

GIUNTA REGIONALE DEL PIEMONTE

**Osservatorio Legislativo Interregionale
Roma 15 e 16 aprile 2010**

**IN HOUSE PROVIDING,
RAPPORTO DI STRUMENTALITÀ CONSORZI PUBBLICI**

A cura di: Laura Faina

IN HOUSE PROVIDING, RAPPORTO DI STRUMENTALITÀ CONSORZI PUBBLICI

Quando l'in house incontra l'autolimita della strumentalità

Premessa

Nel contesto dell'autoproduzione del settore pubblico è stato elaborato, dapprima in via giurisprudenza e poi in via normativa settoriale, l'istituto dell'*in house providing* il quale ricorre, come è noto, allorché l'amministrazione si struttura per procurarsi un servizio tramite un soggetto formalmente distinto da se stessa ma sostanzialmente ad essa riconducibile.

Merita da subito evidenziare come l'*in house* si afferma in un contesto interpretativo particolare, e cioè quello dell'individuazione – da parte della giurisprudenza comunitaria¹ - dell'area di non applicazione della normativa in materia di procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, di tal che all'elaborazione dell'istituto si è proceduto in parallelo con il processo di affermazione e perfezionamento della normativa comunitaria in materia di appalti, e in generale contratti, pubblici avviato con le direttive del 17 e 18 del 2004 al quale è seguito il recepimento da parte del legislatore nazionale con il codice dei contratti pubblici d.lgs. 163/2006.

Nel particolare, acquisito il principio della derogabilità delle procedure competitive laddove le stesse non hanno motivo di essere applicate in quanto si opera in un ambito interno c.d. autoproduttivo delle amministrazioni, gli sforzi interpretativi sono stati rivolti verso l'individuazione delle condizioni che consentono l'applicazione dell'istituto, che in sintesi sono da individuarsi laddove tra amministrazione e società vi sia un rapporto di delegazione interorganica; ovvero la società sia una derivazione-articolazione dell'amministrazione.

Pur tuttavia *“non è escluso che possano esistere altre (rispetto ai propri strumenti amministrativi, tecnici o di altro tipo) circostanze nelle quali l'appello alla concorrenza non è obbligatorio ancorché la controparte contrattuale sia un'entità giuridicamente distinta dall'amministrazione aggiudicatrice. Ciò si verifica nel caso in cui l'autorità pubblica, che sia un'amministrazione aggiudicatrice, eserciti sull'entità distinta in questione un controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi e tale entità realizzi la parte più importante della propria attività con l'autorità o le autorità pubbliche che la controllano”* ... *“occorre anzitutto rilevare che il rapporto tra un'autorità pubblica, che sia un'amministrazione aggiudicatrice, ed i suoi servizi sottostà a considerazioni e ad esigenze proprie del perseguimento di obiettivi di interesse pubblico”* (Corte di giustizia, C-26/03 Stadt Halle, punti 49 e 50).

E quindi a partire dalle storiche sentenze costitutive elaborate in sede comunitaria alle è stato fatto cenno, l'istituto dell'*in house* prende forma e si afferma quindi come una modalità di svolgimento di servizi tramite un soggetto formalmente distinto dall'amministrazione, che richiede quale presupposto necessario il controllo sulla società da parte dell'amministrazione analogo a quello esercitato sui propri servizi e lo

¹ Corte di giustizia, 11 maggio 2006, causa C-340/04, Carbotermo S.p.a. e Consorzio Alisei/Comune di Busto Arsizio e AGESP S.p.a.; Corte di giustizia, 6 aprile 2006, causa C-410/04, ANAV/ Comune di Bari e AMTAB Servizio S.p.a.; Corte di giustizia, 10 novembre 2005, causa C-29/04, Commissione Comunità europee/ Repubblica d'Austria; Corte di Giustizia, 21 luglio 2005, causa C-231/03, Corame/Comune di Cinghia de' Botti; Corte di giustizia, 13 gennaio 2005, causa C-84/03, Commissione Comunità europee/Regno di Spagna; Corte di giustizia, 11 gennaio 2005, causa C-26/03, Stadt Halle.

svolgimento della parte più importante dell'attività di tale società con l'amministrazione o le amministrazioni controllante/i².

Si noti peraltro che la sussistenza dell'*in house* tra amministrazione e società controllata non comporta automaticamente delle conseguenze con riferimento a relazioni o materie diverse dalle procedure di aggiudicazione ad evidenza pubblica di appalti e concessioni.

A titolo di esempio si prenda il campo tributario. A tal riguardo l'Agenzia delle Entrate, con la risoluzione n. 37/E del 8.3.2007 ha ritenuto assoggettati ad IVA i proventi corrisposti da un'amministrazione comunale ad una propria società in house quale corrispettivo per l'attività di gestione di servizi informatici e telematici.

L'Agenzia delle Entrate ha infatti ritenuto che la qualificazione di una società come in house "*non assuma rilevanza in ordine all'individuazione dei presupposti impositivi IVA nell'ambito dei rapporti giuridici che s'instaurano tra la società e l'ente locale*" e, con riferimento al caso concreto sottoposto ha osservato che "*la società ..., soggetto giuridicamente distinto dall'ente locale che la controlla, è stata costituita nella forma giuridica di società a responsabilità limitata e, conseguentemente, agli effetti dell'IVA, si configura quale soggetto passivo del tributo*".

La strumentalità nell'ambito pubblico ed i conseguenti limiti all'in house

Richiamati in via di estrema sintesi i tratti fondanti l'istituto dell'*in house*, si è ritenuto interessante svolgere talune riflessioni sull'incidenza della disciplina del ridetto istituto sui rapporti di strumentalità.

Nel generale contesto della galassia pubblica come storicamente delineata, una collocazione primaria, in passato sicuramente più marcata, è occupata dagli enti strumentali. Essi in via generale sono caratterizzati dal fatto di esercitare in proprio funzioni e servizi di spettanza di un altro soggetto al quale perciò si riconducono i risultati.

Volendo inquadrare il fenomeno del rapporto di strumentalità in chiave gius-privatistica, la figura che viene in considerazione è quella consortile, ossia del contratto con cui "*più imprenditori istituiscono un'organizzazione comune per la disciplina o per lo svolgimento di determinate fasi delle rispettive imprese*" (art. 2602, primo comma). Detta figura, il

² Con autorevolezza e chiarezza, il Consiglio di Stato nell'Adunanza plenaria del 3 marzo 2008, n. 1, al punto 8, ha riassunto e precisato i requisiti del rapporto *in house* nei termini seguenti:

- l'affidatario deve essere a partecipazione pubblica totalitaria;
- lo statuto della società *in house* non deve consentire che una quota del capitale possa essere ceduta a privati;
- il consiglio di amministrazione della società non deve avere rilevanti poteri gestionali e l'Amministrazione pubblica controllante deve esercitare poteri maggiori di quelli che il diritto societario riconosce alle maggioranze sociali;
- l'impresa non deve avere vocazione commerciale;
- le decisioni più importanti devono essere preventivamente approvate dall'Amministrazione pubblica affidante.

Operativamente per apprezzare alcuni aspetti della sostanza del rapporto *in house* è significativo segnalare il contenuto della decisione della Corte di Giustizia, 19 aprile 2007, C-295/05, Tragsa, laddove si enunciano quale indice della sussistenza di un rapporto organico tra affidante ed affidatario, la situazione in cui il destinatario degli affidamenti "*non dispone di alcun margine di libertà né in merito al seguito da dare ad un incarico da parte delle amministrazioni competenti ... né quanto alle tariffe applicabili alle sue prestazioni*".

Con specifico riferimento alla seconda condizione, relativa all'attività più importante, va segnalata la decisione della Corte di Giustizia, Sez. II, 17 agosto 2007, n. C-371/05, Comune di Mantova ASI, che al punto 32 ha chiarito che "*nel caso in cui diversi enti detengano un'impresa, la condizione relativa all'attività può ricorrere qualora tale impresa svolga la parte più importante della propria attività non necessariamente con questo o con quell'ente, ma con tali enti complessivamente considerati. Di conseguenza, l'attività da prendere in considerazione nel caso di un'impresa detenuta da vari enti è quella realizzata da detta impresa con tutti questi enti*".

consorzio, come è noto non è sconosciuta al settore pubblico. Vi è di più, nel caso dei soggetti pubblici, dall'opzione per il modello consortile discende che l'attività dallo stesso prodotta si presenta come strumentale ed amministrativa in senso lato, funzionalmente ed in via esclusiva diretta ai consorziati e pertanto priva di autonomia imprenditoriale da offrire al mercato.

E' peraltro evidente che laddove il consorzio, costituzionalmente destinato allo svolgimento in via esclusiva di funzioni e servizi per gli enti consorziati, si spingesse oltre l'indicata missione principale, se ne avrebbe un vulnus alla libera concorrenza nella misura in cui lo straripamento incidesse sul confronto concorrenziale con altre imprese che non usufruiscono dei vantaggi connessi all'affidamento diretto e più in generale dei privilegi derivanti dall'essere il Consorzio, in quanto affidatario, parte della struttura organizzativa dell'amministrazione pubblica (si veda sul punto Corte Costituzionale, sentenza del 23.12.2008 n. 439/2008, *amplius infra*)

Sulla specifica problematica, tutela del confronto concorrenziale dai rischi riconducibili all'operare sul libero mercato di soggetti che traggono dall'affidamento diretto il privilegio della stabilità e certezza della propria attività, è intervenuto il legislatore con l'art. 13 del decreto legge 4.7.2006, n. 223 (decreto Bersani), nonché il Giudice delle leggi che si è pronunciato con le significative sentenze n. 326 del 1.08.2008 e la n. 439 del 23.12.2008.

Prescindendo dalla letterale formulazione del richiamato articolo del decreto Bersani, è ragionevole ritenere che i principi cardine in esso contenuti abbiano una portata generale, e pertanto vanno oltre la lettera dell'articolo che invece pare limitare l'ambito applicativo soggettivo alle sole società di capitali. È quindi ragionevole affermare che i detti principi trovano applicazione anche nel caso dei consorzi costituiti dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti. Conferma in tal senso è dato ricavarla dal dettato dell'art. 86 del Trattato UE, così come recentemente interpretato dalla giurisprudenza costituzionale, sentenza del 23.12.2008 n. 439, la quale, con riferimento all'istituto degli affidamenti diretti, ha modo di precisare che,

Il meccanismo dell'affidamento diretto a soggetti in house, deve, però, essere strutturato in modo da evitare che esso possa risolversi in una ingiustificata compromissione dei principi che presiedono al funzionamento del mercato e, dunque, in una violazione delle prescrizioni contenute nel Trattato a tutela della concorrenza. In altri termini, il modello operativo in esame non deve costituire il mezzo per consentire alle autorità pubbliche di svolgere, mediante la costituzione di apposite società, attività di impresa in violazione delle regole concorrenziali, che richiedono che venga garantito il principio del pari trattamento tra imprese pubbliche e private (art. 295 del Trattato CE).

Sulla generale applicabilità soggettiva dell'art. 13, merita altresì far cenno al pronunciamento del Consiglio di Stato, sentenza 25 novembre 2008, n. 5781, laddove, in particolare evidenza che *il principio per cui la scelta del contraente da parte della pubblica amministrazione deve essere comunque ispirata a criteri obiettivi e trasparenti, tali da assicurare in ogni caso la concorrenza tra i soggetti interessati ha una portata generale e può adattarsi a ogni fattispecie estranea all'immediato ambito applicativo delle direttive sugli appalti.*

Riprendendo il contenuto del ridetto articolo, è noto che il medesimo, a presidio del principio di concorrenza e quindi al fine di evitare alterazioni o distorsioni del mercato e

di assicurare la parità degli operatori, stabilisce il principio della separatezza da realizzarsi attraverso la distinzione tra autoproduzione e attività imprenditoriale pubblica destinata al mercato.

Sul tema specifico è altresì intervenuto il Giudice delle leggi che con la sentenza n. 326 del 1.08.2008 ha avuto modo di fornire un importante chiarimento in punto “separatezza” laddove in particolare chiarisce che,

Le disposizioni impugnate (art. 13 Bersani) mirano a separare le due sfere di attività per evitare che un soggetto, che svolge attività amministrativa, eserciti allo stesso tempo attività d'impresa, beneficiando dei privilegi dei quali esso può godere in quanto pubblica amministrazione. Non è negata né limitata la libertà di iniziativa economica degli enti territoriali, ma è imposto loro di esercitarla distintamente dalle proprie funzioni amministrative, rimediando a una frequente commistione, che il legislatore statale ha reputato distorsiva della concorrenza.

Per cui, volendo dare un'applicazione concreta al principio predetto della separatezza ai rapporti strumentali intercorrenti tra i soggetti pubblici ed i propri consorzi, è ragionevole affermare che questi ultimi devono operare nei limiti del rapporto di strumentalità che lega il consorzio agli enti partecipanti.

Il rapporto di strumentalità, dal quale discende che gli affidamenti diretti a favore del consorzio devono essere limitati allo svolgimento delle attività funzionali all'attività dei consorziati, costituisce quindi causa giustificatrice della costituzione del consorzio e nel contempo limite di legittimità per affidamento diretto allo stesso da parte dei consorziati.

Operativamente, si è consci delle difficoltà che l'interprete è chiamato a fronteggiare nella delimitazione dell'ambito di attività riconducibili in concreto al predetto rapporto di strumentalità. Si è dell'avviso che l'ambito delle attività strumentali affidabili in via diretta sfugga ad una preventiva preconfezionata elencazione, giacché lo sviluppo del mercato potrebbe ragionevolmente imporre alle amministrazioni consorziate una revisione delle relative agli originari rapporto di strumentalità.

In concreto le amministrazioni partecipanti ai consorzi dovranno valutare se le attività che intendono di volta in volta affidare in via diretta all'organismo consortile siano totalmente oppure in via prevalente riconducibile alla al rapporto strumentalità di cui si è detto. E' appena il caso di evidenziare che la predetta valutazione non può essere effettuata con approccio estensivo in quanto ci si trova ad operare in un contesto di disciplina di deroga ai principi della concorrenza, rivolti come è noto alla tutela delle libertà fondamentali dell'ordinamento comunitario.

Il consorzio si configura sostanzialmente come un organo del singolo consorziato, il quale è comunque autonomo nel determinarsi alla decisione di affidare o meno al consorzio. In concreto il soggetto consorziato nel decidere per l'affidamento diretto, oltre che verificare la riconducibilità della prestazione che intende affidare al rapporto strumentale, dovrà tener conto della convenienza economica e funzionale dell'affidamento diretto, nonché delle effettive capacità del consorzio a svolgere in prevalente autonomia organizzativo-funzionale quanto s'intende affidare, in quanto l'affidamento al consorzio non deve costituire un appesantimento finanziario e/o funzionale (si veda sul punto la recente pronuncia del TAR Veneto, la n. 236/08, richiamata ampiamente nelle considerazioni conclusive).

Dal canto suo il consorzio è tenuto ad eseguire gli incarichi affidati dalle amministrazioni partecipanti in quanto organismo strumentale esecutivo delle stesse, rispetto alle quali si pone in rapporto strumentale caratterizzato per l'appunto dall'assenza di autonomia contrattuale e preordinato all'esercizio in proprio di funzioni e servizi di spettanza delle amministrazioni. Sulla generale natura di strumento esecutivo tecnico-interno degli organismi in house si veda Corte di Giustizia, n. 295/2005 (Asociacion Nacional de Empresas Forestales contro Tragsa e Stato Spagnolo), nonché 324/2007, del 13.11.2008 (Brutelé),

Considerazioni finali

Ogni affidamento diretto "in house" a favore del consorzio pubblico, ente strumentale, deve consistere in un'attività rientrante nell'ambito del rapporto di strumentalità che lega quest'ultimo ai suoi consorziati.

Atteso che gli enti strumentali sono caratterizzati dal fatto di esercitare in proprio funzioni e servizi di spettanza di un altro soggetto al quale perciò si riconducono i risultati, si è ragionevolmente portati a dubitare della legittimità di affidamenti che si collochino al di fuori dei confini del rapporto di strumentalità, avuto riguardo del fatto che la ragione sociale dello stesso, costituisce nel contempo causa giustificatrice della sua costituzione e limite della sua azione entro il quale devono operare affidamenti diretti in deroga alla normativa sull'evidenza pubblica.

L'amministrazione partecipante al Consorzio dovrà verificare, nell'ordine, in primo luogo la sussistenza dei requisiti generali per un legittimo affidamento, per poi soffermarsi sulla convenienza dell'affidamento stesso e sulle capacità tecniche-operative del consorzio, quindi in concreto dovrà vagliare:

- che l'attività che s'intende affidare sia riconducibile al rapporto di strumentalità tra amministrazione partecipante e Consorzio;

- che il consorziato eserciti concretamente i propri poteri di direttiva e controllo in merito all'attività affidata;

- che il consorziato motivi l'impiego del consorzio ai fini dello svolgimento della prestazione in termini di convenienza funzionale ed economica;

- che il controllo dei consorziati sia espressione di un rapporto organico e permetta un'influenza determinante su di esso. In punto controllo da parte di più soggetti pubblici partecipanti ad un unico organismo, si osserva che recentemente è intervenuta la Corte di Giustizia Europea con la sentenza 13.11.2008 C324/07 (Brutelé), la quale ha affermato che il controllo analogo può essere esercitato congiuntamente dalle stesse amministrazioni associate, deliberando, eventualmente, a maggioranza ;

- che vi siano effettive capacità del consorzio a svolgere in prevalente autonomia organizzativo-funzionale quanto s'intende affidare, in quanto l'affidamento al Consorzio non deve costituire un appesantimento finanziario e/o funzionale

A quest'ultimo riguardo si ritiene utile ed opportuno richiamare l'indirizzo interpretativo elaborato dal TAR Veneto nella pronuncia 236/08 del 17.12.2008 laddove è precisato in particolare che, ai fini di un legittimo affidamento deve essere vagliata altresì *l'effettiva capacità e possibilità del Consorzio di disporre all'interno del proprio contesto organizzativo delle intelligenze e risorse necessarie a svolgere direttamente la prestazione. Detto in altri termini, laddove il Consorzio deve a sua volta rivolgersi a soggetti esterni, sia pure rispettando l'evidenza pubblica, per reperire risorse non marginali al fine*

dell'espletamento del servizio reso oggetto di affidamento, risulta ben evidente che il soggetto affidante realizza nei propri confronti non già un vantaggio economico, ma una vera e propria diseconomia, non solo finanziaria in quanto il costo dello svolgimento del servizio verrà aggravato dall'intermediazione del Consorzio affidatario, ma anche funzionale sotto il profilo dell'efficacia e dell'economicità dell'azione amministrativa, all'evidenza appesantita dall'ingresso di un soggetto che funge da mero tramite tra l'Amministrazione partecipante affidante e l'imprenditore che materialmente svolge il servizio.