

Un particolare tipo di società a partecipazione pubblica è rappresentato dalle società "in house", società affidatarie dirette di servizi di interesse generale, la cui legittimità trova ora un preciso ancoraggio normativo. Le società "in house", che costituiscono un irrocervo in cui convivono istituti privatistici con regole di dichiarata origine pubblicistica, fondano la propria legittimità da un lato nella stretta osservanza dei principi posti tanto dal Testo Unico quanto dal codice dei contratti pubblici, dall'altro nel rispetto del principio di efficienza, efficacia e buon andamento della pubblica amministrazione. Per cui la pubblica amministrazione è legittimata a ricorrere all'affidamento diretto del servizio di interesse generale alla propria partecipata solo ove tale modalità di gestione si prefiguri come maggiormente conveniente rispetto alla esternalizzazione del servizio stesso.

Il modello dell'affidamento "in house" ha trovato nel tempo applicazione anche in campo sanitario. Numerose aziende sanitarie locali, infatti, hanno affidato alcuni servizi di interesse generale (in particolar modo servizi strumentali quali le pulizie, la custodia, ecc.). L'affidamento "in house" da parte di Aziende del Servizio sanitario pone inediti interrogativi relativamente al rispetto, oltre dei principi innanzi ricordati, delle regole in materia di trasparenza e tutela della concorrenza.

Questo lavoro, che è un aggiornamento della tesi di laurea specialistica in Consulenza professionale per le Aziende di Emanuela Resta si è interessato dell'evoluzione normativa e giurisprudenziale in materia, evidenziando le criticità ed i possibili pericoli sia sotto il profilo strettamente efficientistico, sia sotto il profilo del diritto della concorrenza.

Emanuela Resta, nata a Putignano nel 1992. Consegue la Laurea Triennale in Economia Aziendale presso l'Università degli Studi di Bari Aldo Moro, con tesi dal titolo: "Il Servizio Sanitario Nazionale: evoluzione del sistema di finanziamento e dei criteri di riparto" e la Laurea Magistrale in Consulenza Professionale per Aziende nella stessa Università, con tesi dal titolo: "Gli appalti in house: il caso delle Sanità Service".

È Dottoranda di Ricerca in "Medicina Traslationale e Management dei Sistemi Sanitari" presso l'Università di Foggia.

Ha collaborato a pubblicazioni in tema di Statistica ed Epidemiologia delle Malattie dell'Apparato Respiratorio.

In corso *Master of Advanced Studies in Economia e Management Sanitario e Sociosanitario* presso l'Università della Svizzera Italiana di Lugano.

ISBN 978-88-6611-754-4



9 788866 117544

€ 20,00

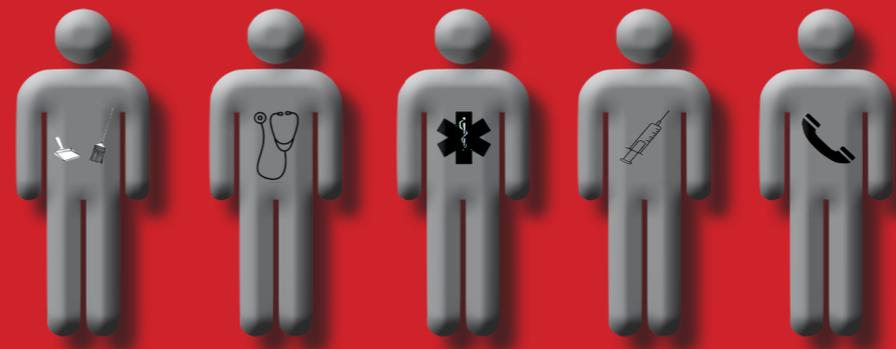


Emanuela Resta

GLI APPALTI *IN HOUSE*

il caso delle sanità *service*

prefazione di Ugo Patroni Griffi



E. Resta Gli appalti in house

CACUCCI  EDITORE
BARI

Emanuela Resta

GLI APPALTI *IN HOUSE*

Il caso delle sanità *service*

CACUCCI  EDITORE
BARI

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

© 2018 Cacucci Editore – Bari

Via Nicolai, 39 – 70122 Bari – Tel. 080/5214220

<http://www.cacuccieditore.it> e-mail: info@cacucci.it

Ai sensi della legge sui diritti d'Autore e del codice civile è vietata la riproduzione di questo libro o di parte di esso con qualsiasi mezzo, elettronico, meccanico, per mezzo di fotocopie, microfilms, registrazioni o altro, senza il consenso dell'autore e dell'editore.

INDICE

Prefazione	9
Introduzione	11

CAPITOLO PRIMO

LA DISCIPLINA DELL'*IN HOUSE PROVIDING*: LA DISCIPLINA INTERNA E QUELLA COMUNITARIA

1. La distinzione tra appalti e concessioni di servizi pubblici: la normativa comunitaria di riferimento e i principi comunitari applicabili.....	15
2. Le forme di gestione dei servizi di interesse economico generale di competenza degli enti locali: il quadro normativo generale di riferimento a livello comunitario.....	22
2.1 L' <i>in house</i> nelle nuove direttive 2014.....	29
2.2 Il requisito dell'attività prevalente, anche alla luce delle nuove direttive appalti del 2014	34
3. L' <i>in house providing</i> nelle società strumentali	38
4. L'evoluzione dei modelli di gestione dei servizi pubblici locali e la tipizzazione del modello dell'affidamento <i>in house</i> . La normativa interna.....	40

CAPITOLO SECONDO

LE SOCIETÀ PER LA GESTIONE DEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI A RILEVANZA ECONOMICA: I MODELLI E LA LORO EVOLUZIONE. DALLE SOCIETÀ A PREVALENTE CAPITALE PUBBLICO ALL'AFFIDAMENTO *IN HOUSE*

1. Dal modello della società a prevalente capitale pubblico locale ex art. 22 comma 3 lett. e), l. n. 142 del 1990 alla società <i>in house</i>	49
2. Il principio dell' <i>in house providing</i> : le modifiche apportate all'art. 113. dall'art. 14 d.l. 269/2003 e i profili di legittimità ed illegittimità della nuova norma	54

3. Compatibilità della norma con i principi comunitari.....	59
3.1 Fondamento dell’ <i>in house providing</i> . Il principio di auto-organizzazione.....	63
4. Sul rapporto tra partenariato pubblico-privato ed <i>in house providing</i>	67
5. L’affidamento <i>in house</i> come regola o come eccezione tra giurisprudenza e legislazione nazionale e comunitaria....	70

CAPITOLO TERZO

IL TESTO UNICO DELLE SOCIETÀ A PARTECIPAZIONE PUBBLICA: LE SOCIETÀ *IN HOUSE* NEL D.LGS. 175/2016

1. Premessa	75
2. Il D.Lgs. n. 175/2016, recante il “Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica”	76
3. Tipi di società in cui è ammessa la partecipazione pubblica e finalità perseguibili	81
4. L’incerto inquadramento delle società <i>in house</i> : tra essere e dover essere.....	85
5. Reclutamento del personale, nomina e revoca degli amministratori e dei sindaci nelle partecipate pubbliche costituite secondo il modello dell’ <i>in house providing</i> : la competenza del giudice ordinario.....	93
6. Insolvenza delle società a partecipazione pubblica che gestiscono servizi essenziali alla luce del TUSPP ed assoggettabilità delle società <i>in house providing</i> alle procedure concorsuali.....	96

CAPITOLO QUARTO

LA GIURISPRUDENZA COMUNITARIA SULL’*IN HOUSE PROVIDING* L’INTRODUZIONE DEL CONCETTO DI “*IN HOUSE PROVIDING*”: IL RUOLO DELLA GIURISPRUDENZA COMUNITARIA

1. Premessa	101
-------------------	-----

2. Le principali sentenze della Corte di Giustizia: dalla sentenza “Teckal” alle pronunce più recenti.....	102
3. La giurisprudenza comunitaria in materia di <i>in house providing</i> : gli elementi essenziali della nozione	109
3.1 (<i>segue</i>): il requisito dell’attività prevalente.....	110
3.2 (<i>segue</i>): il controllo analogo.....	115
4. Le società pluripartecipate e il controllo analogo congiunto.....	120
5. La figura del c.d. “ <i>in house orizzontale</i> ” in una recente sentenza della Corte di Giustizia e la sua identificazione. 124	

CAPITOLO QUINTO

L’*IN HOUSE PROVIDING* NELLA GIURISPRUDENZA NAZIONALE

1. Premessa	129
2. Affidamento di servizio pubblico: legittimità dell’ <i>in house providing</i>	132
3. I requisiti dell’ <i>in house providing</i> e l’interpretazione restrittiva del Consiglio di Stato: estensione e contenuto del controllo analogo e rispetto del principio di legalità...135	
3.1 Il controllo analogo secondo il punto di vista dei Tribunali amministrativi regionali.....	138
4. La responsabilità degli organi sociali per i danni da essi cagionati al patrimonio di una società <i>in house</i> : la responsabilità per danno erariale e la competenza della Corte dei Conti	141

CAPITOLO SESTO

IN HOUSE PROVIDING IN AMBITO SANITARIO: IL CASO SANITASERVICE IN PUGLIA

1. <i>In house providing</i> in ambito sanitario	145
2. Il caso <i>Sanitaservice</i> in Puglia	150
2.1 Tar Puglia- Bari, sez. I, 11 agosto 2009, n. 2011	150
2.2 C. Stato, sez. III, 29 aprile 2015.....	154

2.3 TAR, Puglia-Bari, sez. I, sentenza 14/05/2010 n° 1892.....	155
2.4 T.A.R. Puglia Lecce n. 2986/2014.....	158
2.5 Tar Puglia-Lecce, 12 febbraio 2015, n. 548.....	160
3. (<i>Segue</i>) La bocciatura dell'affidamento da parte del Consiglio di Stato sent n. 2291/2015	161
 Conclusioni	 167
 Bibliografia	 175

PREFAZIONE

Il libro rappresenta il diligente aggiornamento da parte di Emanuela Resta del pregevole lavoro di tesi. L'argomento è sicuramente d'attualità, come testimonia l'ampio dibattito della giurisprudenza pratica e teorica sulle società a partecipazione pubblica, dopo il Testo Unico "Madia". Il TU Madia ha dettato una disciplina organica delle società pubbliche, definendo le attività in cui alle pubbliche amministrazioni è consentito investire, disciplinando la governance, riformando i controlli e prevedendo una innovativa disciplina delle crisi (nel cui ambito è dettata una procedura di allerta e prevenzione che in qualche misura anticipa l'attesa riforma delle procedure concorsuali). Un particolare tipo di società a partecipazione pubblica è rappresentato dalle società "in house". Società affidatarie dirette di servizi di interesse generale, la cui legittimità trova ora un preciso ancoraggio normativo, che supera la iniziale disciplina di origine pretoria. Le società "in house", che costituiscono un irrocervo in cui convivono istituti privatistici con regole di dichiarata origine pubblicistica (si pensi alla disciplina del controllo cosiddetto analogo, alla disciplina del lavoro etc.), fondano la propria legittimità da un lato nella stretta osservanza dei principi posti tanto dal Testo Unico quanto dal codice dei contratti pubblici, dall'altro nel rispetto del principio di efficienza, efficacia e buon andamento della pubblica amministrazione. Principio, quest'ultimo, di rilievo costituzionale. Per cui la pubblica amministrazione è legittimata a ricorrere all'affidamento diretto del servizio di interesse generale alla propria partecipata solo ove tale modalità di gestione si prefiguri come maggiormente conveniente rispetto alla esternalizzazione del servizio stesso. Il modello dell'affidamento "in house" ha trovato nel tempo applicazione anche in campo sanitario. Numerose Aziende sanitarie locali, infatti, hanno affidato alcuni servizi di interesse generale (in particolar modo servizi strumentali quali le pulizie, la custodia etc. etc.). L'affidamento "in house" da parte di Aziende del Servizio sani-

tario pone inediti interrogativi relativamente al rispetto, oltre dei principi innanzi ricordati, delle regole in materia di trasparenza e tutela della concorrenza. Su cui è stata già chiamata a pronunciarsi la giustizia amministrativa. Della evoluzione normativa e giurisprudenziale in materia dà puntualmente conto Emanuela Resta che, dunque, fornisce ai lettori una prima chiave di lettura di un istituto, quello delle “in house” per l’esercizio di attività strumentali in favore delle Asl-socio unico, che evolve tra spinte politiche alla generalizzata applicazione di tale istituto e contropunte della giurisprudenza pratica e teorica che non manca di evidenziarne il pericolo sia sotto un profilo strettamente efficientistico, sia sotto il profilo del diritto della concorrenza.

Ugo Patroni Griffi

INTRODUZIONE

Quello dell'*in house providing* è certamente uno dei temi più dibattuti e controversi degli ultimi anni nel settore della contrattualistica pubblica. Come si avrà modo di approfondire nel prosieguo di questo lavoro, tale modello organizzativo di affidamento diretto di appalti e servizi pubblici è il frutto dell'elaborazione della giurisprudenza comunitaria, che diverse volte, nel corso degli anni è stata chiamata a pronunciarsi su questo tema.

L'espressione "*in house*" fu utilizzata, per la prima volta, nel Libro Bianco del 1998 nel quale la Commissione Europea, con riferimento alla materia degli appalti pubblici, definiva come "*appalti in house*", quelli "*aggiudicati all'interno della pubblica amministrazione, ad esempio tra pubblica amministrazione centrale e locale o, ancora tra un'amministrazione e una società da questa interamente controllata*"¹.

In generale, col termine *in house providing* viene indicata l'ipotesi in cui, un committente pubblico, derogando al principio di carattere generale dell'evidenza pubblica, invece di procedere all'affidamento esterno di appalti e servizi, provvede in proprio (e cioè all'interno della propria organizzazione), all'esecuzione delle stesse prestazioni attribuendo l'appalto ad un'altra entità di diritto pubblico, attraverso il sistema dell'affidamento diretto e senza gara.

Il ricorso al modello dell'*in house providing* si correla alla necessità di garantire il rispetto del principio comunitario di tutela della concorrenza. Infatti, esso è stato elaborato dalla Corte di Giustizia Europea in modo da mediare tra questo fondamentale principio ed il potere di auto-organizzazione della pubblica amministrazione.

Il ricorso all'*in house*, infatti, è senza dubbio la manifestazione del potere di auto-organizzazione della Pubblica Amministra-

¹ Commissione CE, Com(98)143 dell'11 marzo 1998, Comunicazione avente ad oggetto "Gli appalti pubblici nell'Unione europea", p. 11.

zione, la quale, attraverso un sistema definito di “delegazione interorganica”, può decidere di produrre da sé il servizio pubblico, in contrapposizione con il modello dell’*outsourcing* (e cioè del ricorso alla impresa privata per il reperimento delle risorse necessarie allo svolgimento dell’attività amministrativa).

A livello nazionale, l’istituto delle società *in house* ha trovato ampissima diffusione quale strumento per l’affidamento dei servizi pubblici locali, in alternativa alla concessione a soggetti terzi².

Nella prima parte di questa tesi verranno approfonditi gli aspetti riguardanti, proprio, le forme di gestione dei servizi di interesse economico generale di competenza degli enti locali ed il quadro normativo di riferimento sia a livello comunitario che nazionale. Si tratta di un tema piuttosto complesso che si svolge in un contesto caratterizzato dalla difficile coesistenza di norme di derivazione comunitaria e norme di diritto nazionale, che spesso si sovrappongono tra di loro. Questo perché l’ente territoriale, quando regola i servizi pubblici, è tenuto al rispetto degli obblighi comunitari e perché, sempre in ambito comunitario, trova spazio l’affermazione della libertà di concorrenza che costituisce l’elemento che, come suddetto, maggiormente rischia di essere compromesso dalla concessione di un pubblico servizio.

Nella seconda parte della tesi verrà analizzato, invece, il fondamentale ruolo avuto dalla giurisprudenza nella “costruzione” dell’*in house providing*, in relazione alla soluzione dei problemi conseguenti all’individuazione dei requisiti necessari a legittimare l’autorganizzazione e l’affidamento diretto dei servizi da parte degli enti territoriali.

² Sulle problematiche relative alle modalità di affidamento e gestione dei servizi pubblici, cfr. ex multis: A. ROMANO, *Profili della concessione di pubblici servizi*, in *Dir. amm.*, 1994, pp. 459 ss.; R. CAVALLO PERIN, *La struttura delle concessioni di pubblico servizio*, Torino, 1998; G. GRECO, *Le concessioni di pubblici servizi tra provvedimento e contratto*, in *Dir. amm.*, 1999, pp. 381 ss.; R. VILLATA, *Pubblici servizi. Discussioni e problemi*, Milano, 2008; A. MOLITERNI, *Il regime giuridico delle concessioni di pubblico*, in *Dir. amm.*, 2012, pp. 567 ss.

Ne discende che l'*in house* è stato concepito dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia come eccezione al principio generale dell'applicazione delle procedure a evidenza pubblica per gli affidamenti di appalti di lavori, servizi e forniture, nonché per le concessioni di lavori e servizi.

L'individuazione delle ipotesi e delle condizioni in base alle quali è consentito un affidamento diretto, senza ricorso al mercato, alimenta dunque tutta la giurisprudenza sull'*in house providing*: alla base della creazione di questo modello organizzativo vi sono essenzialmente ragioni di tipo pratico, le quali, come si vedrà, connotano tutta le pronunce in materia della Corte di Giustizia, a partire dalla celeberrima sentenza "*Teckal*" e a finire con quelle più recenti³.

La giurisprudenza nazionale (*in primis* il Consiglio di Stato) ha fatto propri gran parte degli orientamenti enunciati dalla Corte di Giustizia, contribuendo ad adeguare la normativa interna in materia di appalti e concessioni ai principi stabiliti a livello comunitario, in particolare con le tre direttive 2014 che sono state recepite di recente dal legislatore nazionale con il D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, recante titolo: "*Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE, 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*".

I giudici nazionali hanno influenzato notevolmente il quadro normativo di riferimento e la regolamentazione delle varie forme di gestione dei servizi pubblici locali. L'attuale disciplina del settore costituisce, infatti, il risultato di un lungo percorso normativo e giurisprudenziale fatto di più tappe, i cui passaggi più importanti verranno approfonditi nell'ultimo capitolo di questo lavoro.

³ Cfr., ad esempio, Corte di Giustizia, sez. V, 8 maggio 2014, causa C15/13.

