

Le nozioni comunitarie di amministrazione: organismo di diritto pubblico, impresa pubblica, società *in house*

di Filippo PATRONI GRIFFI

Relazione tenuta all' Incontro per la presentazione dell'opera "Il nuovo diritto degli appalti pubblici", a cura di R. Garofoli e M.A. Sandulli, Giuffrè 2005 – Roma 24 novembre 2005.

1. Il quadro generale – Nella nostra tradizione scientifica siamo abituati a considerare l'ente pubblico, dal punto di vista teorico, come una categoria dogmaticamente non unitaria, in cui la varietà e la diversità di disciplina positiva si traducono fisiologicamente in *singolarità* della persona giuridica pubblica, pur in presenza di quelli che la dottrina tradizionale definiva indici rivelatori della pubblicità dell'ente.

Nel diritto comunitario –al di là delle ipotesi di organi o amministrazioni delle Comunità- è giocoforza che la normativa concernente le amministrazioni pubbliche non abbia pretesa di sistematicità, per un duplice e concorrente ordine di ragioni: perché i singoli ordinamenti hanno concetti di pubblica amministrazione inevitabilmente tra loro disomogenei; perché l'approccio comunitario alla categorie giuridiche è culturalmente pragmatico, sicché la disciplina normativa tende a essere di tipo funzionale piuttosto che strutturale.

Ne consegue che la diversità delle discipline che definiscono concetti e tipi riferibili alle amministrazioni discende, più che dalla diversità della struttura dei soggetti (che innegabilmente esiste), dall'interesse comunitario perseguito specificamente dalla normativa di settore; nel senso che le singole discipline prendono in esame e definiscono l'amministrazione in funzione dell'interesse tutelato da quella disciplina.

In questa premessa di ordine culturale va letta la disciplina comunitaria in materia di lavori e in materia di servizi, con specifico riferimento all'individuazione dei soggetti destinatari della stessa ovvero alle fattispecie che consentano di derogarvi; e i parametri di "valore" che orientano questa lettura sono –come è noto- quelli del mercato, della concorrenza, della libertà di stabilimento, ma anche quello –come si vedrà con una serie di problematiche- della salvaguardia degli ordinamenti nazionali quanto alla possibilità delle amministrazioni pubbliche di uno Stato, quelle intese in senso tradizionale, e segnatamente delle autonomie locali in tema di erogazione di servizi, di prescegliere il modello organizzativo e gestionale che ritengano maggiormente conveniente.

L'impressione complessiva che se ne ritrae –ma è solo occasione per spunti di riflessione- è che a fronte di un apprezzabile grado di certezza per l'individuazione del soggetto "amministrazione" –nelle sue varie "definizioni",

come recita opportunamente al plurale il titolo della relazione assegnatomi permangono non pochi profili di ordine problematico in relazione sia alla delimitazione dei contorni delle figure soggettive, sia alla compatibilità “di sistema” di alcune fattispecie di deroga alla normativa generale, con specifico riferimento all’*in house providing* nel settore dei servizi.

2. Le definizioni (ovverosia il quadro delle “quasi”certezze)- È noto che la normativa comunitaria in materia di affidamento di lavori o servizi definisce “amministrazioni aggiudicatrici”, oltre che lo Stato e gli enti pubblici territoriali nonché le associazioni costituite tra tali enti, gli “organismi di diritto pubblico”, cioè quei soggetti giuridici “istituiti per soddisfare specificamente bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale e commerciale, dotati di personalità giuridica e la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti locali o da altri organismi di diritto pubblico, oppure la cui gestione è sottoposta a controllo di questi ultimi, oppure i cui organi di amministrazione, di direzione o di vigilanza sono costituiti da membri più della metà dei quali è designata” dai suddetti enti.

Nella disciplina comunitaria degli appalti nei settori speciali (acqua, trasporti, energia, tlc e anche le poste, con la direttiva 17/2004) a tali figure soggettive si aggiungono le “imprese pubbliche”, imprese sulle quali le amministrazioni aggiudicatrici possano esercitare “direttamente o indirettamente, un’influenza dominante, perché ne sono proprietarie, vi hanno una partecipazione finanziaria, o in virtù di norme che disciplinano le imprese in questione”.

Ci si è molto interrogati, anche in dottrina¹, sulle reciproche interferenze tra le due figure soggettive e sull’ambito di applicazione ora dell’una ora dell’altra disciplina. Le conclusioni suggerite dalla dottrina richiamata mi sembrano condivisibili e sostanzialmente in linea con la giurisprudenza comunitaria.

In primo luogo, le figure dell’organismo di diritto pubblico e quella di impresa pubblica sono tra loro non compatibili, essendo l’uno caratterizzato dal “soddisfacimento di bisogni generali a carattere non industriale o commerciale” e l’altra dallo svolgimento di attività economica a carattere, per definizione, imprenditoriale e quindi qualificata dalla presenza sintomatica dei seguenti indici (che rivelano la qualità di impresa e, al contempo, escludono il carattere non industriale o commerciale dei bisogni): l’agire in normali condizioni di mercato, il perseguimento di uno scopo di lucro e l’assunzione del rischio.

Ne consegue –con riferimento alla *ratio* delle discipline di tutela- che l’esigenza (eccezionale) di assoggettare al regime di evidenza pubblica un soggetto privato sostanzialmente assimilabile a una pubblica amministrazione, in modo da evitare l’elusione delle regole sull’evidenza, non sussiste per quei soggetti (impresa) che hanno le caratteristiche sostanziali dell’imprenditore, nei cui confronti operano efficacemente le leggi del mercato e della concorrenza, salvo che in quei settori

¹ M.A. Sandulli, *Il partenariato pubblico-privato e il diritto europeo degli appalti*, in *Riv.it.dir.pubbl.com.* 2005, 1, 167. La questione è affrontata dallo stesso Autore e da R. Garofoli nel volume in commento (rispettivamente p. 211 ss. e 160 ss.)

speciali in cui sono proprio le peculiarità di *quel* mercato a consigliare il ricorso alle regole dell'evidenza (sentenza *Taitolao*).

In definitiva, gli appalti nei settori cd. speciali sono in primo luogo disciplinati, per il principio di specialità, dalla direttiva 17/04; se il settore non rientra tra quelli speciali, la direttiva generale troverà applicazione solo all'organismo di diritto pubblico.

Non ripercorrerò la giurisprudenza formatasi in ordine all'individuazione dei presupposti (a carattere cumulativo) della figura dell'organismo di diritto pubblico, con riferimento all'indifferenza della veste di diritto privato o pubblico del soggetto, alla qualificazione del carattere "non industriale o commerciale" del "bisogno" (ma in realtà dell'attività: F. Cintioli), alle caratteristiche del "finanziamento" idoneo a qualificare l'influenza pubblica (necessariamente svincolato da ogni sinallagmaticità con una prestazione).

Preferisco, a questo punto, sottoporre alla Loro attenzione alcuni profili critici o problematici del tema in rassegna.

3. I profili critici: l'organismo in parte qua – Secondo una percezione diffusa, che trae origine dalla sentenza *Mannesmann*, la giurisprudenza comunitaria rifiuta la tesi dell'organismo *in parte qua*, assoggettando alle regole comunitarie dell'evidenza pubblica tutti i soggetti che svolgano attività a carattere non commerciale o industriale, ancorché gli stessi soggetti svolgano anche altre attività di natura sicuramente imprenditoriale e anche con riferimento a tali attività; e ciò per due ragioni: perché il tenore letterale della normativa non distingue all'interno delle attività del soggetto che, sia pure per una parte poco rilevante della propria attività, sia riconducibile alla figura dell'organismo di diritto pubblico; per esigenze di certezza del diritto.

La tesi –portata all'estremo- comporterebbe un inammissibile assoggettamento alle regole del diritto pubblico anche delle attività sicuramente di diritto privato di un soggetto che è privato e quindi avente tutti i requisiti dell'impresa, sul piano soggettivo e su quello oggettivo dell'attività in concreto presa in considerazione. Né può sottovalutarsi che nei due precedenti più significativi (caso *Mannesmann* e caso *Comune di Monaco di Baviera*), la Corte –come perspicuamente osservato²- ha, da un lato, affermato che la presenza di altre attività non esclude la qualificazione di organismo di diritto pubblico *ai fini dell'assoggettamento alle regole dell'evidenza* –si badi- dell'attività riconducibile ai bisogni di carattere non industriale o commerciale; dall'altro, che la seconda sentenza si riferisce a un ente pubblico territoriale e non a un organismo di diritto pubblico³. In particolare, a me sembra che l'organismo che svolga attività in parte di carattere industriale e in parte no, se può essere assoggettato alle regole dell'evidenza in quanto "organismo di diritto pubblico", debba essere assoggettato per il resto al regime di un'impresa: paradossalmente,

² Id., p. 186-187

³ Meno risolutiva, sul piano sistematico, mi sembra, invece, l'argomentazione *e contrario* utilizzata dalla stessa dottrina, per accentuare la rilevanza dell'elemento oggettivo legato al tipo di attività svolta, ricavata dalla direttiva 17/04, secondo cui, nel caso in cui l'appalto riguardi attività incluse nella direttiva e attività ivi non contemplate, la direttiva si applica all'appalto (solo) "se è oggettivamente impossibile stabilire a quale attività l'appalto sia principalmente destinato".

l'impresa pubblica, se non opera nei settori speciali, non è assoggettata alle regole dell'evidenza ai sensi della direttiva generale; ma un'impresa privata, definibile organismo di diritto pubblico in quanto un suo ramo svolge attività a carattere non industriale, resta assoggettata anche per le altre attività imprenditoriali alle regole proprie dei soggetti pubblici.

Né mi sembra sufficiente il richiamo all'esigenza di certezza, perché tale esigenza, combinata con il principio di proporzionalità rispetto al sacrificio imposto all'imprenditore privato, può al più indurre a privilegiare un criterio che, nei territori di confine, risolva il dubbio in favore dell'applicazione delle regole sull'evidenza, sulla falsariga di quanto stabilisce l'articolo 9 punto 3 della direttiva 17 per la pur diversa ipotesi dell'appalto avente ad oggetto attività "miste", riconducibili e non ai settori speciali.

Piuttosto può essere necessario, al fine di evitare che l'ammissione della tesi dell'organismo *in parte qua* possa condurre a un'elusione delle regole sull'evidenza, porre dei "paletti", quali la necessaria e rigida separazione, anche e soprattutto sul piano contabile, delle distinte attività svolte dal soggetto privato.

4.1 profili critici: l'in house providing con particolare riferimento al settore dei servizi e alle società miste

E' noto che l'affidamento *in house* costituisce uno degli aspetti più problematici della normativa comunitaria in tema di affidamento di lavori e di servizi, perché esso si traduce in una deroga alle regole dell'evidenza e quindi della concorrenza, risolvendosi in una restrizione del mercato. La Corte –come pure è noto- è andata vieppiù restringendo l'ambito di ammissibilità dell'*in house* e le pronunce del 2005⁴ ne hanno, se non segnato il *de profundis* (Clarizia), di sicuro fortemente delimitato l'operatività, evidenziando indirettamente quello che probabilmente costituisce il nodo di fondo dell'istituto.

Volendo riassumere schematicamente i limiti di ammissibilità dell'affidamento diretto a società *in house*, può dirsi che la Corte richiede:

- a) la totale partecipazione pubblica;
- b) che l'amministrazione pubblica eserciti sulla società un controllo analogo a quello che l'amministrazione medesima può esercitare sui propri organi;
- c) che la società affidataria svolga prevalentemente, se non esclusivamente, la sua attività nei rapporti con *quell'* amministrazione.

Quanto al requisito del *controllo analogo*, la Corte, lungi dall'accontentarsi di una nozione "societaria" di controllo, lo ha escluso: in presenza di un oggetto sociale esteso ad altri rilevanti settori di attività, quando il capitale deve essere ceduto nel breve termine, in tutto o in parte, a privati, quando l'ambito territoriale di attività è esteso al di là della circoscrizione territoriale dell'amministrazione affidante, quando il consiglio di amministrazione gode di ampi poteri di gestione esercitabili

⁴ Sentenze: 11 gennaio 2005 n. 2603, in C-26/03, *Stadt Halle* in materia di smaltimento di rifiuti, in *Urb. e app.* 2005, 3, 288, con nota di R. de Nictolis; 13 ottobre 2005, in C-458-03, *Parking Brixen*, in tema gestione dei parcheggi apagamento a una società pubblica, in *GiustAmm.it* 10/05, con nota di A. Clarizia, *La Corte suona il de profundis per l'in house*; 27 ottobre 2005, in C-187/04, *Comm.c/ANAS*, in tema di costruzione e gestione stradale.

in autonomia rispetto all'autorità pubblica. In positivo -come è stato efficacemente osservato⁵- l'affidamento in assenza di gara è giustificato dal fatto che l'attività di erogazione del servizio rimanga all'interno dell'organizzazione della pubblica autorità, mentre dovrà ricorrersi alle regole dell'evidenza ogniqualvolta il servizio sia affidato a un'entità giuridica *distinta* dall'amministrazione. E –si badi- tale impostazione, segnatamente in materia di servizi, è sostanzialmente ritenuta applicabile tanto agli appalti quanto alle concessioni, anche se la fonte nel primo caso è rinvenuta nelle direttive, nel secondo caso nelle norme del Trattato concernenti la libertà di stabilimento nonché nei principi di trasparenza, parità di trattamento e non discriminazione.

Valutiamo ora gli aspetti problematici del quadro delineato.

Questo è caratterizzato da una tensione di fondo tra esigenza di rispetto delle regole di evidenza, dirette ad allargare la concorrenza e aprire il mercato (che si manifesta, per esempio, nell'accezione ampia di organismo di diritto pubblico), e disciplina dell'*in house providing*, motivato fondamentalmente dall'esigenza di assicurare alle pubbliche autorità la cd. libertà di autoproduzione⁶ delle amministrazioni erogatrici di servizi, cioè la scelta del modello gestionale più conveniente da parte delle amministrazioni medesime.

Nell'ordinamento italiano –come è noto- il relativo dibattito si è sviluppato intorno alla tematica delle società pubbliche disciplinate dall'articolo 113 del testo unico enti locali. Naturalmente occorrerebbe tener conto che la problematica dell'*in house* è tratta dalla giurisprudenza sugli appalti; poi, i principi e i criteri sono stati applicati anche alla materia dei servizi pubblici, che in realtà riposa a livello comunitario su di un quadro normativo di riferimento diverso, inerente ai diritti di esclusiva.

Ma, fatta questa precisazione, torniamo all'articolo 113. Questo –per quanto qui rileva- prevede l'affidamento del servizio (co. 5): a) a una società scelta mediante gara; b) a una società mista in cui il socio privato sia scelto mediante gara; c) a società interamente pubbliche a condizione che l'amministrazione eserciti il cd. controllo analogo.

Già l'ipotesi *sub b)* dà luogo a problemi: è opinione ricorrente che l'espletamento della gara per la scelta del socio consenta di superare il ricorso alla gara per l'affidamento del servizio; ma messa così, la cosa appare poco convincente: in primo luogo⁷- fatta salva l'ipotesi della <centrale di committenza>- che, nel caso in esame, l'apertura al mercato si realizzi comunque a valle, perché l'affidatario è tenuto a operare come organismo di diritto pubblico, non è circostanza esatta, in quanto l'affidatario realizza direttamente i servizi da prestare. Ma, soprattutto, mi sembra che sia discutibile l'asserita coincidenza, anche temporale, tra scelta del socio e affidamento del servizio,

⁵ A. Lucchetti, *Il quadro istituzionale dei servizi di interesse economico generale: la gestione del servizio idrico integrato nelle recenti pronunce giurisprudenziali nazionali e comunitarie*, in Astrid Rassegna, n.17/05.

⁶ Così Cons. Stato, V, 23 aprile 1998 n. 477, richiamata da Gui.Greco, *Imprese pubbliche, organismi di diritto pubblico, affidamenti <in house>: ampliamento o limitazione della concorrenza?*, in Riv.it.dir.pubbl.com. 2005, 1, 61ss., spec. 75.

⁷ G. Greco, *cit.*, p. 74 s.

quanto meno in quelle ipotesi in cui la società non sia costituita appositamente e soltanto per quel servizio, da rendere esclusivamente in favore dell'autorità pubblica che procede alla costituzione. E ciò senza considerare le contrapposte esigenze di salvaguardare, da un lato, la libertà dell'imprenditore del settore di svolgere l'attività senza necessariamente dover entrare in una società, sicuramente anomala, con l'amministrazione; dall'altra, la possibilità per l'amministrazione di erogare direttamente quel servizio proprio nell'esercizio della cd. libertà di autoproduzione. Ma su questo nodo cruciale si tornerà. Quello che però mi sembrerebbe di poter dire è che l'affidamento diretto a società mista, il cui socio pur sia stato scelto con gara, potrebbe tradursi in un'ipotesi mascherata di *in house*: ho, infatti, affidamento diretto di un servizio a una società non interamente posseduta da un ente pubblico, cosa che la giurisprudenza sull'*in house* non mi consentirebbe e che io realizzo per la diversa via della società mista; inoltre, questo meccanismo mi crea una sorta di contraddizione interna allo stesso articolo 113 tra lettera *b*) e lettera *c*).

Ancora maggiori problemi nascono proprio con riferimento alla lettera *c*), relativo all'affidamento diretto a società interamente pubblica connotata dal requisito del controllo analogo. La diretta derivazione comunitaria della norma risente inevitabilmente della sua applicazione e della sua interpretazione in sede comunitaria, soprattutto della chiave di lettura della Corte di giustizia.

Orbene è difficile negare –ad avviso non solo mio ma di molti primi commentatori della richiamata giurisprudenza del 2005- che i presupposti richiesti dalla Corte per la compatibilità comunitaria dell'*in house* difficilmente si sposino, non tanto con il nostro ordinamento societario –circostanza che in sé potrebbe essere irrilevante- ma con la logica stessa del ricorso allo strumento societario come è conosciuto negli ordinamenti degli Stati membri, non potendosi pensare a una società che, per quanto di diritto speciale (e già questo termine dovrebbe indurre a riflessione), non abbia margini di autonomia decisionale e gestionale rispetto all'ente che la costituisce e la possiede, realizzandosi così una fattispecie forse non rinvenibile nemmeno nelle vecchie aziende speciali.

In tale contesto, mi sembra che sarebbe da dubitare della stessa compatibilità comunitaria della disciplina nazionale in tema sia di società miste sia di società interamente partecipate, sotto il profilo ovviamente dell'affidamento diretto del servizio. E del resto la recente giurisprudenza, se rigorosamente applicata, rischia di affermare solo a parole la legittimità dell'*in house*, ponendo peraltro condizioni impossibili da realizzare.

Ma probabilmente il problema è diverso e, conseguentemente, diverso dovrebbe essere l'approccio.

Il nodo di fondo è proprio quello della scelta del modello di gestione del servizio da parte dell'amministrazione. Sotto tale profilo, è difficile disconoscere all'ente la possibilità di gestire *direttamente* il servizio. Ma anche in tale ipotesi –e tenuto conto che siamo ovviamente in presenza di servizi “di interesse economico generale” o “a rilevanza economica”, che dir si voglia- occorrerebbe essere consapevoli che l'intervento pubblico diretto, sotto qualsiasi forma, anche

se non viola la concorrenza, intesa come *par condicio*, inevitabilmente restringe il mercato.

Il problema cui dunque occorre dare risposta –ed è auspicabile che la Corte lo faccia in occasione della rimessione effettuata dal Tar Puglia⁸- è quello della definizione dell’ambito della scelta riconosciuta all’ente nel decidere se ricorrere o meno al mercato per la gestione di un servizio pubblico a rilevanza economica.

Sul piano interno, la soluzione potrebbe essere quella, pragmatica, di richiedere una specifica motivazione del mancato ricorso al mercato, qualora ovviamente si ritenga che questa sia la regola, individuando le cause giustificative dell’intervento diretto, per esempio, nell’esigenza di assicurare il servizio anche in situazioni, per esempio territoriali, in cui l’operatore privato potrebbe non avere convenienza e quindi il ricorso al mercato potrebbe rivelarsi inutile. Anche questa opzione non è peraltro immune da critiche: potrebbe ripetersi, per i servizi pubblici locali, la nota diatriba che, nell’era delle partecipazioni statali, divideva i fautori dell’intervento pubblico limitato alle ipotesi residuali di assenza dell’imprenditore privato nel settore e coloro che rifiutavano un mero ruolo “sociale” dell’impresa pubblica per rivendicarne a pieno titolo la funzione di operatore economico e fattore di sviluppo, il cd. ruolo-pilota, in “concorrenza” con gli operatori privati.

Una possibile, e diversa, chiave di lettura, in termini più moderni e attuali, potrebbe essere quella che si incentri sulla tendenziale distinzione tra soggetto erogatore e soggetto regolatore; secondo questo diverso approccio l’autorità pubblica dovrebbe tendere a ritrarsi dal mercato in tutte quelle ipotesi in cui il suo intervento diretto, nelle varie forme, sia ritenuto consigliato dai principi di sussidiarietà orizzontale e di proporzionalità.

Ma la problematicità delle questioni aumenta e quindi è opportuno che mi fermi. Grazie.

Filippo Patroni Griffi
Consigliere di Stato

⁸ ordinanza 22 luglio 2004 n. 885. V. pure Cons. Stato, V, ord. 22 aprile 2004 n. 2316.