

L'affidamento *in house* tra Pubbliche Amministrazioni.

Di Rosamaria Boccuzzi

L'affidamento *in house* è certamente uno dei temi più dibattuti e controversi degli ultimi anni nel settore della contrattualistica pubblica.

Col termine affidamenti *in house* viene indicata l'ipotesi in cui, il committente pubblico, derogando al principio di carattere generale dell'evidenza pubblica, invece di procedere all'affidamento all'esterno di determinate prestazioni, provvede in proprio, e cioè all'interno, all'esecuzione delle stesse attribuendo l'appalto di servizi ad un'altra entità giuridica (di diritto pubblico) mediante il sistema dell'affidamento diretto o senza gara.

Questo sistema, definito in tempi più recenti con l'espressione *in house providing* evidenzia il modello organizzativo in cui la Pubblica Amministrazione, in contrapposizione con il modello dell'*outsourcing* (e cioè del ricorso alla impresa privata per il reperimento delle risorse necessarie allo svolgimento dell'attività amministrativa), provvede da sé al perseguimento del bene-interesse pubblico mediante attività interna ad essa stessa.

La scelta tra tali modelli richiede la previa valutazione comparativa degli obiettivi di valorizzazione che si intendono conseguire e dei relativi mezzi, metodi e tempi, in base ai principi di economicità, efficienza ed efficacia (sistema inglese del *Best Value*).

Il ricorso all' *in house* è, senza dubbio alcuno, manifestazione del potere di auto-organizzazione della Pubblica Amministrazione, la quale, attraverso un sistema definito, da autorevole dottrina, di "delegazione interorganica", può decidere di produrre da sé il servizio pubblico.

Tuttavia, il sistema *de quo* va a scontrarsi con i principi generali di tutela della concorrenza e del mercato, tesi a garantire la massima trasparenza anche in materia di appalti e di contratti pubblici.

A tal proposito, è intervenuta la Corte di Giustizia, delineando, con la sentenza del 18 novembre 1999 (nota come "Sentenza Teckal"), i confini all'interno dei quali l'affidamento diretto può ritenersi ammissibile e non in contrasto con il libero mercato.

Le condizioni necessarie, affinché si possa procedere all'affidamento senza gara, sono:

- l'esercizio da parte dell'Ente committente, sul soggetto affidatario, di un "controllo analogo" a quello che esercita sui propri servizi,
- la necessità che il soggetto affidatario realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente committente che lo controlla.

In buona sostanza, l'affidamento *in house*, perché sia legittimo, deve essere fatto a favore di una entità giuridica legata, all'ente aggiudicatore, da particolari vincoli di carattere funzionale, organizzativi ed economici.

Pertanto, l'amministrazione controllante deve esercitare un assoluto potere di direzione, di coordinamento e di supervisione dell'attività della persona giuridica controllata, che non possiede alcuna autonomia decisionale in relazione ai più importanti atti di gestione e che si configura come un'ipotesi di terzietà formale, ma non sostanziale. Questa, infatti, è terza perché dotata di personalità giuridica, ma lo è solo formalmente perché nella sostanza dipende integralmente dall'amministrazione in una forma di "subordinazione gerarchica".

Con tale pronuncia, la Corte di Giustizia non solo ha delineato i limiti del ricorso all'affidamento in questione ma ha fornito su un piatto d'argento la soluzione normativa di questo istituto.

Infatti, la nuova formulazione dell'art. 113 del D.Lgs. 267/2000, così come modificato dalla Legge 326/2003, in materia di affidamento del servizio pubblico locale prevede, al comma 5, che la titolarità del servizio sia attribuita, tra le altre, anche a "società a capitale interamente pubblico a condizione che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano".

I parametri, ai quali deve rispondere l'affidamento *in house*, sono stati ulteriormente definiti dalla Corte di Giustizia con una recentissima sentenza, dell'11 gennaio 2005, con la quale è stato ridimensionato il ricorso all'istituto in questione.

Infatti, escludendo la possibilità che l'amministrazione aggiudicatrice possa esercitare, su una società a partecipazione privata – seppur in minima percentuale – un controllo analogo a quello che esercita sui propri servizi, la Corte ha escluso dall' *in house* qualsiasi società mista.

Questo non solo perché la presenza di un soggetto privato, all'interno della società aggiudicataria, comporterebbe l'inevitabile perseguimento di interessi confliggenti con quelli pubblici, e quindi ostacolerebbe il controllo pieno sull'attività e sulla struttura dell'ente, ma anche nel rispetto della libera concorrenza e del libero mercato, principi che ricevono in ambito comunitario la più ampia tutela giuridica.

Premesso che l'amministrazione committente deve esercitare un “controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi” e, quindi di carattere fortemente incisivo, è bene distinguere le due fattispecie in cui si può manifestare l'affidamento *in house*.

L'ipotesi più ricorrente è quella che vede l'amministrazione committente affidare lo svolgimento dei servizi ad una struttura operativa facente parte della propria struttura organizzativa.

L'ipotesi meno ricorrente, ma di maggiore complessità, è certamente quella in cui l'affidamento viene fatto in favore di una struttura amministrativa differente o di una società da quest'ultima controllata.

In quest'ultimo caso, è necessario però che la società controllata abbia anch'essa i requisiti dell'organismo di diritto pubblico.

In ambedue i casi esposti, infatti, rileva la condizione che l'ente affidatario (intendendo per tale anche la società controllata da una diversa amministrazione) non sia in una posizione di terzietà rispetto alla pubblica amministrazione, tale da rendere illegittima la attribuzione *in house* e contestualmente far configurare una ipotesi di violazione delle norme in materia di tutela della libera concorrenza.

A tal fine la Corte di Giustizia, con la sopra citata pronuncia del gennaio 2005, ha definitivamente escluso dall'affidamento *in house* tutti i soggetti affidatari che siano, seppur in minima parte, partecipati da privati e che, pertanto, configurino inevitabilmente una ipotesi di terzietà rispetto all'ente appaltante.

Pertanto, nelle società ad intero capitale pubblico, controllate direttamente dalla amministrazione aggiudicatrice o da altra amministrazione che sia aggiudicataria del servizio, si verifica una situazione di “delegazione interorganica” finalizzata alla “autoproduzione del servizio” tale per cui le prestazioni vengono fornite dalla stessa Pubblica Amministrazione, intesa in senso lato.

Ciò permette di ovviare all'ordinaria disciplina dell'aggiudicazione degli appalti pubblici, che prevede l'espletamento di una gara.

Sia nel caso dell'affidamento ad una società facente parte della medesima struttura dell'aggiudicatrice, che nel caso in cui l'affidamento avvenga nei confronti di un'amministrazione diversa o di una società da quest'ultima partecipata, il rispetto del “controllo analogo”, che l'amministrazione appaltante deve esercitare affinché trovi legittimazione l'affidamento diretto, si verifica con la compresenza della dipendenza formale, della dipendenza economica, dipendenza amministrativa.

Ciò vuol dire che la società aggiudicataria diventerà, come sottolinea la dottrina dominante, la *longa manus* dell'ente aggiudicante.

Ma, affinché si verifichi ciò, è necessario un “assoluto potere di direzione, coordinamento e supervisione del soggetto aggiudicatario” sia da parte dell'amministrazione alla cui struttura organizzativa questo appartiene, che da parte della differente amministrazione nel caso più complesso di affidamento ad una struttura diversa o ad una società da questa controllata.

Non vi è dubbio che il tema degli affidamenti *in house* è e sarà per lungo tempo dibattuto, in virtù della posizione in cui si pongono: contemperare i principi generali di tutela del mercato e della libera concorrenza, tanto cari alla normativa comunitaria, e il potere di autorganizzazione riconosciuto alle amministrazioni interne.

Rispetto a quanto sin qui trattato, volendo indagare sulla possibilità dell'affidamento diretto, ad una società partecipata al 100% da un determinato Dipartimento, da parte di un altro Dipartimento della medesima amministrazione o, addirittura, da parte di una amministrazione diversa, si propongono le seguenti argomentazioni.

Il *discrimen* in questa fattispecie, si trova nell'individuazione del "rapporto" esistente tra una amministrazione aggiudicatrice e un'altra amministrazione, tanto da determinare la necessità di ricorrere alla gara pubblica o la possibilità di eseguire un affidamento *in house*.

Sulla natura giuridica del rapporto tra amministrazioni dello Stato, in dottrina e giurisprudenza esistono orientamenti contrastanti.

Un primo orientamento reputa necessaria l'applicazione della direttiva CEE 93/36, sulle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, nel caso in cui un'amministrazione aggiudicatrice decida di stipulare un contratto (per la fornitura di prodotti) con un'altra amministrazione, indipendentemente dal fatto che questa sia un'amministrazione aggiudicatrice o meno.

Ciò in virtù del fatto che, tra due amministrazioni, manca il "controllo analogo" a quello che la amministrazione aggiudicatrice esercita sui propri servizi e la condizione che l'ente aggiudicatario eserciti la parte più importante della propria attività con l'ente pubblico aggiudicatore.

Pertanto, essendo l'amministrazione aggiudicataria in posizione di terzietà, si rende necessaria l'applicazione della disciplina comunitaria (Corte di Giustizia, Sez. V, sentenza Teckal del 18 novembre 1999, causa C-107/98).

Si deduce che, in una fattispecie del genere, non esiste, nei confronti dell'amministrazione incaricata, quel potere assoluto di direzione, coordinamento e supervisione, che conduce ad un totale controllo strutturale e sull'attività esercitata.

Altra tesi, meno restrittiva, pone l'indice, invece, sulla distinzione fra le diverse tipologie di rapporti *in house*.

Una prima categoria, definita *in house stricto sensu*, concerne l'ipotesi in cui l'amministrazione aggiudicatrice, ricorrendo ai servizi interni alla propria struttura operativa (anche propri uffici) decide di far eseguire servizi o lavori attraverso i propri mezzi o le proprie risorse.

Una seconda ipotesi, assimilabile all' *in house stricto sensu*, concerne i rapporti tra organizzazioni interne all'amministrazione pubblica (ad esempio, rapporto tra Ministeri), in cui un Ministero non è individuabile come terzo rispetto all'altro. Ne deriva che tali rapporti sono del tutto assimilati a quelli intercorrenti tra un'amministrazione e i suoi servizi interni, in funzione della delegazione interorganica.

Una terza fattispecie, riguarda la relazione tra un soggetto terzo posseduto e controllato al 100% da un ente pubblico aggiudicatore, con un legame di esclusiva. L'ente affidatario, incaricato di eseguire i lavori per l'amministrazione appaltante, è non solo interamente controllato e posseduto dalla stessa ma ha anche un legame di esclusiva in merito all'esercizio dell'attività. In altri termini, l'ente non può fornire i propri servizi a terzi, ma solamente all'amministrazione a cui appartiene (Nota esplicativa del Dipartimento delle Politiche di Sviluppo e Coesione del 4 maggio 2004).

Alla luce delle considerazioni sopra esposte, se si assume come parametro diretto di giudizio la tesi dei Giudici lussemburghesi, sembrerebbe che l'affidamento di servizi tra amministrazioni aggiudicatrici, o tra società controllate da queste e altra amministrazione, sia assoggettabile alla normativa comunitaria in tema di gare pubbliche, stante l'assoluta mancanza di collegamento tra i due enti in questione, tale da non potersi configurare la condizione di una delega interorganica.

Se si prende in considerazione la tesi che individua le tre fattispecie di *in house*, si può ricavare che, se non esiste rapporto di terzietà tra un Ministero e l'altro (seconda fattispecie ipotizzata) e tra amministrazione e ente interamente controllato (terza fattispecie ipotizzata), ne deriva che, per la proprietà transitiva, qualunque Ministero, o qualunque Dipartimento di esso in qualità di sua articolazione, può affidare in maniera diretta all'ente partecipato al 100% da un altro Ministero, o da un altro Dipartimento, un appalto di servizi, senza ricorso alla disciplina comunitaria.

Infatti, essendo l'assenza di terzietà la condizione che, secondo la Corte di Giustizia, abilita al ricorso dell'affidamento diretto, una relazione *in house* tra un organismo ed il proprio soggetto controllante al 100% vale anche tra il medesimo organismo ed i soggetti che non sono terzi rispetto al suo soggetto controllante.

Pertanto, nel caso delle amministrazioni dello Stato, inteso come Ente Stato, non esiste terzietà tra Ministero e Ministero, e di conseguenza tra Dipartimento e Dipartimento in qualità di struttura organizzativa del medesimo Ministero, in quanto tutte le articolazioni dell'apparato statale esistono al fine di permettere all'amministrazione centrale di perseguire il bene-interesse collettivo.

Concludendo, è possibile considerare l'organismo *in house* di un Ministero (come ad esempio CONSIP Spa o SOGEI Spa), come *in house* di tutto l'apparato statale e, quindi, anche di altri Ministeri o amministrazioni centrali dello Stato, i quali, in quanto tali, devono svolgere la propria attività in maniera coordinata, anche in base a quanto espressamente disposto dall'art 95 della Costituzione.

Ciò vuol dire che, una volta verificata la sussistenza delle condizioni individuate dalla giurisprudenza come necessarie al fine di una relazione *in house* nei confronti di un determinato organismo rispetto ad una singola amministrazione centrale, tale organismo potrà essere ritenuto *in house* di tutto l'Ente Stato considerato nel suo insieme come un'unica entità giuridica.

Rosamaria Boccuzzi