

Dell' affidamento *in house* della pubblica amministrazione: definizioni, giurisprudenza e normativa di riferimento.

In house providing e contracting out.

L' *in house providing* corrisponde all'esecuzione di determinate prestazioni in proprio da parte del committente pubblico, attribuendo l'appalto o il servizio a soggetto di diritto pubblico, in deroga al principio dell'evidenza pubblica. Il modello si contrappone a quello dell' *outsourcing*, o *contracting out*, nel quale il committente pubblico si rivolge al privato delegandogli la funzione amministrativa o il compito di produrre o fornire beni e servizi.

Condizioni necessarie per l'affidamento in house.

L'indizione di una gara pubblica, [...] non è obbligatoria, quando l'affidatario è un ente giuridicamente distinto dall'amministrazione aggiudicatrice, qualora siano soddisfatte le due condizioni seguenti: da un lato, l'amministrazione pubblica, che è un'amministrazione aggiudicatrice, deve esercitare sull'ente giuridicamente distinto di cui trattasi un controllo analogo a quello che esercita sui propri servizi; dall'altro, tale ente deve svolgere la parte più importante della sua attività con l'ente o gli enti che lo detengono¹.

Le due condizioni necessarie, come indicate dalla Corte di Giustizia sin dal 1999 (sentenza Teckal), limitano l'affidamento diretto al fine di non violare le regole della concorrenza. Per quanto attiene alla prima condizione (c.d. controllo analogo), la Corte di Giustizia già nella sentenza Teckal precisava che deve trattarsi di “*un rapporto che determina da parte*

dell'amministrazione controllante un assoluto potere di direzione coordinamento e supervisione [...] che riguarda l'insieme dei più importanti atti di gestione”; così come nuovamente nel 2008²:

“la società aggiudicataria è soggetta a un controllo che consente all'amministrazione aggiudicatrice di condizionarne le decisioni in modo determinante sia sugli obiettivi strategici sia sulle decisioni importanti di detta società (nella specie la nomina di organi direttivi, la determinazione delle spese di funzionamento, le verifiche sull'attività [...]).”

La stessa giurisprudenza nazionale ha fatto proprio e ribadito più volte l'orientamento della Corte.

Il Consiglio di Stato conferma che affinché vi sia controllo analogo, si deve verificare in concreto che si realizzi “una sorta di amministrazione indiretta nella gestione del servizio, che resta

1 Corte di Giustizia, sez.II, 17 luglio 2008 C-371/05

2 Corte di Giustizia, sez.II, 17 luglio 2008 C-371/05

saldamente nelle mani dell'ente concedente, attraverso un controllo assoluto sull'attività della società affidataria la quale è istituzionalmente destinata in modo assorbente a operazioni in favore di questo(...). La struttura organizzativa deve, quindi, essere tale da consentire all'ente pubblico di esercitare la più totale ingerenza e controllo sulla gestione, nonché, sull'andamento economicofinanziario, analogamente a quanto avrebbe potuto fare con un servizio gestito direttamente”³.

Il Tar del Friuli ha addirittura proceduto ad un'elencazione (seppur non tassativa) di alcuni possibili elementi indicatori del “controllo analogo”⁴:

- ❑ consultazioni tra gli enti associati circa la gestione dei servizi pubblici svolti dalla società, circa il suo andamento generale e, soprattutto circa le concrete scelte operative: con audizione da disporsi con frequenza ragionevole, del Presidente e del Direttore generale della società;
- ❑ modifiche dello statuto della società, previo invio ai singoli enti per gli adempimenti di competenza;
- ❑ consenso degli enti associati all'eventuale esercizio di attività particolari;
- ❑ ispezioni dirette da parte dei soci;
- ❑ controllo mediante una Commissione, dello stato di attuazione degli obiettivi, anche sotto il profilo dell'efficacia, dell'efficienza ed economicità della gestione, con successiva relazione all'assemblea degli azionisti.

Per quanto attiene alla seconda condizione la Corte di Giustizia indica come “un'impresa svolge la parte più importante della sua attività con l'ente che la detiene se l'attività di detta impresa è destinata principalmente all'ente in questione e ogni altra attività risulta avere solo un carattere marginale”⁵.

Si ritiene che tale requisito vada inteso sotto il profilo quantitativo e quindi indicizzato e parametrato al fatturato realizzato. La prevalenza deve altresì essere significativa al fine di non alterare la libera concorrenza e, benché la legge non ne indichi la misura e spetti all'interprete l'individuazione, è possibile far riferimento a disposizioni relative a casi analoghi.

Si possono richiamare a tal fine l'art. 13 della Dir. 93/38/CEE e l'art. 8 del d. lgs 158/1995 i quali consentono nei c.d. settori esclusi o speciali che le pubbliche amministrazioni affidino direttamente appalti (di servizi, lavori o forniture) ad un'impresa collegata purché almeno l'80% del fatturato dell'ultimo triennio provenga dallo svolgimento di servizi o di lavori o dalla fornitura di prodotti all'amministrazione cui è collegata

3 C.d.S. sez. IV, 25 gennaio 2005 n. 168

4 sentenza 12 dicembre 2005 n. 986

5 Corte di Giustizia, sez.II, 17 luglio 2008 C-371/05,

“La ragione che giustifica l’affidamento diretto di un appalto ad una società collegata è, invero, la medesima che giustifica l’affidamento diretto di un pubblico servizio ad una società in house, in quanto, in entrambi i casi, l’avvalersi di società collegate o controllate rappresenta una scelta auto-organizzativa della pubblica amministrazione, la quale evita, in tal modo, di rivolgersi al mercato. Il parametro dell’80% del fatturato realizzato dalla società in house per la gestione dei servizi pubblici ad essa affidati dall’amministrazione che la controlla può, quindi, considerarsi un valido criterio dal quale può ragionevolmente desumersi quando il requisito della prevalenza dell’attività sia da ritenere soddisfatto”⁶.

Decreto legge 4 luglio 2006, n°223

Il c.d. Decreto Bersani, perseguendo l’obiettivo della promozione della concorrenza, della competitività e della razionalizzazione dei costi degli apparati pubblici regionali e locali, indica requisiti ulteriormente restrittivi per le società a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali o locali per la produzione di beni o servizi strumentali all’attività di tali enti. Tali società devono operare esclusivamente con gli enti costituenti (o partecipanti o affidanti), non possono svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, né in affidamento diretto né con gara, e non possono partecipare ad altre società o enti⁷.

6 C. TESSAROLO “*La gestione in house dei servizi pubblici*” in Diritto dei servizi pubblici.

7 art. 13, DL 4 luglio 2006, n°223.