

Società a partecipazione pubblica: miti e paradossi dell'affidamento in house dopo la sentenza n. 29 del 2006 della Corte costituzionale

di Massimiliano Atelli

Publicato in "ASTRID – Rassegna" n. 4 del 2006

1. La decisione n. 29 del 2006 della Corte costituzionale – che Adriana Vigneri¹ ha commentato su questa Rivista nell'ottica del suo impatto sul tema dei servizi pubblici locali – si segnala all'attenzione degli operatori e degli studiosi anche perché segna un'altra importante tappa del percorso evolutivo che il giudice delle leggi va compiendo in materia di società a partecipazione pubblica totalitaria.

Percorso, questo, che – volendo semplificare al massimo – prende le mosse dalla sentenza n. 466 del 1993 (il controllo intestato alla Corte dei conti dall'art. 100 Cost. va esercitato sulle s.p.a. risultanti dalla trasformazione degli enti pubblici economici sino a che lo Stato conservi in esse una partecipazione maggioritaria o comunque influente), passa per la n. 363 del 2003 (Italia Lavoro s.p.a. - costituita per legge e avente per azionista il Ministro del Lavoro, che può però esercitare i relativi diritti non già nei modi ordinari bensì solo previa intesa con altri Ministri - ha natura di ente pubblico strumentale), e termina (almeno per il momento) proprio con la n. 29 del 2006.

2. Fra le censure sollevate avverso la legge regionale contestata, una si appuntava, in particolare, sulla disposizione che, nel prevedere l'obbligo per le società a capitale interamente pubblico, affidatarie del servizio pubblico, di rispettare le stesse procedure imposte agli enti locali per l'assunzione di personale dipendente, avrebbe (secondo la difesa erariale) posto a carico di società private obblighi e oneri non previsti per l'instaurazione dei rapporti di lavoro nel settore privato invadendo così la competenza esclusiva statale nella materia "ordinamento civile" (art. 117, secondo comma, lettera l, della Costituzione)².

Sennonché, nel dichiarare non fondata la questione, la Corte ha osservato che la disposizione in esame «non è volta a porre limitazioni alla capacità di agire delle persone giuridiche private, bensì a dare applicazione al principio di cui all'art. 97 della Costituzione rispetto ad una società che, per essere a capitale interamente pubblico, ancorché formalmente privata, può essere assimilata, in relazione al regime giuridico, ad enti pubblici».

¹ A. VIGNERI, *Nota a prima lettura sulla sentenza n. 29 del 2006 della Corte costituzionale*, in *Astrid Rassegna*, n. 23, febbraio 2006

² Vale evidenziare che, secondo la legge regionale nel caso di specie contestata, nell'ipotesi di conferimento della titolarità di un servizio pubblico a società a capitale interamente pubblico, sulla quale l'ente o gli enti titolari del capitale sociale esercitano un generale potere di direzione, di coordinamento e di controllo analogo a quello esercitato sui servizi gestiti da proprie strutture interne, con particolare riferimento all'effettuazione di specifici controlli sui principali atti di gestione dell'affidatario, e che realizzi la parte più importante della propria attività in favore dell'ente o degli enti titolari del capitale sociale che la controllano, «è obbligatorio per le società così costituite il rispetto delle procedure di evidenza pubblica imposte agli enti locali per l'assunzione di personale dipendente».

Rinviando ad altra occasione una trattazione del tema con l'approfondimento che esso evidentemente merita, vale anzitutto ricordare, qui, che la sentenza n. 29 concerne non semplicemente le società partecipate in modo totalitario da enti locali, bensì quelle (sole) a cui, per le loro caratteristiche e per i loro rapporti con i soggetti che le controllano, un servizio pubblico risulti legittimamente affidabile facendo applicazione della controversa formula dell'*in house providing*.

Simili società, come ampiamente noto, sono anche vincolate (in primo luogo, dal diritto comunitario) all'utilizzo – al pari degli altri soggetti omologabili alla nozione legale di organismo di diritto pubblico - delle procedure di evidenza pubblica per l'affidamento di commesse (appalti di lavori, di forniture o di servizi) dal valore superiore ad una certa soglia.

Alla necessità di utilizzare le procedure di evidenza pubblica per le commesse <<sopra soglia>> si aggiunge dunque, ora, per dette società, la necessità di reclutare il personale mediante concorso.

Dopo la sentenza n. 29, vi sono allora ulteriori ragioni per rimeditare – quanto meno con riferimento a dette società - la ricorrente (e per vero, a questo punto, un po' logora) affermazione secondo la quale il ricorso da parte di soggetti pubblici alla forma privatistica/societaria reca con sé il naturale corollario di una "maggiore snellezza operativa" rispetto ai modelli organizzativi di tipo tradizionale.

3. Ma la necessità di reclutare il personale mediante concorso come va intesa, per le società di cui si discorre ?

Rappresenta, essa, una necessità (per le società in questione) dovuta ad una scelta frutto di libera volontà da parte del legislatore regionale, oppure essa tende al contrario, per usare le parole della Corte, <<a dare applicazione al principio di cui all'art. 97 della Costituzione rispetto ad una società che, per essere a capitale interamente pubblico, ancorché formalmente privata, può essere assimilata, in relazione al regime giuridico, ad enti pubblici>> ? In altri termini, la necessità di reclutare il personale mediante concorso discende, per simili società, direttamente dall'art. 97 Cost., oppure richiede la mediazione della legge regionale ?

E' chiara la differenza: nel primo caso, la soluzione del reclutamento mediante concorso si impone su scala nazionale e conduce a considerare le società di cui si discorre dei soggetti pubblici a tutto tondo; nel secondo, ogni cosa dipende dal volere delle singole assemblee regionali.

La prima opzione interpretativa appare per la verità preferibile, per due ordini di ragioni almeno.

Per un verso, perché – sempre per adoperare le parole della Corte – se <<la disposizione in esame non è volta a porre limitazioni alla capacità di agire delle persone giuridiche private, bensì a dare applicazione al principio di cui all'art. 97 della Costituzione rispetto ad una società che, per essere a capitale interamente pubblico, ancorché formalmente privata, può essere assimilata, in relazione al regime giuridico, ad enti pubblici>>, se ne deve dedurre che l'applicazione dell'art. 97 non incide sulla portata della preesistente capacità di agire (evidentemente, di diritto privato) delle società affidatarie di servizi *in house*, che va cioè per sua natura considerata <<al netto>> dell'applicazione dell'art. 97 Cost.

In secondo luogo, e di conseguenza, se è nella natura stessa di simili società che le vicende attinenti al reclutamento del personale, oltre che quelle concernenti l'affidamento di commesse al di sopra della soglia comunitaria, sfuggano all'ambito nel quale risulta esplicabile la loro capacità di agire (di diritto privato), se è inoltre nella loro natura che su di esse uno o più enti locali esercitino un controllo "analogo" a quello esercitato sui propri servizi e se, infine, anche il regime delle responsabilità dei loro amministratori e dei loro dipendenti si declina in senso pubblicistico per ragioni di ordine ontologico (v. Cass., SS.UU., sent. n. 9096/2005), ne discende che occorre seriamente porsi il problema della reale utilità del ricorso all'articolato schema dell'*in house providing*, ad iniziare dalla stessa costituzione della società a capitale interamente pubblico.

Esiste però, forse, anche un modo ulteriore di guardare al problema. Se la società affidataria di servizi pubblici locali con la formula dell'*in house providing* è tenuta a ricorrere alle procedure di evidenza pubblica (per affidare commesse a soggetti terzi) nella misura in cui sono tenuti a farlo tutti gli organismi di diritto pubblico, se deve assumere il personale mediante concorso, in attuazione dell'art. 97 Cost., e se i suoi amministratori e i suoi dipendenti rispondono dinanzi alla Corte dei conti per i danni erariali eventualmente cagionati (allo stesso modo in cui ne risponderebbero amministratori e dipendenti degli enti locali soci), appare evidente che in questi ambiti la capacità di agire di diritto privato di simili società è esclusa ed esse non si distinguono dai soggetti pubblici conformati secondo i modelli organizzativi di tipo tradizionale.

Da tale punto di vista, effettivamente, l'affidamento in house non contraddice la regola comunitaria della concorrenza sancita dai Trattati.

Senonché, a ben vedere, se è vero che – negli ambiti sopra indicati – la capacità di agire di diritto privato delle società di cui si discorre coincide con quella propria delle amministrazioni conformate secondo i modelli organizzativi di tipo tradizionale, tendendo quindi al valore zero, discorso diverso deve invece farsi, relativamente alle prime, con riguardo alle attività nelle quali si risolve il loro scopo sociale.

Oltre che alla ricorrenza in concreto del requisito del <<controllo analogo>>, è infatti noto che la legittimità dell'affidamento in house è subordinato altresì alla <<condizione che l'affidatario realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che la controllano>>. Ora, laddove la società affidataria svolga la propria attività nei confronti dell'ente o degli enti che la controllano non già in modo esclusivo, bensì (solamente) in modo prevalente, è evidente che, per la rimanente parte (dalla controversa quantificabilità, allo stato delle cose), la capacità di agire di diritto privato delle società di cui si discorre finisce per non coincidere con quella propria delle amministrazioni conformate secondo i modelli organizzativi di tipo tradizionale.

In altri termini, l'affidamento in house di un servizio pubblico locale ad una società se non contraddice la regola comunitaria della concorrenza nella parte in cui la relativa attività di gestione è svolta in favore degli enti pubblici soci, la contraddice senz'altro – attraverso un fenomeno di espansione della capacità di agire di diritto privato riconosciuta anche alle amministrazioni pubbliche organizzate secondo moduli tradizionali – nella parte (ancorché non prevalente) in cui quella medesima attività venga invece svolta nei confronti di soggetti diversi, e, quindi, rivolta al mercato.

Per usare una formula in voga, allora, per concludere queste rapide e disordinate osservazioni viene da dire che con uno schema di affidamento in house che si va progressivamente connotando in senso sempre più (estesamente e marcatamente) pubblicistico si può garantire entro certi limiti la concorrenza "per il mercato" (ivi incluso persino quello, settoriale, dei prestatori di lavoro), ma non anche la concorrenza "nel mercato", almeno sino a che le società affidatarie non saranno tenute a svolgere la loro attività in modo esclusivo, e non semplicemente prevalente, in favore degli enti pubblici soci.