

Un caso di In house providing?

di G. Rubba

Può l'affidamento del servizio trasporto infermi mediante convenzionamento diretto tra un'azienda ospedaliera e la Croce Rossa Italiana (CRI) costituire un'ipotesi di *in house providing* o "gestione in proprio", tale che lo stesso affidamento risulti esente dagli schemi e dalle garanzie predisposti dal legislatore comunitario?

Si cercherà di rispondere a questa domanda, partendo da un caso in concreto verificatosi e dalla possibilità di configurarlo come un'applicazione dell'art. 15 L. 241/90, per poi arrivare, attraverso l'elaborazione giurisprudenziale della modalità dell'*in house*, sia in ambito comunitario, sia rispetto al recepimento di detta figura nel diritto interno, ed un breve riferimento allo statuto della CRI, a prospettare una soluzione plausibile e di immediata applicazione.

1. IL CASO

L'Azienda Ospedaliera "G. Rummo" di Benevento affidava il servizio di Trasporto Infermi alla Croce Rossa Italiana- Comitato Provinciale di Benevento- stipulando con essa una convenzione della durata di tre anni, che sarebbero decorsi a partire dall'1.09.2005.

Si trattava di un affidamento in via diretta, operato sulla base di valutazioni di opportunità, convenienza e tutela del pubblico interesse, ma effettuato senza l'espletamento di procedure concorsuali.

Tale situazione comportava una reazione giuridica delle altre ditte interessate all'affidamento del servizio, le quali, riferendosi alle direttive comunitarie, invocavano l'espletamento di apposite procedure di gara onde poter selezionare in modo trasparente il concorrente migliore cui appaltare l'incarico.

In realtà, rispetto a tali obiezioni, pur fondate sui principi espressi nella direttiva 92/50, per la quale, nell'ambito del perseguimento dell'obiettivo generale di apertura dei mercati degli appalti pubblici nel settore dei servizi, a condizioni di parità di trattamento e di trasparenza, vanno ristrette ad un gruppo tassativamente indicato nella stessa, le eccezioni alla regola della concorsualità, si possono fare talune osservazioni.

Infatti, "ex art. 15, co. 1, L. 241/90, le amministrazioni pubbliche possono "sempre" concludere tra loro accordi per disciplinare lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune, le quali ben possono riguardare attività materiali da svolgere nell'espletamento di un pubblico servizio e direttamente in favore della collettività", Cons. Stato, Sez. VI, 08.04.2002, n.1902.

E per "attività di interesse comune" ben si può intendere, come avvenuto effettivamente per l'A. O. "Rummo", attività materiali da svolgersi nell'espletamento di un pubblico servizio e direttamente in favore della collettività

Non solo, ma la Croce Rossa Italiana, in considerazione della propria natura di ente pubblico non economico, senza scopo di lucro, con finalità esclusivamente pubblico-assistenziali, sottoposta al controllo della Corte dei Conti, non può essere posta in concorrenza con privati imprenditori; bensì deve essere destinataria di una quota del servizio pubblico, da scorporare prima della gara, la quale va bandita solo per sopperire alle esigenze che non possono essere soddisfatte dal soggetto pubblico, T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, 16.03.2005, n. 162.

Date queste premesse, la situazione risulta addirittura capovolta: l'accordo intercorso tra l'azienda ospedaliera e la CRI non costituisce una violazione delle norme di "evidenza pubblica", ma anzi impedisce che si realizzi una gara sfalsata dalla circostanza che le concorrenti non sono e non possono essere in condizioni di parità concorsuale, perchè la CRI è un Ente pubblico con finalità socio-assistenziali e le altre ditte sono soggetti private che perseguono pur sempre uno scopo di lucro.

Di conseguenza il servizio offerto dalla Croce Rossa risulterà necessariamente maggiormente conveniente, nel rapporto qualità-prezzo, laddove l'economicità è proprio uno dei principi fondamentali dell'azione amministrativa.

D'altra parte i corrispettivi riconosciuti alla CRI, in quanto Ente, risultano finalizzati soltanto al rimborso delle spese necessarie per l'espletamento del servizio, quali definite sulla base di preventivi fondati su parametri oggettivi di costo (modalità della prestazione c. d. in house).

2. LA MODALITA' DELL'IN HOUSE PROVIDING (l'elaborazione della giurisprudenza comunitaria)

Per "in house providing" (o letteralmente "gestione in proprio") si intende quel modello di organizzazione e gestione dei pubblici servizi (erogazione di servizi, forniture, lavori) che le pubbliche amministrazioni adottano attraverso propri organismi, senza, quindi, ricorrere al libero mercato.

Il prodromo normativo degli affidamenti in house (intorno ai quali si è avuto negli anni un imprevedibile sviluppo giurisprudenziale) è rappresentato dall'articolo 6 della direttiva comunitaria 92/50 del 18 giugno 1992, concernente le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi.

Si tratta di una disposizione derogatoria che esenta le amministrazioni aggiudicatrici dall'applicazione della direttiva sugli appalti pubblici di servizi - e quindi dalla gara - «quando i servizi sono affidati ad un ente che è esso stesso un'amministrazione, e l'affidamento avviene in base a un diritto esclusivo fondato su disposizioni legislative, regolamentari od amministrative compatibili con il trattato».

Il problema era capire l'esatta portata di questa disposizione derogatoria.

Difatti, l'espressione "in house providing" assunse il significato, nella giurisprudenza UE, di forma di affidamento diretto eccezionale rispetto alla regola della "gara", solo quando venne presentata all'attenzione della Corte di Giustizia Europea la vicenda "Teckal" (18.11.1999 in causa C-107/98).

E' in tale contesto che si affermò, invero, il principio per cui se *l'ente locale esercita sulla persona di cui trattasi (affidatario) un controllo analogo a quello da esso esercitato sui propri servizi, e questa persona realizza la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti locali che la controllano* è esclusa l'applicazione della disciplina comunitaria in materia di procedure di individuazione dei concessionari, in quanto in tali casi i soggetti affidatari sono da ritenersi organismi di diritto pubblico operanti al di fuori del libero mercato.

Il che sollevò tutta una serie di problemi interpretativi circa l'ambiguità di espressioni come "controllo analogo" o "parte più importante della propria attività".

Di recente, con la sentenza C-26/03 dell'11.1.2005 della Corte Europea di Giustizia, si è, dunque, tentato di fare maggiore chiarezza sulla prassi dell' in house, ponendo particolare attenzione alla delimitazione soggettiva della stessa.

Nelle sue conclusioni la Corte riconosce ancora una volta all'Amministrazione *la possibilità di adempiere ai compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti amministrativi, tecnici e di altro tipo, senza essere obbligata a far ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi*, ma restringe ulteriormente l'ambito dei soggetti che possono accedere a questa modalità eccezionale.

Gli unici soggetti legittimati, individuati dalla Corte, risultano essere, infatti, i soggetti aventi natura pubblica; mentre una società "mista pubblico-privata" non può ricorrere alla procedura in house, laddove la società privata che partecipa con l'autorità pubblica ad un soggetto giuridico riceverebbe, da tale dispari trattamento rispetto alle altri concorrenti sul mercato, un indebito vantaggio.

E' questo il caso, infatti, che comporterebbe una vera e propria violazione della "par condicio" concorsuale.

3. LA MODALITA' DELL'IN HOUSE PROVIDING NEL DIRITTO INTERNO

La figura dell'appalto in house è stata accolta nell'ordinamento italiano dapprima attraverso una circolare del ministero per l'attuazione delle politiche comunitarie e poi attraverso l'intervento del legislatore che - nel 2003 - l'ha prevista espressamente nell'art. 113 tuel (comma 5 lett. c come modificato dall'art. 35 l. 448/2001 sul quale è intervenuto il d.l. 269/2003).

I problemi interpretativi posti dalla figura dell'appalto in house furono diversi, ma possono essere sintetizzati in tre quesiti fondamentali:

- a) cosa deve intendersi per "controllo analogo"?
- b) quando può dirsi realizzata la prevalente attività dell'affidatario con l'ente controllante?
- c) quando è che l'ente aggiudicatore può preferire l'affidamento diretto in

house providing ad un affidamento mediante pubblica gara?

Sul primo punto, l'attuale elaborazione giurisprudenziale è giunta ad affermare che sussiste il "controllo analogo" allorché tra società controllante e società controllata il rapporto di terzietà sia solo formale, mentre di fatto la prima esercita sulla seconda un assoluto potere di direzione, coordinamento e supervisione riguardo i più importanti atti di gestione del soggetto controllato.

Inoltre, non basta che il capitale della società controllata sia interamente pubblico ma deve effettuarsi un sindacato concreto, caso per caso.

Per il secondo problema, concerne la "traduzione" del requisito della prevalente attività dell'ente affidatario che questi deve svolgere con l'amministrazione aggiudicatrice, ci si riferisce nuovamente alla citata sentenza Teckal.

La Corte di Giustizia, nel caso Teckal, usa queste parole: «... che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti pubblici che la controllano».

Le società che operano esclusivamente (o quasi) a favore degli enti pubblici che le controllano non stanno sul mercato, o vi stanno in posizione del tutto trascurabile. E ciò rende compatibile la possibilità di un affidamento diretto a queste società con le regole della concorrenza e della par condicio fra imprese concorrenti.

Secondo la giurisprudenza, la prevalenza va valutata in termini quantitativi e non qualitativi, dunque è al fatturato della società che occorre guardare: perché sia rispettato il requisito in parola deve essere maggiore il fatturato dell'attività svolta in favore dell'ente rispetto a quello concernente la restante attività.

In mancanza di un criterio di legge a cui ancorare la valutazione di prevalenza, si potrebbe ricorrere al criterio utilizzato dalla direttiva sui settori esclusi (v. art. 8 co. 3 d.lgs. 158/95) secondo il quale le amministrazioni possono affidare direttamente appalti ad un'impresa collegata purché almeno l'80% del fatturato medio degli ultimi tre anni derivi dallo svolgimento di servizi, lavori o forniture all'amministrazione cui è collegata.

Il criterio dell'80% del fatturato medio è, infatti, ormai entrato nella prassi quale integrazione del requisito della prevalente attività.

L'ultimo quesito, che è, appunto, quello che nello specifico interessa il caso qui esaminato, è, invece, stato posto per la prima volta in modo approfondito dal TAR Puglia con ordinanza dell'8 settembre 2004 n. 885 (e, prima, da C.d.S. 22 aprile 2004 n. 2316).

Si legge nell'ordinanza che, a differenza della formulazione dell'art. 22 della l. 142/90 (che è l'antecedente normativo dell'attuale art. 113 tuel), il quinto comma dell'art. 113 tuel indica tre modelli di gestione dei servizi pubblici senza indicare quando l'uno debba essere adottato in luogo di un altro.

Questa carenza, ad avviso dei giudici amministrativi, è passibile di violazione dei principi del Trattato istitutivo e, in particolare, dell'art. 86 co. 2 dello stesso secondo cui «le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme del presente Trattato, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata».

La lettura di tale disposizione, in effetti, sembra prefigurare una sorta di graduazione degli obiettivi, che pone al vertice il rispetto delle regole di concorrenza, salvo che l'osservanza delle stesse comporti un ostacolo alla «missione» del servizio in concreto considerato.

Inoltre, non può trascurarsi che anche la norma da cui origina l'in house providing (art. 6 dir. 92/50) sia una norma derogatoria rispetto alla disciplina generale che obbliga le amministrazioni a ricorrere alle procedure di gara.

La risoluzione del caso proposto può inserirsi, quindi, nei contributi alla non semplice definizione della modalità dell'in house nel diritto interno.

4. LA NATURA DI ENTE PUBBLICO DELLA CRI

Tornando al caso esaminato, se, pertanto, la Croce Rossa ha natura di ente dotato di personalità giuridica di diritto pubblico sembra che, anche in considerazione della sentenza C-26/03 e delle osservazioni sopra svolte, non vi siano ostacoli a ritenere che l'Azienda Ospedaliera "G.Rummo" ha agito bene nell'affidarle il "servizio-transporto" senza ricorrere al libero mercato.

A tale proposito, infatti, il nuovo Statuto della CRI, pubblicato nella

Gazzetta Ufficiale n. 131 del 08.06.2005, approvato con il D.P.C.M. 6 maggio 2005, n. 97, non modifica il ruolo istituzionale affidato dallo Stato all'ente pubblico Croce Rossa.

E lo Statuto, al suo art. 2, c. 1, lett. c), individua, fra i compiti delegati, proprio lo svolgimento, in regime di convenzione, del servizio di pronto soccorso e trasporto infermi, nonché i servizi sociali ed assistenziali, in ambito internazionale, nazionale, regionale e locale.

Ma lo Statuto non è l'unica fonte da cui si evince la funzione socio-assistenziale della CRI.

Invero, la Croce Rossa Italiana è definita un ente pubblico non economico, privo di qualsivoglia fine di lucro, i cui scopi istituzionali sono di natura esclusivamente assistenziale (L. 20.03.1975, n. 70, Tab. II; art. 70 L. 23.12.1978, n. 833; art. 2 D.P.R. 31.07.1980, n. 613), e per tale ragione per essa non è previsto l'espletamento del servizio in regime concorrenziale con l'imprenditoria privata, bensì mediante convenzionamento diretto con le istituzioni pubbliche sanitarie ed ospedaliere, nell'ambito del Servizio Sanitario Nazionale [art. 5 D.P.R. 31.07.1980, n. 613; art. 2, co. 1, lett. c), D.P.C.M. 05.07.2002, n.208].

Venendo all'art. 1, lett. b) Dir. 92/50 CEE del 18.06.1992, esso stabilisce che sono "amministrazioni aggiudicatrici", lo Stato, gli enti locali, gli organismi di diritto pubblico, le associazioni costituite da detti enti od organismi di diritto pubblico.

Premesso che per " organismo di diritto pubblico " generalmente si intende qualsiasi organismo: - istituito per soddisfare specificatamente bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale, e - avente personalità giuridica, e - la cui attività è finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti locali o da organismi di diritto pubblico, oppure la cui gestione è soggetta al controllo di questi ultimi, oppure il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza è costituito da membri più della metà dei quali è designata dallo Stato, dagli enti locali o da altri organismi di diritto pubblico.

E che ai sensi della lett. c), sono, invece, " prestatori di servizi " le persone fisiche o giuridiche, inclusi gli enti pubblici che forniscono servizi.

A tale proposito, occorre richiamare la distinzione fra appalto pubblico di servizi e concessione di servizi.

Sebbene fra i modelli di gestione dei servizi pubblici locali secondo l'attuale formulazione delle norme del TUEL non sia più menzionata la concessione a terzi, tale modalità è contemplata dalla direttiva 2004/18/CE (che ha sostituito la vecchia direttiva sui servizi 92/50/CE), il cui art. 1 comma 4 caratterizza la concessione di servizi in base al corrispettivo del concessionario: nell'appalto pubblico di servizi il corrispettivo è pagato direttamente dall'amministrazione aggiudicatrice al prestatore di servizi; nella concessione di servizi il corrispettivo «consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo».

Come puntualizzato dalla Corte di Giustizia il fatto che la remunerazione del prestatore di servizi provenga non già dall'autorità pubblica interessata, bensì dagli importi versati dai terzi per la fruizione del servizio, implica che il prestatore assume il rischio della gestione dei servizi in questione.

Ciò non toglie, tuttavia, che le pubbliche autorità che concludono contratti di concessione di servizi pubblici siano tenute a rispettare le regole fondamentali del Trattato CE in generale, e in particolare gli artt. 43 CE e 49 CE, i quali sono espressione del principio della parità di trattamento.

Senonché, l'applicazione di tali principi, contro la quale contrasta l'assenza totale di procedura concorrenziale per l'affidamento di una concessione di servizi pubblici, è necessaria nel caso in cui un'autorità pubblica affidi la prestazione di attività economiche ad un terzo.

Al contrario, non occorre applicare le norme comunitarie in materia di appalti pubblici o di concessioni di pubblici servizi nel caso in cui, come si è già anticipato, un'autorità pubblica svolga i compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti, amministrativi, tecnici e di altro tipo, senza far ricorso ad entità esterne (cfr., in questo senso, anche sentenza C 26/2003 Stadt Halle et RPL Lochau, punto 48). Tale evenienza si verifica allorché il controllo esercitato sul concessionario dall'autorità pubblica concedente è analogo a quello che essa esercita sui propri servizi e se il detto concessionario realizza la parte più importante della propria attività con l'autorità che lo detiene,

ossia quando ricorrono i requisiti dell'in house providing.

Da tutto ciò si desume che, ai fini del ricorso all'appalto in house, non assume importanza l'evenienza che l'affidatario del servizio rivesta la qualifica di concessionario, giacché ciò che conta è che la gestione possa considerarsi come effettuata in proprio dall'amministrazione appaltante, secondo i parametri elaborati dalla giurisprudenza comunitaria per la legittima applicazione dell'in house providing.

Considerato, inoltre, che secondo l'orientamento prevalente della giurisprudenza della Corte di Giustizia l'articolo 1 della direttiva del Consiglio n. 92/50 CEE del 18 giugno 1992, lett. b), secondo comma, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, deve essere interpretato nel senso che il legislatore ha operato una distinzione tra i bisogni di interesse generale non aventi carattere industriale o commerciale, da un lato, e, dall'altro, i bisogni di interesse generale aventi carattere industriale o commerciale (Causa 360/96, sent. del 10.11.1998, Gemeente Arnhem, Gemeente Rheden e BFI Holding BV).

La Croce Rossa Italiana risulta possedere tutti i requisiti necessari per assumere i servizi di pronto soccorso e di trasporto di infermi mediante semplice convenzionamento, o tramite affidamento in house providing.

5. CONCLUSIONI

Sembra, dunque, che nel caso assunto come modello di osservazione l'Azienda Ospedaliera abbia agito tramite una modalità di affidamento di servizi legittima, che invece di porsi in contrasto con le direttive comunitarie in tema di "gare", ne costituisce una giusta integrazione.

Infatti, nei casi in cui la Pubblica Amministrazione è capace di soddisfare da sola le proprie necessità è possibile affermare che essa non solo può ma deve anche agire tramite "gestione in proprio".

Poiché altrimenti verrebbe ad essere sminuito il valore dell'economicità dell'azione amministrativa, con la conseguenza pratica che verrebbero riversati costi sui cittadini laddove sarebbe possibile far loro risparmiare.

L'affidamento in house, dal suo canto, come si è detto, ha posto notevoli criticità innanzitutto per l'assenza di una regolamentazione positiva dello stesso istituto, per cui la definizione delle caratteristiche tipologiche si deve all'opera interpretativa della giurisprudenza.

Si può, dunque, concludere che per accertare la sussistenza di un rapporto in house è necessario, quindi, analizzare la natura giuridica del rapporto intercorrente fra l'amministrazione aggiudicatrice ed il soggetto aggiudicatario e, sulla scorta degli indici giurisprudenziali elaborati dalla Corte di Giustizia, verificare se si sia in presenza di un rapporto di delegazione interorganica tale da escludere la sussistenza di un rapporto di terzietà fra amministrazione ed ente in house e rendere possibile il ricorso all'affidamento diretto.

Su di un piano più generale risulta, poi, che la citata sentenza C-26/03 dell'11.1.2005 della Corte di Giustizia abbia aperto degli spiragli in più in ordine alla possibilità di affidamento diretto degli appalti di servizi agli enti non profit accreditati che operano nel settore dei servizi socio-sanitari alla persona.

Collegando, invero, l'interpretazione del "controllo analogo" all'elemento teleologico degli obiettivi di interesse pubblico che devono essere perseguiti tanto dal soggetto conferente, quanto dall'affidatario, la Corte di Giustizia ha reso evidente che essendo gli organismi del terzo settore, a differenza dei soggetti for profit, rivolti per loro natura alla realizzazione dell'interesse generale della collettività, qualora essi assumano personalità giuridica, e siano sottoposti ad uno stringente controllo finanziario, gestionale ed organizzativo pubblico, sembrano darsi per essi tutti i presupposti per l'affidamento in house richiesti.

Bibliografia

Alberti C., Appalti in house, concessioni in house ed esternalizzazione in Riv. It. Dir. Pubbl. com., 2001;

Arrowsmith S., Some problems in delimiting the scope of the public procurement directives: privatisations, purchasing consortia and in-house tenders, in Public procurement Law Review, 1997;

Biavati P., Carpi F., Diritto processuale comunitario, Milano, 2000;

Campobasso G. F., Diritto commerciale. I. Diritto dell'impresa, Torino, 1999;

Caputi V., Jambrenghi A., L'organismo di diritto pubblico, in Diritto amministrativo, 2000; **Caringella F.**, Corso di Diritto Amministrativo,

Milano, 2004;
Casalini D., L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house, Napoli, 2003;
Cassese S., La definizione legale di pubblica amministrazione nell'ordinamento comunitario, in **Cassese S.** (a cura di), Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale I, Milano, 2000;
Colombari S., Organismo di diritto pubblico e delegazione interorganica tra diritto comunitario e diritto nazionale, in *Urbanistica e Appalti*, n. 10, 2003;
Galesi M., In house providing: verso una definizione del «controllo analogo»? , in *Urbanistica e Appalti*, 8/2004;
Galgano F., Diritto civile e commerciale, III, I, Padova, 1999;
Greco G., Gli affidamenti in house di servizi e forniture, le concessioni di pubblico servizio e il principio della gara, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2000;
Mameli B., Un possibile ridimensionamento della nozione di organismo di diritto pubblico, in *Urbanistica e appalti*, I, 2002;
Piccozza E., Diritto amministrativo e diritto comunitario, Torino, 2000;
Santoro P., Manuale dei contratti pubblici, IV edizione, Maggioli, 2002;
Scoca F.G., Gli organismi di diritto pubblico del diritto comunitario, in *Mazzaroli L.* (a cura di), Diritto amministrativo, I, Bologna, 2001;
Signoretta N., Procedimenti di acquisizione di beni e servizi: l'evidenza pubblica, in www.lexitalia.it;
Zanghi C., Istituzioni di diritto dell'unione europea, Torino, 1995.