house" : I tre requisiti fondamentali

Art. 5 – Affidamenti IN HOUSE – Art. 16, comma 1 TUSPP

Si è in presenza di affidamenti in house al ricorrere di 3 condizioni:

1. l'esercizio, da parte dell'amministrazione aggiudicatrice/ente aggiudicatore, sulla persona giuridica, di un CONTROLLO ANALOGO a quello esercitato sui propri servizi (*lett. a*) (requisito strutturale);
2. oltre L'80% DELLE ATTIVITÀ della persona giuridica controllata è effettuato nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'amministrazione aggiudicatrice controllante o da altre persone giuridiche controllate dall'amministrazione aggiudicatrice o da un ente aggiudicatore (*lett. b*) (requisito Operativo-funzionale);
3. nella persona giuridica controllata non deve ESSERVI ALCUNA PARTECIPAZIONE DIRETTA DI CAPITALI PRIVATI, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati previste dalla legislazione nazionale, in conformità dei Trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata (*lett. c*).

Se ricorrono tali condizioni un'amministrazione aggiudicatrice o un ente aggiudicatore NON applica il Codice per l'affidamento di contratti pubblici ad una persona giuridica di diritto pubblico o di diritto privato.

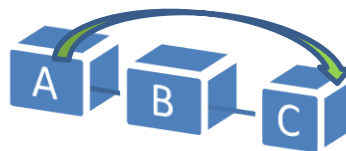
## ■ Il controllo analogo

- ❑ Un'amministrazione aggiudicatrice o un ente aggiudicatore esercita su una persona giuridica un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi *qualora essa eserciti un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della persona giuridica controllata.*
- Il controllo analogo sulla società «in house» *deve essere esercitato effettivamente* ed essere strutturale e funzionale, presupponendo il modello «in house» la mancanza di *«un rapporto contrattuale intersoggettivo tra aggiudicante e affidatario, perché quest'ultimo è, in realtà, solo la longa manus del primo»* (Corte Giust. UE, 29 novembre 2012, C-182/11; Corte Cost., sent. 20 marzo 2013, n. 46).
- La presenza di strumenti di controllo da parte *dell'ente pubblico più incisivi rispetto a quelli previsti dal diritto civile* a favore del socio totalitario (Corte di Giustizia UE, sez. III, sentenza 29 novembre 2012, C-182/11 e C-183/11).
- ❑ Principi codificati dal TUSPP: se l'art. 2, comma 1 *lett. b)* richiama la nozione di controllo codicistica dell'art. 2359 c.c., l'art. 16 prevede che nelle società in house:
  - gli statuti delle società per azioni possano contenere clausole in deroga delle disposizioni dell'art. 2380-bis e dell'art. 2409-novies c.c..
  - gli statuti delle società a responsabilità limitata possono prevedere l'attribuzione all'ente o agli enti pubblici soci di particolari diritti, ai sensi dell'art.2468, terzo comma, c.c.;
  - in ogni caso, i requisiti del controllo analogo possono essere acquisiti anche mediante la conclusione di appositi patti parasociali; tali patti possono avere durata superiore a cinque anni, in deroga all'articolo 2341-bis, primo comma, c.c..

## Altre forme di controllo analogo

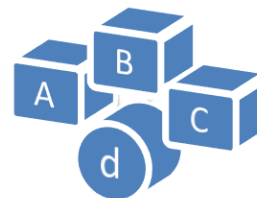
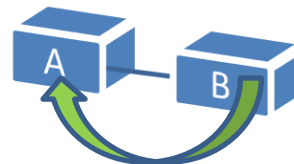
### IN HOUSE «A CASCATA»

L'amministrazione A controlla un soggetto in house B che a sua volta controlla l'organismo in house C – A concede affidamento diretto a C



### IN HOUSE «VERTICALE INVERTITO» O «CAPOVOLTO»

A controlla B che è un'amministrazione aggiudicatrice - B concede un affidamento diretto ad A



## Il controllo congiunto

Controllo esercitato congiuntamente da più società collegate al ricorrere di tre condizioni:

- organi decisionali controllata sono composti da rappresentanti di tutte le collegate
- le controllanti esercitano congiuntamente un'influenza determinante
- la controllata non persegue interessi contrari a quelli delle controllanti

## La cooperazione pubblico – pubblico

Il codice appalti non si applica per appalti affidati all'interno di un accordo concluso da due o più amministrazioni aggiudicatrici:

- l'accordo realizza una cooperazione per la gestione di servizi pubblici per obiettivi comuni;
- la cooperazione sia retta esclusivamente da considerazioni inerenti l'interesse pubblico
- svolgimento sul mercato aperto di meno del 20% delle attività interessate dalla cooperazione





# La «Stretta» sulle società partecipate

## Finalità perseguibili mediante l'acquisizione e la gestione di partecipazioni pubbliche

- **Art. 4 comma 2 del TUSSP ( D.lgs. n. 175/2016)**

Le amministrazioni pubbliche possono, direttamente o indirettamente, costituire società e acquisire o mantenere partecipazioni in società esclusivamente per lo svolgimento delle seguenti attività:

- a) produzione di un servizio di interesse generale, ivi inclusa la realizzazione e la gestione delle reti e degli impianti funzionali ai servizi medesimi;
- b) progettazione e realizzazione di un'opera pubblica sulla base di un accordo di programma fra amministrazioni pubbliche;
- c) realizzazione e gestione di un'opera pubblica ovvero organizzazione e gestione di un servizio d'interesse generale attraverso un contratto di partenariato di cui all'articolo 180 del decreto legislativo n. 50 del 2016;
- d) autoproduzione di beni o servizi strumentali all'ente o agli enti pubblici partecipanti o allo svolgimento delle loro funzioni;
- e) 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.

- **Art. 26, comma 2 del TUSSP ( D.lgs. n. 175/2016)**

L'articolo 4 del presente decreto non è applicabile alle società elencate nell'allegato A dello stesso decreto, nonché alle società aventi come oggetto sociale esclusivo la gestione di fondi europei per conto dello Stato o delle regioni, ovvero la realizzazione di progetti di ricerca finanziati dalle istituzioni dell'Unione europea.

## L'obbligo di motivazione «a monte»

- **Art. 5 Oneri di motivazione analitica del TUSSP ( D.lgs. n. 175/2016)**

L'atto deliberativo di costituzione di una società a partecipazione pubblica, anche nei casi di cui all'articolo 17 ( società miste), o di acquisto di partecipazioni, in società già costituite *deve essere analiticamente motivato con riferimento alla necessità della società per il perseguimento delle finalità istituzionali di cui all'articolo 4* (sopracitato), evidenziando, altresì, le ragioni che giustificano tale scelta, anche sul piano della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria, nonché di gestione diretta o esternalizzata del servizio affidato.

La motivazione deve anche dare conto della compatibilità della scelta con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa.

## ■ La «Stretta» sulle società partecipate del TUSSP

- **Gli affidamenti «a valle» delle società in house** (Articolo 4 Comma 2)

Le società partecipare sono tenute all'acquisto di lavori, beni e servizi secondo la disciplina di cui al decreto legislativo n. 50 del 2016. Resta fermo quanto previsto dagli articoli 5 e 192 del medesimo decreto legislativo n. 50 del 2016.

- **La gara a doppio oggetto nelle società miste** (Art. 17 Tussp e Art. 5 comma 9 Codice appalti)

### La scelta del socio privato

Nelle società a partecipazione mista pubblico-privata, la quota di partecipazione del soggetto privato non può essere inferiore al 30%.

La selezione del medesimo si svolge con gara a doppio oggetto riguardante, al contempo, la sottoscrizione o l'acquisto della partecipazione societaria da parte del socio privato e l'affidamento del contratto oggetto esclusivo dell'attività della società mista.

Il socio privato deve possedere i requisiti di qualificazione previsti in relazione alla prestazione per cui la società è stata costituita.

### La realizzazione dell'opera pubblica o alla gestione del servizio

Alle società miste, per la realizzazione dell'opera pubblica o alla gestione del servizio per cui sono state specificamente costituite non si applica il Codice dei contratti pubblici, se ricorrono le seguenti condizioni:

- a) la scelta del socio privato è avvenuta nel rispetto di procedure di evidenza pubblica;
- b) il socio privato sia qualificato in relazione alla prestazione per cui la società è stata costituita;
- c) la società provvede in via diretta alla realizzazione dell'opera o del servizio, in misura superiore al 70% del relativo importo.

## ■ Art. 192 – Regime speciale affidamenti «in house»

- Art. 192, comma 2 Codice dei contratti pubblici: OBBLIGO DI MOTIVAZIONE nel provvedimento di affidamento della scelta di affidare un contratto in via diretta
  - «Ai fini dell'affidamento in house di un contratto aventi 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**, e dando conto delle ragioni del mancato ricorso al mercato nonché dei benefici per la collettività della forma di gestione prescelta (...).»
- Sul punto ANAC ha proposto uno Schema di linee guida NON VINCOLANTI recanti «*Indicazioni in materia di affidamenti in house di contratti aventi ad oggetto lavori, servizi o forniture 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.*»

## ■ Bozza di linee guida ANAC (Linee guida non vincolanti)

### 1. Si applicano anche ai lavori

### 2. Svolgimento di attività istruttoria

.S. a. è tenuta a svolgere un'attività istruttoria in ordine alla presenza sul mercato dei lavori da affidare, alla congruità economica ed ai benefici per la collettività, dando atto delle scelte effettuate.

### 3. Contenuto della valutazione effettuata dal RUP

- L'accertamento della presenza/assenza sul mercato del lavoro, servizio o fornitura da affidare
- La congruità economica, che tenga in considerazione oltre al costo del lavoro, anche le modalità di svolgimento del lavoro e le esperienze pregresse. Si può prendere a riferimento dei benchmark adeguati quali costi standard definiti dalle Autorità di settore, prezzi di riferimento elaborati da ANAC, prezzi dei contratti affidati da soggetti aggregatori, prezzi ufficiali e prezzi medi risultanti da gare bandite per l'affidamento di lavori analoghi.
- I benefici per la collettività della forma di gestione prescelta.
- L'efficacia dell'attività dell'ente In house, valutata con riferimento alla specifica utilità, che deve risultare dalla motivazione.

....

- La qualità della prestazione, valutata con riferimento alla tipologia, modalità e tempi di svolgimento definiti.
- L'economicità della gestione, perseguita anche attraverso forme di gestione che garantiscano economie di scala.
- L'efficienza della gestione, valutata sulla base del rapporto tra risorse disponibili e risultati attesi.

### 4. Le conseguenze in caso di omissione

- L'omissione degli adempimenti richiesti o anche una insufficiente o assente motivazione costituiscono criteri per la dichiarazione di illegittimità dell'affidamento stesso.
- Costituisce causa di responsabilità amministrativa e contabile del responsabile del procedimento.
- Avverso tali provvedimenti ANAC ha poteri di cui all'articolo 211 commi 1 bis e 1ter del Codice dei Contratti Pubblici

## ■ Il parere del Consiglio di Stato

### Parere n. 1073 del 28 settembre 2021

- Occorre tener conto delle evoluzioni normative che favoriscono la maggior celerità dei provvedimenti in una fase nella quale le politiche espansive di bilancio, anche a livello europeo, offrono un'opportunità di rilancio attraverso forti investimenti pubblici. In particolare, è opportuno tenere presente le indicazioni che sono state fornite in relazione all'esecuzione degli interventi ricompresi nel PNRR (art. 10 DL n. 77/2021).
- Si assiste ad una modifica del quadro normativo in itinere (prossima adozione del nuovo codice appalti – DDL 2330, presentato a giugno in Senato).
- Ribadisce la sostanziale solidità dell'impianto giurisprudenziale in relazione all'istituto dell' «In house» che non ha evidenziato problematiche tali da rendere necessario un ampliamento del campo applicativo della disciplina.



Prima di valutare nel merito i contenuti dello schema di linee guida, chiede all'ANAC un ulteriore approfondimento sui profili sopra evidenziati

## ■ Il ruolo dell «in house» e l'attuazione del PNRR



*Articolo 10 D.L. 31 maggio 2021, n. 77, convertito dalla legge 29 luglio 2021, n. 108 (Governance del Piano nazionale di ripresa e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure.)*

Per sostenere la definizione e l'avvio delle procedure di affidamento ed accelerare l'attuazione degli investimenti pubblici, in particolare di quelli previsti dal PNRR e dai cicli di programmazione nazionale e dell'Unione europea 2014-2020 e 2021-2027, le amministrazioni interessate, mediante apposite convenzioni, possono avvalersi del supporto tecnico-operativo di *società in house qualificate* ai sensi dell'articolo 38 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50.

L'attività di supporto copre anche le fasi di definizione, attuazione, monitoraggio e valutazione degli interventi e comprende azioni di rafforzamento della capacità amministrativa, anche attraverso la messa a disposizione di esperti particolarmente qualificati.

Ai fini dell'articolo 192, comma 2, del decreto legislativo n. 50 del 2016, la *valutazione della congruità economica dell'offerta ha riguardo all'oggetto e al valore della prestazione e la motivazione del provvedimento di affidamento dà conto dei vantaggi, rispetto al ricorso al mercato, derivanti dal risparmio di tempo e di risorse economiche, mediante comparazione degli standard di riferimento della società Consip S.p.A. e delle centrali di committenza regionali.*

## Il Punto della Giurisprudenza



### ...in materia di libertà di scelta del modello «in house» da parte dell'amministrazione

- Corte di giustizia ordinanza del 6 febbraio 2021 (cause c-89/19, c-90/19, c-91/19 n. 01073/2021 *affare – riego s.p.a.*).

La libertà per gli stati membri di scegliere tra il modello dell'esternalizzazione o dell'autoproduzione non è illimitata, ma esercitata nei limiti dei principi sanciti dal TFUE (libertà di circolazione delle merci, libertà di stabilimento, libertà di prestazione dei servizi nonché dei principi corollario quali parità di trattamento, divieto di discriminazione, mutuo riconoscimento proporzionalità e trasparenza).

In questo contesto è legittimo prevedere l'obbligo di motivare i vantaggi per la collettività specificatamente connessi all'aggiudicazione dell'appalto **in quanto è compito dello stato membro definire un punto di equilibrio tra i due valori da bilanciare (quello della libera autorganizzazione delle pubbliche amministrazioni con quello della concorrenza e del mercato).**

### ....In materia di onere motivazionale

- Cons. St., Sez. IV, 15 luglio 2021, n. 5352

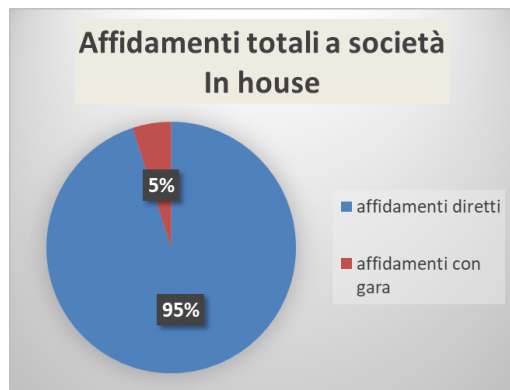
Si afferma che l'attuale quadro normativo impone all'Amministrazione che intenda ricorrere all'affidamento **diretto un onere motivazionale rafforzato**, che consenta un "penetrante controllo della scelta effettuata [...] *anzitutto sul piano dell'efficienza amministrativa e del razionale impiego delle risorse pubbliche*". *Ciò in particolare:*

a) *nell'espone le ragioni di preferenza per l'affidamento in house rispetto al ricorso all'evidenza pubblica in punto di convenienza economica, di efficienza e qualità del servizio, così dando "dimostrazione della ragionevolezza economica della scelta compiuta" ed esplicitando le ragioni dell'esclusione del ricorso al mercato;*

b) *nell'esplicitare i benefici per la collettività derivanti da tale forma di affidamento, in tal modo esplicitando la finalizzazione dell'istituto al perseguimento di obiettivi di carattere latamente sociale, percepibili al di fuori della dimensione meramente organizzativa dell'Amministrazione".*

Con specifico riferimento alla prospettiva economica, si richiede all'Amministrazione di **valutare la convenienza dell'affidamento del servizio secondo lo schema dell' «in house» rispetto all'alternativa costituita dal ricorso al mercato**, attraverso una comparazione tra dati da svolgersi mettendo a confronto operatori privati operanti nel medesimo territorio, al fine di dimostrare che quello fornito dalla società in house è il più economicamente conveniente ed in grado di garantire la migliore qualità ed efficienza.

## La partecipazione alla gara di una società partecipata/controllata dalla stazione appaltante: profili di criticità



### Sotto il profilo della tutela concorrenziale

Profilo di oggettiva problematicità, che non trova attualmente una disciplina specifica nel Codice dei contratti pubblici. (Consiglio di Stato, nel parere del 5 marzo 2019, n. 667 reso in relazione alle linee guida ANAC in materia conflitto di interesse).

### Possibili soluzioni

Dotare l'impianto normativo di soluzioni volte a regolare legittimità della partecipazione a gare di società controllate dalla stazione appaltante. (es. allargare la nozione di conflitto di interesse, al momento limitata alla sfera soggettiva dell'agente).

Obbligo di dimostrare se siano state adottate misure preventive adeguate, senza di cui dovrebbe concludersi per la necessità di escludere il concorrente partecipato dalla Stazione appaltante.



## Affidamenti «in house» e concessioni

### Affidamento delle concessioni autostradali ai sensi dell'articolo 178 Codice appalti

La norma impone di riaffidare le concessioni autostradali scadute alla data di entrata in vigore del codice, ferma restando la possibilità di affidamento «in house» ai sensi dell'articolo 5 del codice.

Inoltre, le concessioni autostradali relative ad autostrade che interessano più regioni possono essere affidate dal MiMS a società In house di altre amministrazioni anche appositamente costituite. A tal fine il controllo analogo può essere esercitato anche dal MIMS attraverso un comitato disciplinato da apposito accordo ai sensi dell'articolo 15 della legge 7 agosto 1990, n. 241, che eserciti sulla società in house i poteri di cui al citato articolo 5.

### Gli affidamenti dei concessionari ai sensi dell'articolo 177 Codice appalti

L'applicazione dell'obbligo di esternalizzare il 20% dei contratti afferenti i concessionari «senza gara» (40% per i concessionari autostradali) **PRESCINDE DALLA NATURA PUBBLICA O PRIVATA DELLA CONCESSIONE E NON SI RIENTRA NELLA NOZIONE DI «IN HOUSE» fin qui considerata.** Ciò in quanto la norma interessa sia i concessionari pubblici che privati che, alla data di entrata in vigore del codice siano titolari di concessioni attribuite «senza gara».

# Grazie per l'attenzione!