

Tratti il candidato degli affidamenti “in house” nei servizi pubblici locali: il modello gestionale societario a partecipazione pubblica totalitaria

RIFERIMENTI NORMATIVI

Artt. 2, 97, 113, 118 Cost.
D.Lgs. 18-8-2000, n. 267

SCHEMA DI TRATTAZIONE

- **La titolarità del servizio pubblico nel testo unico degli enti locali**
- **Il modello gestionale a partecipazione pubblica totalitaria**
- **I limiti esterni: il principio di sussidiarietà**
- **I limiti interni: il “controllo analogo”**
- **Conclusioni**

La competenza a erogare servizi pubblici a favore della comunità spetta, per definizione, agli enti locali territoriali.

In base al principio di sussidiarietà, sancito dall’art. 118 Cost., l’esercizio dell’attività amministrativa, che tradizionalmente è incluso fra i servizi pubblici locali, rientra fra le competenze proprie delle amministrazioni locali.

In generale, la P.A. ha due modi per soddisfare le proprie esigenze: producendo essa stessa beni e servizi o reperendoli sul mercato.

In merito alle forme di gestione degli enti locali, l’art. 113 del D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (*Testo unico degli Enti Locali*) distingue tra servizi: a) **in economia**, quando per le modeste dimensioni o per le caratteristiche del servizio non sia opportuno costituire una istituzione o una azienda; b) **in concessione a terzi**, quando sussistano ragioni tecniche, economiche e di

opportunità sociale; c) a mezzo di **azienda speciale**, anche per la gestione di più servizi di rilevanza economica e imprenditoriale; d) a mezzo di **istituzione**, per l'esercizio di servizi sociali senza rilevanza imprenditoriale; e) a mezzo di **società per azioni** o a **responsabilità limitata** a prevalente capitale pubblico locale costituite o partecipate dall'ente titolare del pubblico servizio, qualora sia opportuna in relazione alla natura o all'ambito territoriale del servizio la partecipazione di più soggetti pubblici o privati; f) a mezzo di **società per azioni senza il vincolo della proprietà pubblica maggioritaria** a norma dell'articolo 116.

L'affidamento *in house*, uno di tali modalità di gestione, rappresenta terreno di confronto fra le *esigenze di liberalizzazione del settore* e gli *interessi di salvaguardia delle vecchie aziende pubbliche*, ora per lo più trasformate in società.

L'istituto si contrappone al c.d. *outsourcing*, che si ha quando la P.A. affida all'esterno, e quindi a un terzo, distinto sul piano formale e sostanziale, il compimento della propria attività.

Con l'espressione "*affidamento in house*" si fa riferimento non tanto all'ipotesi in cui la P.A. produce beni o servizi al suo interno, quanto piuttosto all'affidamento dell'attività a un soggetto formalmente distinto ma che, sostanzialmente, rappresenta un suo *prolungamento* o anche un suo *organo*. In questo senso, si definisce tale rapporto come "delegazione interorganica" e "delegazione intersoggettiva": nel primo c'è un'appartenenza degli organi all'ente di riferimento, nel secondo vi sono due enti distinti.

Pertanto, l'*affidamento in house* rientra solo nella seconda ipotesi, ossia quando manca la procedura concorsuale. Quindi, il fatto che il soggetto affidatario sia parte integrante o prolungamento del soggetto affidante esclude l'applicazione delle norme dell'evidenza pubblica per gli appalti e le concessioni pubbliche di servizi. Se, infatti, l'appalto e la concessione di servizi rappresentano dei contratti che comportano una diversità formale e sostanziale delle parti, nell'*affidamento in house* manca una relazione fra le parti.

D'altra parte, l'istituto è stato elaborato dalla Corte di giustizia delle Comunità europee, per collegare il principio di libera concorrenza con il principio di autorganizzazione, in base al quale la P.A., per realizzare un servizio pubblico, può utilizzare gli strumenti organizzativi che ritenga più opportuni.

Per questo motivo, è chiaro che possono sorgere dei problemi quando nel principio di autorganizzazione, sancito *ex art.* 97 Cost., si includano anche casi di affidamento a soggetti distinti sul piano formale e, secondo alcuni, anche sostanziale. Per di più, non è stata ancora prevista una legislazione compiuta delle società *in house*. Il legislatore, infatti, ha preferito intervenire in maniera settoriale regolando la normativa in base alle necessità che di volta in volta si presentavano.

Per quanto concerne l'ambito dei servizi pubblici locali, l'attuale punto di riferimento, come detto, è l'art. 113 del TUEL, nell'ambito del quale possiamo evidenziare le seguenti forme di gestione.

Anzitutto, viene presentato il *modello concorsuale*, secondo cui i servizi pubblici economici devono essere affidati in favore di società di capitali mediante procedura ad evidenza pubblica.

È previsto, quindi, un affidamento diretto da parte dell'ente locale in favore di società di capitali a partecipazione pubblico-privata mediante procedura di evidenza pubblica.

Infine, c'è l'affidamento *in house*, in base al quale l'ente locale affida il servizio pubblico economico a società di capitali interamente pubbliche, senza procedure di evidenza, con un obbligo di controllo sulla società affidataria analogo a quello esercitato al suo interno e in base al principio che tale società realizzi la parte più importante della propria attività in favore dell'ente pubblico controllante.

Da quanto emerso, la possibilità di deroga alla procedura con gara è ammessa ove ricorrano tre condizioni: a) che la società sia interamente pubblica; b) che questa società sia sottoposta a un controllo dell'ente pubblico proprietario analogo a quello che l'ente pubblico esercita al proprio interno; c) che la società stessa eserciti la parte più importante della propria attività in favore dello stesso ente pubblico controllante.

Se nessun problema pone la prima delle tre modalità, notevoli difficoltà emergono con riferimento alla seconda e alla terza.

La prima difficoltà emerge relativamente all'incompatibilità dell'assetto delineato dall'art. 113, comma 5, del TUEL con i principi di libertà di prestazione dei servizi pubblici e di concorrenza sanciti dall'ordinamento comunitario.

La normativa comunitaria prevede che taluni servizi, come la gestione della comunità alloggio per minori, dei servizi di assistenza domiciliare in

favore di persone anziane o svantaggiate, siano affidati mediante gara, mentre in talune realtà locali vengono adottate altre forme.

Il problema è stato più volte esaminato dalla giurisprudenza che si è interrogata circa l'esistenza di vincoli di derivazione comunitaria che orientassero la P.A. a preferire, alla produzione domestica, la ricerca sul mercato delle prestazioni necessarie per l'esercizio dell'attività amministrativa.

In particolare, il T.A.R. Puglia (Bari, sez. III, 8-9-2004, n. 885) aveva chiesto alla Corte di giustizia Europea di pronunciarsi sulla legittimità della normativa nazionale nella parte in cui prevedeva la possibilità, per gli enti locali, di ricorrere all'affidamento *in house* senza indicare alcuna regola. Il TAR Puglia aveva posto in rilievo che l'art. 86 del TCE, prevede il principio della libera concorrenza, salvo i casi in cui lo stesso poteva essere di ostacolo all'adempimento del servizio pubblico. Conseguentemente, la P.A. dovrebbe seguire la procedura ad evidenza pubblica, salvo casi eccezionali adeguatamente motivati. Neppure l'art. 113, comma 5*bis*, che definisce i rapporti fra gara, società mista e affidamento *in house*, chiarisce il problema. Tale articolo, infatti, rinvia alla legislazione speciale per le regole riguardanti la scelta della P.A. quanto al sistema di affidamento del servizio. Secondo parte della dottrina, in questo modo tale normativa sarebbe illegittima giacché non avrebbe carattere obbligatorio, essendo rimessa alle legislazioni di settore la facoltà di individuare i criteri di preferenza destinati a orientare la scelta fra *in house providing* ed esternalizzazione.

Sul punto, la Corte di giustizia delle Comunità Europee (sez. I, sentenza 6 aprile 2006, Causa C-419/04) ha affermato la compatibilità comunitaria della legislazione nazionale sui servizi pubblici locali. L'elemento interessante di tale pronuncia è l'affermazione che l'affidamento *in house* rappresenta un'eccezione, da motivare adeguatamente e interpretare restrittivamente. Il principio comunitario non è tanto la tutela dell'interesse della P.A., quanto la libera circolazione e concorrenza. Quindi, la P.A. non possiede un'assoluta libertà di scelta, dal momento che l'*affidamento in house* rappresenta una *extrema ratio*. Il principio della libertà di auto-organizzazione della P.A. non prevede una libertà di valutazione insindacabile, sottratta al giudizio del giudice amministrativo.

Il problema, dunque, si è spostato dal piano normativo a quello amministrativo della motivazione del provvedimento di affidamento diretto.

La P.A., quindi, può decidere, motivandolo, se fornire essa stessa un servizio pubblico o affidare tale compito ad un altro ente. Pertanto, non

basta dichiarare la volontà di eseguire ‘personalmente’ un servizio ma è necessario anche dimostrare che tale modalità non sia contraria al principio della libera concorrenza e del mercato.

Secondo un principio analogo ci si è posto il problema della legittimità costituzionale dell’art. 113, comma 5, del D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267, per contrasto con l’art. 118 comma 4, Cost. nella parte in cui si prevede che “Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l’autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del “*principio di sussidiarietà*” (cfr. TAR Sardegna, sentenza 2 agosto 2005 n. 1729). In particolare, tale norma del TUEL prevedendo alternativamente il modello ad evidenza pubblica e quello domestico, si opporrebbe al principio in base al quale spetta al privato la funzione economica laddove non si tratti di servizi pubblici.

Il *principio di sussidiarietà*, introdotto nella Costituzione italiana con la riforma del titolo V, rileva anche nell’art. 3 comma 5, D.Lgs. n. 267 del 2000 che stabilisce: «I comuni e le province sono titolari di funzioni proprie e di quelle conferite loro con legge dello Stato e della regione, secondo il principio di sussidiarietà. I comuni e le province svolgono le loro funzioni anche attraverso le attività che possono essere adeguatamente esercitate dalla autonoma iniziativa dei cittadini e delle loro formazioni sociali».

Dal combinato disposto fra il dettato costituzionale e il dato legislativo ordinario, emerge che il principio di sussidiarietà presuppone un rapporto fra due o più soggetti aventi un carattere «privilegiato».

La sussidiarietà designa, infatti, il fenomeno per cui i compiti di gestione della cosa pubblica devono essere affidati alla struttura più vicina alla cittadinanza, lasciando alle strutture amministrative sovraordinate solo quelle funzioni che, per la loro natura, non possono essere svolte localmente.

In conclusione, si può affermare che la sussidiarietà opera come **critério di riparto di competenza** all’erogazione di servizi pubblici fra l’*azione dei privati e quella dei pubblici poteri*.

Il problema, dunque, riguarda il riconoscimento ai privati operato dall’art. 118, comma 4, Cost. in questo caso, due sono le possibili posizioni: una che favorisce l’azione dei privati se in grado di provvedere alle proprie necessità; l’altra, l’intervento pubblico, a meno che i privati siano in grado di provvedere alle proprie necessità.

Mentre nel secondo caso, si mette in evidenza la centralità dell'azione pubblica, nel primo, invece, si circoscrivono le funzioni del pubblico a vantaggio del privato: il pubblico diventa sussidiario rispetto al privato, nel senso che l'azione pubblica risulta ammissibile perché l'azione privata non si mostra in grado di raggiungere il fine pubblico, o perché le funzioni siano svolte in modo più efficiente e con risultati più efficaci.

Seguendo tale impostazione, ne deriva che le decisioni di intervento pubblico sono atti amministrativi sindacabili nella motivazione, cioè nella dimostrazione della maggiore adeguatezza dell'intervento pubblico in ragione dei criteri di economicità, efficienza ed efficacia.

Pertanto, a ciascun ente pubblico deve riconoscersi, *ex art. 97 Cost.*, la potestà di valutare quali siano le modalità più consone al soddisfacimento degli interessi pubblici così come previsto dall'art. 118, comma 4, Cost. che, da un lato, obbliga gli enti locali a favorire l'iniziativa dei privati e, dall'altro, disciplina lo svolgimento di attività di interesse generale.

In conclusione, considerando le forme di affidamento previste dall'art. 113, comma 5, del D.Lgs. 267/2000, 'sussidiarie' rispetto all'iniziativa privata, può valutarsi tale previsione legislativa costituzionalmente legittima.

Per quanto concerne i limiti interni e il cd. requisito del «**controllo analogo**», c'è da dire come giurisprudenza e dottrina evidenzino due fattori differenti: la misura della partecipazione pubblica e il complesso dei poteri che esso presuppone.

Nel primo caso, la titolarità della P.A. di poteri di controllo analoghi a quelli esercitati al suo interno non può essere desunta dalla totale partecipazione pubblica al capitale sociale.

Nel secondo, la giurisprudenza ha definito il concetto di controllo analogo come 'dipendenza', "influenza dominante" dell'ente affidante riguardo gli obiettivi strategici, sulle decisioni principali (cfr. T.A.R. Puglia, 8-11-2006, n. 5197).

Al fine di impedire azioni che possano essere contrarie alla libera concorrenza, la giurisprudenza ha ritenuto la necessità di interpretare restrittivamente il concetto di «controllo analogo».

In particolare, il controllo deve qualificarsi come strutturale e funzionale, perché esercitabile sugli organi, sugli atti e sugli indirizzi societari (cfr. T.A.R. Lombardia, sentenza 17-7-2006, n. 1837).

Tuttavia, come sottolineato dalla dottrina, tali aspetti non devono pregiudicare l'autonomia dell'impresa, che deve poter attuare la propria linea aziendale. Il controllo, infatti, anche se condizionante, non è gerarchico ma appunto «analogo».

La rappresentazione delle condizioni prescritte per l'affidamento *in house* non è, tuttavia, ancora approdata a un punto definitivo. Non a caso, la ricostruzione delle coordinate di riferimento del concetto di “controllo analogo” è in costante precisazione da parte del Consiglio di Stato (da ultimo, **C. d. S., sez. V, 9-3-2009 n. 1365**).

Le considerazioni svolte mettono in luce quanto deve essere ancora realizzato per perfezionare le forme di gestione previste dall'art. 113 TUEL.

In dottrina, infatti, si è evidenziato come l'autoproduzione rappresenti un intervento limitativo del mercato che, per il suo carattere eccezionale, esige una motivazione che deve essere verificabile in sede giudiziale.

D'altra parte, negli ultimi tempi sono stati più volte presentati dei disegni di legge in cui le procedure ad evidenza pubblica rappresentano la regola generale mentre l'affidamento *in house* a società a capitale interamente pubblico o miste è consentito in modo eccezionale, previa analisi di mercato e alla stregua di una ponderata valutazione sull'inadeguatezza dell'offerta privata. Ed è proprio in tale prospettiva che occorre considerare quanto, sul punto, disposto dal **D.L. 112/2008**, conv. con modifiche in **L. 133/2008** (art. 23bis), in materia di regolamentazione dell'affidamento e della gestione dei servizi pubblici locali aventi rilevanza economica. La nuova disciplina, infatti, in linea con le prescrizioni del diritto comunitario, prevede che l'affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica avvenga, in via ordinaria, attraverso procedure competitive ad evidenza pubblica. In deroga all'affidamento ordinario, e per situazioni che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali e ambientali del contesto in riferimento, non consentano un efficace ricorso al mercato, l'affidamento può avvenire nel rispetto dei principi comunitari e purché l'ente affidante dia adeguata pubblicità alla scelta.

In materia è necessario, ancora, citare quanto osservato dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato che, con comunicazione 20 ottobre 2008, ha sostenuto che andrebbe espressamente indicato il principio secondo cui l'affidamento diretto è ammesso solo quando non sia possibile individuare una migliore soluzione di mercato.

Infine, bisogna rilevare come recentemente, il legislatore sia più volte intervenuto sugli affidamenti *in house*, limitandosi, tuttavia, a provvedimenti di carattere settoriale. I recenti interventi di settore, pur limitati, si riflettono su tutta la disciplina e quindi sulla stessa portata dell'art. 113 D.Lgs. n. 267/2000.

Copyright © Esselibri S.p.A.