

L'in house tra Europa e Italia

di Velia Leone

In Italia, ma anche in altri paesi europei, è sempre più diffuso l'intervento di amministrazioni pubbliche tramite imprese di diritto privato: il cosiddetto in house. (1) Rappresenta spesso un modo di evitare che certi servizi siano attribuiti con una gara, ed è quindi visto come un modo per aggirare un processo competitivo e mantenere il controllo pubblico.

La Pa ieri e oggi

Il fenomeno per altro evidenzia le forti difficoltà della pubblica amministrazione che opera oggi in un contesto profondamente diverso dal formale e rituale diritto amministrativo. La pubblica amministrazione del welfare State agiva unilateralmente e imperativamente, godeva della riserva di legge e la sua attività era, sostanzialmente, sottoposta al mero vaglio del controllo di legittimità e alle norme di contabilità pubblica. Non scendeva a compromessi con il mercato perché non ne aveva bisogno.

La pubblica amministrazione di oggi si muove sempre più in settori tradizionalmente affidati al settore privato: agisce attraverso strumenti di diritto privato, pur dovendo perseguire interessi pubblici. (2)

Nasce in questo contesto l'istituto dell'in house. Inizialmente definito come ipotesi residuale che consentiva la non applicazione delle norme in materia di appalti pubblici, si è poi diffuso negli ambiti più diversi, per comprensibili motivazioni di organizzazione della pubblica amministrazione, ma anche, per esempio, per la genuina mancanza di professionalità di punta o la necessità di perseguire attività sempre più complesse. Il soggetto in house, che agisce come privato, è una modalità per riuscire a superare questi limiti operativi. Ma allora non sarebbe meglio consentire alla stessa pubblica amministrazione di dotarsi delle competenze che effettivamente le servono, ricorrendo a modalità più trasparenti e competitive, così da accrescerne la stessa professionalità?

L'in house ha dispiegato tutte le sue potenzialità – buone e cattive – soprattutto nell'ambito dei servizi pubblici, ove l'assenza di regole precise rischia di dar luogo ad abusi, creando rendite di posizione incompatibili con il corretto funzionamento di una concorrenza efficiente. Sono fenomeni presenti in tutta Europa, come evidenziato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia europea. (3) Ma in Italia vi si aggiungono la mancata industrializzazione di alcuni settori, la richiesta di servizi di qualità superiore, tristemente confrontata con l'assenza di fondi pubblici sufficienti, le difficoltà di controllare il territorio e le pressioni politiche. (4) E soprattutto la sostanziale deresponsabilizzazione della pubblica amministrazione, preoccupata di giustificare la spesa corrente, senza però riuscire ad accrescere la capacità di project manager delle proprie attività.

La giurisprudenza e l'in house

Lo sforzo ermeneutico della Corte di giustizia europea è quindi tutto volto a ricondurre l'in house a coerenza, sottolineando che la sua vera natura è quella di un soggetto che opera dentro la pubblica amministrazione – in house, appunto – ed è funzionale al perseguimento degli interessi generali, ben diversi da quelli industriali e commerciali, seppur il confine oggi sia sempre più labile. Molte operazioni sono state perciò cassate perché rispondenti a logiche ben diverse. Oggi si può parlare di in house solo per quei soggetti a totale partecipazione pubblica – che si configurino come vera

emanazione dell'amministrazione anche se formalmente distinti – e siano privi di qualsiasi autonomia contrattuale e gestionale nei confronti dell'amministrazione di cui sono emanazione. (5)

Il quadro italiano

Il legislatore italiano non ha ritenuto opportuno intervenire sul fenomeno, neppure in occasione della titanica – ma, forse, nata già morta – rivisitazione della materia dei contratti di appalti pubblici, compiuta dal decreto legislativo del 12 aprile 2006, n. 163, il "Codice degli appalti". (6) Come sempre, il nostro legislatore preferisce muoversi solo se sollecitato da possibili contenziosi comunitari, gli stessi, che diedero vita alla riforma dell'articolo 113 del Testo unico sugli enti locali, unica norma a tutt'oggi in cui è previsto il ricorso all'in house in diritto italiano.

Emerge quindi un desolante panorama nazionale che conferma la nostra paura della concorrenza: meglio l'in house che la messa in concorrenza di settori cruciali per la crescita del paese, come i servizi pubblici locali, o i servizi di interesse economico generale, secondo la terminologia comunitaria. Si evidenziano, così, le resistenze della pubblica amministrazione a "crescere", passando dal ruolo di gestore diretto – anche se con qualche piccolo "strappo" come l'in house – a controllore della cosa pubblica.

In sintesi, la vera spina non è l'in house, quanto piuttosto, l'uso che ne fa la pubblica amministrazione per evitare di darsi, e applicare, regole che definiscano una volta per tutte che chi controlla non deve anche gestire, chi si deve occupare di identificare l'interesse generale non deve anche concretamente perseguirlo. Deve dunque essere ben chiaro cosa possa – e debba – fare il settore pubblico, anche attraverso l'in house legittimamente costituito e utilizzato, e cosa debba – e possa – fare il settore privato. La contaminazione di ruoli attraverso il ricorso a confusi strumenti giuridici non serve al mercato.

Urge allora chiarire che la concorrenza per il mercato è un valore per la stessa pubblica amministrazione. Gli importanti processi di liberalizzazione che il paese deve affrontare possono trovare un vero ostacolo anche in un istituto come l'in house, che non deve divenire lo schermo giuridico dietro il quale proteggere attività e mercati dalle regole e dalla concorrenza. Solo così si potrà fare il salto logico – e di qualità, si auspica – dalla concorrenza per il mercato alla concorrenza nel mercato.

Una soluzione si potrebbe trovare in una progressiva liberalizzazione dei servizi. Come è avvenuto per l'elettricità, dovrebbe mirare a contenere il numero dei settori ancora sottoposti alle regole generali sui servizi pubblici, riducendo gli spazi per forzose applicazioni dell'in house.

L'adozione di misure liberalizzatrici più spinte, nei settori a chiara vocazione industriale, potrebbe indurre la pubblica amministrazione a cercare di catturare i vantaggi di un mercato effettivamente concorrenziale a tutto beneficio della sua crescita professionale e, perché no?, degli utenti finali.

(1) L'istituto nacque nel Regno Unito per consentire una maggiore flessibilità d'azione alle nuove tipologie di organizzazione della pubblica amministrazione.

(2) La legge n. 15/2005, privilegia il ricorso al diritto privato, eccetto ove vi sia una riserva di legge.

(3) Si vedano, in particolare, le sentenze della Corte nelle cause "Teckal" (sentenza del 18 novembre 1999, causa C-107/98, Italia), "Stadt Halle" (sentenza del 11 gennaio 2005, causa C-26/03, Germania), "Parking Brixen" (sentenza del 13 ottobre 2005, causa C-458/05, Italia), "Modling" (sentenza del 10 novembre 2005, causa C-29/04, Austria), "Carbotermo" (sentenza del 11 maggio 2006, causa C- 340/04, Italia).

(4) Il settore dell'acqua è emblematico. L'efficiente gestione degli Ato richiede perfetta sintonia tra tutti i soggetti pubblici coinvolti, il che spesso non è possibile a causa di contrapposizioni politiche. Mentre il mancato ingresso dei privati, attraverso il ricorso al project finance, è anche dovuto all'assenza di un mercato contendibile.

(5) L'ostacolo non è la forma societaria – società per azioni o a responsabilità limitata – del soggetto in house, ma la possibilità dell'amministrazione di esercitare un controllo analogo a quello che esercita sui propri servizi.

(6) Quest'ultimo episodio desta preoccupazione. La sistematizzazione dell'in house era cosa fatta e annunciata. All'ultimo momento, l'intervento di Sviluppo Italia – in house (?) del ministero dell'Economia e finanze – ha fatto sparire l'articolo in questione.