

Enti *in house*. Come gli enti strumentali possono interagire sul mercato dei fondi strutturali: il caso del Fondo sociale europeo¹

di **Dario Sterpa** d.sterpa@europartnersnetwork.eu

L'in-house providing rappresenta una particolare forma di organizzazione piuttosto diffusa in epoca recente nel settore delle amministrazioni pubbliche. Tali forme di gestione di servizi pubblici rappresenta una “terza via” rispetto alle normali procedure di aggiudicazione ed affidamento.

Si è affermato nel processo di formazione del mercato interno e più in generale dell'ordinamento giuridico comunitario il principio per cui la nozione di servizio pubblico, o servizi di interesse generale, non si esaurisce nei servizi gestiti ed erogati da una amministrazione pubblica, ma si estende anche nella previsione della possibilità della amministrazione di affidarli all'esterno ad imprese terze fornitrici². Quindi in sede europea è generalmente riconosciuta la possibilità che l'erogazione dei servizi di interesse generale possa essere organizzata in collaborazione con il settore privato o affidata a imprese pubbliche o private: a ciò è finalizzata la disciplina degli appalti pubblici derivante dalle due direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE e recepita nel nostro Paese con il decreto legislativo n. 163 del 12 aprile 2006 “Codice dei contratti pubblici” ed s.m.i. Ciò ha determinato l'affermazione, nell'ordinamento italiano, della procedura dell'evidenza pubblica come il perno centrale intorno al quale può giustificarsi il ricorso al libero mercato per il soddisfacimento degli interessi pubblici.

Da tale *ratio* consegue che il principio può trovare una deroga solo nei casi tassativamente indicati nelle norme comunitarie e nazionali di recepimento, in quanto, al di fuori delle stesse, non è possibile, in tesi, garantire che l'attività negoziale privata, posta in essere dall'amministrazione, persegua nel concreto gli interessi pubblici.

In particolare nel quadro della normativa si ravvisano due importanti clausole derogatorie:

- a) gli affidamenti in regime di concessioni di servizi pubblici ai sensi dell'art. 1 della Direttiva 2004/17/CE che si caratterizzano in un rapporto trilaterale tra l'amministrazione aggiudicatrice, il concessionario e l'utente finale;
- b) l'affidamento da parte di un'amministrazione aggiudicatrice ad altra amministrazione aggiudicatrice o ad organismo di diritto pubblico ai sensi dell'art. ex art. 25 della Direttiva 2004/17/CE e art. 18 della Direttiva 2004/18/CE, disposizione ripresa nell'art. 19, c.2, del Codice degli appalti pubblici (d.lgs. 163/2006 ed s.m.i.).

Accanto a queste due deroghe si è affiancata negli anni una terza forma di affidamento di servizi pubblici in deroga, che si è molto diffusa soprattutto in conseguenza dei processi di privatizzazione avvenuti dal 1990 in

¹ Per approfondimenti vedere “Analisi delle tipologie organizzative per la gestione di servizi di utilità pubblica in *outsourcing* - Normativa e modalità operative di gestione nazionale ed europea”, di Dario Sterpa, Olivier La Rocca - Europartners, 2014.

² Nella disciplina europea la nozione di servizio pubblico è un concetto ampio che designa sia la natura dell'ente che produce il servizio, sia la missione di interesse generale affidata all'ente stesso. Nella prassi europea, alla luce anche delle indicazioni del libro bianco COM(2004) 374 della Commissione europea sui servizi di interesse generale, vi è ampio accordo sul fatto che l'espressione “servizi di interesse generale” indichi servizi di mercato e servizi non di mercato, che le autorità pubbliche considerano di interesse generale e assoggettano a specifici “obblighi di servizio pubblico”.

avanti³, ma che non trova una corrispondente fonte normativa positiva all'interno di nessuna delle due deroghe espresse nelle direttive. L'*in-house providing* è quella forma per la quale imprese con forme giuridico-organizzative di diritto privato a totale partecipazione pubblica sono affidatarie di servizi pubblici, in deroga alla disciplina sugli appalti pubblici.

L'assenza di una normativa positiva relativamente a queste particolari gestioni di servizi pubblici ha aperto la strada ad un'intensa attività giurisprudenziale a livello comunitario, poi confermata anche internamente non senza iniziali frizioni, atta a delineare i contorni di questa particolare modalità di affidamento diretto di servizi pubblici. Tali previsioni hanno di fatto dato certezza giuridica ad un forma organizzativa incerta, facendo rientrare l'istituto nell'alveo del potere di **auto organizzazione dei propri uffici e propri servizi**, riconosciuto all'amministrazione pubblica. È da sottolineare l'importanza di tale concetto interpretativo in quanto **collega indissolubilmente** il soggetto affidatario *in-house providing* alla pubblica amministrazione affidataria.

I requisiti, emersi dalle sentenze della Corte di Giustizia europea, confermate successivamente dalle corti nazionali, che legittimano l'affidamento diretto, sono ormai noti e consistono nell'esercizio di un **controllo analogo** da parte dell'ente detentore del capitale sociale sul soggetto destinatario dell'affidamento, analogo rispetto a quello esercitato sui propri servizi interni e la realizzazione della parte più importante di **attività** da parte del soggetto destinatario con l'ente o con gli enti locali che la controllano. A questi due principi ed in relazione alla corretta configurazione del controllo analogo e degli interessi pubblici si è aggiunta la previsione che la **totalità del capitale sociale debba essere in mano pubblica**.

***In-house providing* e le Autorità di Gestione del Fondo sociale europeo**

La tematica dell'*in-house providing* ha evidentemente dei risvolti immediati sulla gestione degli affidamenti da parte della pubblica amministrazione, ma si può estendere anche ai rapporti realizzabili in relazione alle tipologie di fondi utilizzati dagli stessi uffici negli affidamenti. In particolare è interessante esaminare il collegamento possibile tra questi enti e le Autorità di Gestione⁴ (A.d.G.) dei fondi strutturali europei, in particolare il Fondo sociale europeo (F.S.E.), in considerazione della particolare natura di questi fondi e della loro crescente importanza come strumenti di investimento e di sviluppo in una realtà in cui sono sempre più limitati gli spazi di manovra possibili mediante fondi ordinari.

Il F.S.E., come noto, è un fondo istituito per contrastare fenomeni di crescita della disoccupazione e di esclusione sociale conseguenti alle pressioni competitive crescenti sul mercato globale e dai fallimenti del mercato. Per il raggiungimento di queste finalità le designate programmano una serie di misure dirette ai singoli e alle imprese (attraverso progetti di assunzione da parte di imprese, di formazione per l'adattamento delle competenze dei lavoratori alle nuove sfide moderne, l'imprenditoria sociale)⁵.

³ L'art. 22 della legge 142/1990 prevede per la prima volta la possibilità per l'ente locale di gestire il servizio pubblico anche mediante istituzione o mediante società di capitali a prevalente partecipazione pubblica locale c.d. *in-house providing*.

⁴ Per Autorità di Gestione si intendono quegli uffici pubblici incaricati della gestione dei fondi strutturali europei attraverso i programmi operativi nazionali (Ministeri) ed i programmi operativi regionali (Regioni).

⁵ Il Regolamento (UE) 1304/2013 relativo al Fondo sociale europeo recita: “ Per la disciplina in corso il fondo sociale europeo promuove elevati livelli di occupazione e di qualità dei posti di lavoro, migliora l'accesso al mercato del lavoro, sostiene la mobilità geografica e occupazionale dei lavoratori e facilita il loro adattamento ai cambiamenti industriali e ai cambiamenti del sistema produttivo necessari per gli sviluppi sostenibili, incoraggia un livello elevato di istruzione e di formazione per tutti e sostiene il passaggio dall'istruzione all'occupazione per i giovani, combatte la povertà, migliora l'inclusione sociale, e promuove l'uguaglianza di genere, la non discriminazione e le pari opportunità, contribuendo in tal modo alle priorità dell'Unione per quanto riguarda il rafforzamento della coesione economica, sociale e territoriale”.

È lecito chiedersi a questo proposito che ruolo possono giocare le società *in house* e gli enti strumentali, che sono comunque realtà molto diffuse, soprattutto a livello locale, e rappresentano un discreto bacino di occupazione. Ad esempio possono partecipare a programmi di assunzione o riqualificazione del personale? Possono essere beneficiari di finanziamenti del F.S.E. e attraverso questi incentivare assunzioni, tirocini o attività di formazione, ecc.? La risposta a questa domanda non è immediata e richiede un'analisi complessa dei principi sottostanti la disciplina comunitaria e dei fondi strutturali in particolare.

Il fatto che il Regolamento Generale (UE) 1303/2013 sui fondi strutturali europei preveda interventi a favore delle imprese apre la possibilità che tra queste siano ricomprese le imprese pubbliche. In effetti l'articolo 2 del Regolamento definisce quale beneficiario: **“un organismo pubblico o privato responsabile dell'avvio o dell'avvio e dell'attuazione delle operazioni”**.

In tale prospettiva la questione oggetto di dibattito diventa la seguente: un ente strumentale può essere considerato impresa pubblica e quindi beneficiario di eventuali interventi del F.S.E.? A giudizio di chi scrive l'elemento dirimente della questione deve essere ricercato proprio nella giurisprudenza che ha legittimato l'affidamento diretto alle società *in-house providing*. In tale disciplina si riconosce tale possibilità in considerazione della presenza di un rapporto di **delegazione inter-organica** per il quale le società strumentali non sono, nella sostanza, **“altro”** rispetto alle amministrazioni pubbliche che le controllano, ma riguardano forme diverse di organizzazione del servizio pubblico reso dalla pubblica amministrazione. Tale concetto, definendo l'ente strumentale come un modo di organizzazione degli uffici dell'amministrazione controllante, nei fatti nega il carattere di impresa all'ente escludendo la possibilità di beneficiare delle risorse del F.S.E., almeno per le Regioni in transizione (Regioni Obiettivo Competitività nella programmazione 2007-2013).

Se si accetta tale ragionamento risulta importante per le amministrazioni pubbliche, soprattutto per quelle che si configurano quali A.d.G. del F.S.E., discernere chiaramente nell'alveo complessivo dell'amministrazione pubblica allargata le imprese pubbliche dagli enti strumentali.

Gli strumenti capaci di discernere tra queste due diverse realtà derivano principalmente dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale che, prendendo a prestito concetti e principi di diritto societario e di economia aziendale oltre che di diritto amministrativo, nella gestione dei singoli casi ha dato contenuto ai requisiti essenziali, in primis al requisito del **controllo analogo**.

Sulla base dell'analisi delle principali sentenze intervenute in materia, è stata elaborata una Matrice dei criteri per la verifica della sussistenza dei requisiti qualificanti l'istituto dell'*in-house providing* nel caso in cui il soggetto affidatario abbia natura giuridica di S.p.A. Tale matrice rappresenta uno strumento molto utile per la generalità e la versatilità nell'applicazione a qualsiasi situazione in cui l'identificazione di un soggetto, quale ente strumentale o meno, non sia chiara e sia pertanto necessario compiere degli approfondimenti per identificarne fattivamente la natura. Tale aspetto risulta di fondamentale importanza per le amministrazioni pubbliche che prevedono di instaurare rapporti in questi casi, alla luce della corretta applicazione della normativa sugli appalti pubblici come anche al corretto utilizzo dei fondi F.S.E.

La corretta individuazione della presenza o meno di un rapporto di delegazione inter-organica è importante proprio con riferimento alle possibili relazioni che si possono instaurare con le A.d.G. F.S.E. Infatti, le imprese pubbliche (totalità del capitale sociale in mano pubblica) possono essere oggetto di interventi finanziati dal F.S.E. alla stregua delle imprese private laddove non abbiano un rapporto di delegazione inter-organica con il soggetto pubblico che detiene il capitale, ma siano autonome rispetto a questo soggetto (es. Enel, Eni, Finmeccanica, Poste e simili).

Diversamente, qualora sussista il rapporto di delegazione inter-organica (ad esempio alcune società municipalizzate soprattutto nei piccoli comuni), l'ente strumentale in questione non può essere beneficiario di tali fondi, come non lo è la pubblica amministrazione (salvo in casi eccezionali, espressamente previsti per azioni di *capacity building*).

In questo quadro gli enti strumentali possono comunque giocare un ruolo importante nelle attività di assistenza tecnica (misura specifica prevista nel Regolamento Generale più volte citato), in quanto in questo caso il rapporto si configura come un servizio tecnico reso dall'ente strumentale nei confronti dell'A.d.G., nel pieno rispetto delle prerogative dell'ente strumentale di soggetto "a servizio" dell'amministrazione che ne detiene il capitale. Allora in questo caso è importante che tali rapporti siano correttamente configurati come servizi di assistenza tecnica nelle loro dichiarazioni alla Commissione europea.

Matrice dei criteri per la verifica della sussistenza dei requisiti qualificanti l'istituto dell'*in-house providing* nel caso in cui il soggetto affidatario abbia natura giuridica di S.p.A

REQUISITO	OGGETTO DI VERIFICA	CAMPO DI INDAGINE	CRITERI DI VERIFICA
Controllo analogo e rapporto interorganico	Rapporti amministrativi tra ente controllante e soggetto controllato	<ul style="list-style-type: none"> - Capitale sociale - Bilancio di esercizio 	<ul style="list-style-type: none"> - Capitale interamente pubblico
	Ingerenza nella gestione dell'attività realizzata	<ul style="list-style-type: none"> - Normativa - Statuto - Documenti di <i>governance</i> 	<ul style="list-style-type: none"> - Poteri di nomina da parte dell'ente controllante della maggioranza dei componenti degli organi di amministrazione, direzione e vigilanza del soggetto aggiudicatario; - Potere di ingerenza di carattere sanzionatorio; - Obblighi particolari di gestione (ad esempio pareggio di bilancio).
Attività prevalente a vantaggio dell'ente controllante	Attività realizzata in maniera stabile e non occasionale	<ul style="list-style-type: none"> - Statuto - Contratti - Convenzioni - Accordi quadro - Fatturato 	<ul style="list-style-type: none"> - L'ente controllante, o gli altri enti che detengono il capitale della società, deve/ono risultare destinatario/i del servizio definito nell'oggetto sociale in misura prevalente; - L'ente controllante deve essere titolare delle mansioni svolte dall'affidatario, sulla base di provvedimenti legislativi, atti regolamentari o amministrativi.