

## Il ricorso al mercato nell'art. 4 della *Spending review*

Adriana Vigneri

*Sommario:* 1. La liberalizzazione delle attività economiche e lo spazio del mercato. 2. Attività amministrativa e attività d'impresa delle pubbliche amministrazioni. 3. La differenziazione delle società strumentali. 4. L'art. 4, comma 7, del d.l. n. 95/2012. 5. Egesi dell'obbligo di ricorso al mercato. 6. Le deroghe alla regola generale. 7. I rapporti con associazioni e fondazioni. 8. Cenni ai problemi di costituzionalità.

1. La “liberalizzazione” delle attività economiche e professionali è stata studiata sotto l'aspetto della loro “liberazione” da regole e controlli inutili o eccessivi, un eccesso di regole (e relativi controlli) spesso riconducibili a meccanismi di protezione degli operatori esistenti, a danno dei clienti e dei potenziali concorrenti. “Nei diversi Stati membri (non soltanto in Italia) vi sono regimi amministrativi del tutto inutili per determinate attività economiche, sistemi di selezione degli operatori inutilmente restrittivi, autorizzazioni inutilmente discrezionali, limiti tariffari non utili per i clienti, requisiti organizzativi e regole di attività non meno inutili dal punto di vista dell'interesse generale”<sup>1</sup>.

Il proposito di liberare l'ordinamento dai vincoli inutili o dannosi si è anche concretizzato, nel 2009, nell'introduzione di una legge annuale sulla concorrenza (mai fin qui utilizzata)<sup>2</sup>, nella proposta di un programma quinquennale di liberalizzazioni, nella previsione di regolamenti di liberalizzazione nelle materie di competenza statale.

Con meno decisione è stato affrontato il tema degli “spazi” in cui le attività economiche possono espletarsi, spazi che sono tali se non occupati dallo Stato con le sue appendici, e dagli altri livelli di governo con le loro. In effetti, il tema dei vincoli alle attività economiche diviene secondario, quando il campo per quell'attività economica proprio non esiste, o è fortemente limitato, perché occupato da soggetti pubblici che quelle attività esercitano, direttamente o indirettamente.

Sia chiaro che non si contesta qui l'esigenza che alcune attività siano sottratte al mercato, a tutela di rilevanti interessi nazionali. In tali casi la

---

<sup>1</sup> ASTRID, *La regolazione intelligente. Un bilancio critico delle liberalizzazioni italiane*, a cura di B.G. Mattarella e A. Natalini, Passigli Editore, 2013, p. 21.

<sup>2</sup> La legge annuale è prevista nell'art. 59 del d.l. 31 gennaio 2007, n. 7, c.d. Bersani bis.

sottrazione al mercato avviene necessariamente con legge che, per una determinata attività o per una tipologia di attività, introduce un regime di riserva.

Né si contesta che attività di interesse generale possano essere esercitate da soggetti pubblici anche se hanno rilevanza economica, in nome della migliore tutela di quell'interesse generale. Lo dice e lo ripete la giurisprudenza della Corte di giustizia europea, lo ripete la Commissione nei suoi documenti e Libri, lo sottolinea l'art. 14 del TFUE<sup>3</sup>, sia pure con l'ambiguità del contemporaneo rispetto dell'art. 106 dello stesso Trattato.

2. Il tema è stato affrontato dall'art. 13 del d.l. n. 223 /2006 (c.d. decreto Bersani), convertito in l. 248/2006, e successive modificazioni (art. 1. comma 720, legge 27.12.2006 n. 296), sotto il profilo dell'alterazione della concorrenza da parte di soggetti – operatori economici – affidatari diretti e fornitori esclusivi di servizi a favore di un soggetto pubblico e contemporaneamente operatori nel libero mercato in quello stesso campo di servizi (esempio principe: i servizi informatici). Innovazione meritoria, anche secondo la valutazione che ne ha dato la Corte costituzionale italiana, che non ha potuto affrontare, come poi diremo, il secondo aspetto, l'occupazione di uno spazio di mercato da parte dell'ente pubblico.

Si tratta del regime giuridico relativo alle società che vengono chiamate <strumentali> nei confronti della pubblica amministrazione.

Nell'esaminare i problemi posti dall'art. 13 citato, la Corte costituzionale ha fornito una definizione e ha dato una giustificazione.

Quanto alla definizione, la Corte ha chiarito che la società in mano pubblica che svolge, ad esempio, tutti i servizi informatici di cui un ente pubblico necessita per la propria attività, funzione amministrativa o servizio, esplica un'attività amministrativa in forma privatistica. Opera per conto della pubblica amministrazione, in vece di una struttura interna dell'amministrazione stessa. Quella stessa società, se e quando opera anche nel mercato, offrendo la propria attività ad altri soggetti, pubblici o privati, svolge attività di impresa, che è attività d'impresa di un ente pubblico<sup>4</sup>. Questa seconda attività è svolta in regime di concorrenza.

---

<sup>3</sup> L'art. 14 dice: "Fatti salvi l'articolo 4 del trattato sull'Unione europea e gli articoli 93, 106 e 107 del presente trattato, in considerazione dell'importanza dei servizi di interesse economico generale nell'ambito dei valori comuni dell'Unione, nonché del loro ruolo nella promozione della coesione sociale e territoriale, l'Unione e gli Stati membri, secondo le rispettive competenze e nell'ambito del campo di applicazione dei trattati, provvedono affinché tali servizi funzionino in base a principi e condizioni, in particolare economiche e finanziarie, che consentano loro di assolvere i propri compiti".

<sup>4</sup> Corte cost. 326/2008 e 148/2009.

Quanto alla giustificazione, la Corte ha rilevato che le disposizioni che erano state impugnate mirano a separare le due sfere di attività per evitare che un soggetto, che svolge attività amministrativa, eserciti allo stesso tempo attività d'impresa, beneficiando dei privilegi dei quali esso può godere in quanto pubblica amministrazione. "L'obiettivo delle disposizioni impugnate è quello di evitare che soggetti dotati di privilegi operino in mercati concorrenziali. Dunque, la disciplina delle società con partecipazione pubblica dettata dalla norma statale è rivolta ad impedire che dette società costituiscano fattori di distorsione della concorrenza. Essa rientra, quindi, nella materia - definita prevalentemente in base al fine - della «tutela della concorrenza»". Nozione che comprende, come è noto, sempre secondo la Corte, anche le misure di liberalizzazione dei mercati.

3. Nel d.l. Bersani non era messa in discussione la possibilità per le pubbliche amministrazioni di svolgere parte delle proprie attività mediante entità esterne, agenzie, società, enti pubblici economici, e più precisamente di ricorrere a entità esterne per ricevere forniture e servizi di cui abbisognavano; possibilità che al contrario era stata per un non breve periodo - almeno un ventennio tra il 1990 e il 2010 - incentivata<sup>5</sup>. Mentre si può dire che la disciplina introdotta dall'art. 13 al più incentiva il ricorso al mercato. Si chiedeva soltanto (ed era già molto, viste le reazioni suscitate) che questo tipo di attività non interferisse con il mercato. Conseguentemente neppure la Corte solleva un tale problema, anzi dichiara che dalla disposizione incriminata non è negata né limitata la libertà di iniziativa economica degli enti territoriali - regioni ed enti locali, ai quali la norma è riferita<sup>6</sup> - è soltanto imposto loro "di esercitarla distintamente dalle proprie funzioni amministrative"<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> Si veda ad esempio l'art. 19, comma 5, del d.l. n. 78/2009, conv. con mod. nella legge n. 102/2009, in cui si legge: "le amministrazioni dello Stato, cui sono attribuiti per legge fondi o interventi pubblici, possono affidarne direttamente la gestione, nel rispetto dei principi comunitari e nazionali conferenti, a società a capitale interamente pubblico su cui le predette amministrazioni esercitano un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che svolgono la propria attività quasi esclusivamente nei confronti dell'amministrazione dello Stato".

<sup>6</sup> Limitazione che è stata giustamente criticata. E che ora è venuta meno.

<sup>7</sup> In base alla previsione legislativa risultante dal citato art. 13 del d.l. n. 223, agli enti locali è precluso lo svolgimento di attività strumentali per il tramite di società che non siano ad oggetto esclusivo. In sostanza non è possibile che la stessa società che opera in house svolga per conto di uno o più enti attività strumentali e gestisca servizi pubblici locali (Corte dei Conti, sez. reg.le controllo Lombardia, deliberazione-parere n. 517 del 17 ottobre 2011).

4. Molto diverso il criterio cui si ispira l'art. 4 del d.l. n. 95/2012, convertito in legge n. 135/2012, nella parte in cui (tralasciamo per ora la disciplina transitoria) introduce una disciplina a regime che sembra esprimere un nuovo principio<sup>8</sup>. Le norme che interessano sono contenute nel comma 7 dell'articolo, nonché nel comma 6 precedente, che contengono le nuove regole generali; nei commi 8, 8-bis e 13, per le deroghe alla nuova disciplina generale; insieme contengono dunque regole e deroghe della nuova disciplina a regime.<sup>9</sup>

Dice il comma 7: "Al fine di evitare distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità degli operatori nel territorio nazionale, a decorrere dal 1° gennaio 2014 le pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo n. 165 del 2001, le stazioni appaltanti, gli enti aggiudicatori e i soggetti aggiudicatori di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, nel rispetto dell'articolo 2, comma 1 del citato decreto, acquisiscono sul mercato i beni e servizi strumentali alla propria attività mediante le procedure concorrenziali previste dal citato decreto legislativo". La norma si riferisce ora a tutte le pubbliche amministrazioni, anche statali.

Seguono le deroghe: - l'acquisizione in via diretta di beni e servizi tramite convenzioni individuate con riferimento a quattro previsioni legislative elencate; - le convenzioni siglate con organizzazioni non governative nell'ambito di attività della legge n. 49/1987; - l'affidamento diretto a società pubbliche aventi i requisiti comunitari dell'in house se il valore del bene o servizio è pari o inferiore ai 200.000 euro; - l'acquisizione diretta di beni o servizi di valore pari o inferiore ai 200.00 euro da associazioni di promozione sociale, enti di volontariato, associazioni sportive dilettantistiche, organizzazioni non governative, cooperative sociali, ciascuna individuata dalla legge di riferimento.

---

<sup>8</sup> L'affermazione può sembrare azzardata. Il comma 7 dell'art. 4 è norma eccezionale o principio? Domanda che si poteva porre anche per l'art. 13 del d.l. Bersani. Se è norma eccezionale, perché limita la capacità, come si può dire che integri un principio? In realtà è facilmente argomentabile che non da oggi si sono fatti passi indietro sulla libertà per le pubbliche amministrazioni di addivenire alla libera costituzione di società di diritto civile. Si pensi all'art. 3, comma 27, della legge 244/2007 e all'art. 14, comma 32, del d.l. 78/2010. Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 10/2011.

<sup>9</sup> I commi precedenti il comma 6 contengono la disciplina transitoria.

A parte (comma 6), è disciplinato l'acquisto di servizi da enti di diritto privato di cui agli artt. da 13 a 42 del Codice civile, su cui ci soffermeremo poi.

Destinatario della norma contenuta nel comma 7 sono questa volta tutte le pubbliche amministrazioni, e oltre:

- le pubbliche amministrazioni ex art. 1, comma 2, d. lgs. n. 165/2001<sup>10</sup>
- le stazioni appaltanti (espressione che comprende le amministrazioni aggiudicatrici<sup>11</sup> e gli altri soggetti dell'art. 32 del codice dei contratti: concessionari di lavori pubblici, società con capitale pubblico anche non maggioritario, altri soggetti privati)
- gli enti aggiudicatori (espressione che comprende le amministrazioni aggiudicatrici, le imprese pubbliche<sup>12</sup>, e gli altri soggetti che operano in virtù di diritti speciali o esclusivi)
- i soggetti aggiudicatori, che comprendono le amministrazioni aggiudicatrici, gli enti aggiudicatori nonché i diversi soggetti pubblici o privati assegnatari di fondi (di cui al capo IV del Codice dei contratti).

---

<sup>10</sup> Per amministrazioni pubbliche si intendono tutte le amministrazioni dello Stato, ivi compresi gli istituti e scuole di ogni ordine e grado e le istituzioni educative, le aziende ed amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo, le Regioni, le Province, i Comuni, le Comunità montane e loro consorzi e associazioni, le istituzioni universitarie, gli Istituti autonomi case popolari, le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura e loro associazioni, tutti gli enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali, le amministrazioni, le aziende e gli enti del Servizio sanitario nazionale, l'Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni (ARAN) e le Agenzie di cui al decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300.

<sup>11</sup> Le «amministrazioni aggiudicatrici» sono: le amministrazioni dello Stato; gli enti pubblici territoriali; gli altri enti pubblici non economici; gli organismi di diritto pubblico; le associazioni, unioni, consorzi, comunque denominati, costituiti da detti soggetti.

<sup>12</sup> Le «imprese pubbliche» sono le imprese su cui le amministrazioni aggiudicatrici possono esercitare, direttamente o indirettamente, un'influenza dominante o perché ne sono proprietarie, o perché vi hanno una partecipazione finanziaria, o in virtù delle norme che disciplinano dette imprese. L'influenza dominante è presunta quando le amministrazioni aggiudicatrici, direttamente o indirettamente, riguardo all'impresa, alternativamente o cumulativamente: a) detengono la maggioranza del capitale sottoscritto; b) controllano la maggioranza dei voti cui danno diritto le azioni emesse dall'impresa; c) hanno il diritto di nominare più della metà dei membri del consiglio di amministrazione, di direzione o di vigilanza dell'impresa.

L'affidamento diretto può avvenire, salvi i casi in deroga (secondo e terzo periodo del comma 7), soltanto a favore di società in house, e soltanto se il valore economico dei beni o servizi sia complessivamente pari o inferiore a 200.000 euro annui.

5. Non si tratta più di impedire alle società strumentali di operare nel mercato, bensì di impedire in radice il ricorso a tali strumenti, ogni qualvolta la pubblica amministrazione abbia bisogno di beni o servizi cui non può autonomamente provvedere,<sup>13</sup> e che il mercato offra. Si obbliga la pubblica amministrazione a far ricorso al mercato, quindi ad applicare il codice dei contratti, che applica le regole della concorrenza.

E' stato osservato che la nuova norma non è coordinata con l'art. 13 della legge n. 248/2006: non se ne fa menzione, determinando il paradossale effetto per cui si dispone lo scioglimento di società che l'amministrazione pubblica ha ancora la facoltà di costituire proprio in base all'art. 13. Non sembra che ne derivino inconvenienti: da un lato è chiaro che l'art. 13 è superato, dall'altro una società in house non potrebbe ricevere affidamenti diretti, sia che rientri nel caso del comma 1, sia non vi rientri, salvo il caso del comma 8, primo periodo (valore modesto del servizio).

Non può sfuggire la rilevanza, anche sul piano sistematico, di questa parte dell'art. 4. Fin qui era infatti pacifico, e lo si ribadiva particolarmente nell'esame delle forme in house, che "la *libera decisione dell'amministrazione di rivolgersi ad esso* (mercato) non può essere coartata per realizzare l'apertura al mercato di taluni settori di attività in cui l'amministrazione pubblica vorrebbe invece ricorrere all'autoproduzione, ad esempio perché la stessa amministrazione non vuole correre l'avventura ed il conseguente rischio di un affidamento a terzi in un tempo di crisi del mercato anche finanziario"<sup>14</sup>.

Ci soffermiamo quindi sulla portata di questa innovazione, che riguarda tutte le amministrazioni pubbliche e una serie di soggetti privati che si trovano nelle condizioni considerate dal Codice dei contratti. La prima considerazione è che l'autoproduzione dei beni o servizi non è preclusa; è

---

<sup>13</sup> L'oggetto dell'attività presa in considerazione:

- nella disciplina transitoria si parla di società (da sciogliere, alienare, ecc.) che prestano servizi;
- nella disciplina a regime, comma 6, si parla ancora di servizi;
- nella disciplina a regime, commi 7 e 8, si parla di beni e servizi.

<sup>14</sup> Cavallo Perin

preclusa quella che è stata chiamata impropriamente “esternalizzazione”, ma che più esattamente deve dirsi *contracting in*<sup>15</sup>: la creazione di strutture, in genere società, che affiancano la “normale” organizzazione amministrativa al fine di realizzare attività che potrebbero essere affidate al mercato. Dice a tale proposito il comma 2: “I servizi (già prestati dalle società) ove non vengano prodotti *nell’ambito dell’amministrazione* devono essere acquisiti nel rispetto della normativa comunitaria e nazionale”. E il comma 7 precisa: “acquisiscono sul mercato i beni e servizi strumentali mediante le procedure concorrenziali”. Se debbono acquisire i servizi nel mercato, non possono acquisirli creando a tal fine società in house (ed infatti si tenta di eliminare o almeno ridurre quelle esistenti). Ma è da ritenere che, essendo la norma a regime impositiva di un obbligo positivo (acquisire sul mercato), tutto ciò che contravviene quell’obbligo è d’ora in poi vietato. Se è da considerarsi una forma di in house anche una associazione o fondazione o un ente pubblico economico, anche quelle saranno precluse<sup>16</sup> in quanto forme che consentono alla p.a. di non rivolgersi al mercato.

Si noti che la norma non applica il criterio dell’alterità, cui è attribuita portata generale dalla giurisprudenza della Corte di giustizia quando si tratta di verificare se siano rispettate le norme sulla concorrenza e in particolare quelle delle direttive in materia di appalti e concessioni. Se il soggetto in house è operatore interno, come dice la Corte, si dovrebbe sostenere che in tal caso i servizi sono pur sempre prodotti nell’ambito dell’amministrazione, in casa, appunto. La legge italiana non applica quel criterio, nega che la società in house possa essere attribuita all’ambito dell’amministrazione; espunge proprio la forma della gestione in house, che cessa di essere - nell’ampio campo dei servizi strumentali alla pubblica amministrazione - forma di autorganizzazione consentita. L’in house resterebbe utilizzabile soltanto per l’erogazione al pubblico di servizi di interesse generale. E’ una forzatura questa, o è stata una forzatura

---

<sup>15</sup> Si riserva l’espressione “esternalizzazione” alla scelta di un soggetto esterno, impresa o gruppo di imprese, cui affidare con una procedura concorrenziale la fornitura di servizi a clienti finali o a clienti interni alla stessa amministrazione. Si veda il Documento del Dipartimento della Funzione pubblica *Guida all’esternalizzazione di servizi e attività strumentali nella pubblica amministrazione*, Giugno 2004, reperibile anche nel sito della Fondazione Astrid.

<sup>16</sup> L’ordinamento comunitario ha da tempo riconosciuto varie forme di autoorganizzazione e non ha mai richiesto una forma giuridica particolare per l’ente *in house providing*, ben potendo la qualificazione riferirsi sia a società di capitali, sia ad una associazione o ad una fondazione o ancora ad un ente pubblico tradizionale che non ha partecipazioni in senso proprio.

considerare in house la società di capitali (la forma di in house più usata) utilizzata per la gestione dei servizi di interesse generale?

Aggiungasi che la regola generale, a livello comunitario, dei possibili affidamenti in house è confermata dall'art. 11 della Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sugli appalti pubblici che, trattando di "Relazioni tra amministrazioni pubbliche", dispone, ai parr. 1 e 2, quanto segue:

"1. Un appalto aggiudicato da un'amministrazione aggiudicatrice a un'altra persona giuridica non rientra nel campo di applicazione della presente direttiva [relativa, per l'appunto, agli appalti pubblici] quando siano soddisfatte tutte le seguenti condizioni:

(a) l'amministrazione aggiudicatrice esercita sulla persona giuridica di cui trattasi un controllo analogo a quello da essa esercitato sui propri servizi;

(b) almeno il 90% delle attività di tale persona giuridica sono effettuate per l'amministrazione aggiudicatrice controllante o per altre persone giuridiche controllate dall'amministrazione aggiudicatrice di cui trattasi;

(c) nella persona giuridica controllata non vi è alcuna partecipazione privata.

2. Si ritiene che un'amministrazione aggiudicatrice eserciti su una persona giuridica un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi ai sensi del primo comma della lettera a) qualora essa eserciti un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della persona giuridica controllata".

Si conferma l'irrilevanza (per il diritto della concorrenza) delle relazioni tra un'amministrazione aggiudicatrice e una persona giuridica pubblica.

Si presentano in ogni caso difficili questioni di confine, per stabilire quando si possa dire che i servizi sono prodotti nell'ambito dell'amministrazione. Quali forme organizzative, per la produzione di servizi e forniture di cui l'ente pubblico abbisogna, sono consentite, allo stato attuale della legislazione? Ad esempio, la forma azienda è da considerarsi consentita con o senza personalità giuridica, sempre che la legge la consenta per quel singolo tipo di ente, o consenta la sua introduzione ad opera di atti di autonomia (statuti)? Se è vero che organizzazioni in house (affidatarie dirette di servizi) possono essere anche quelle che non utilizzano la forma della società di capitali, neppure quelle saranno utilizzabili ogni qualvolta si tratti di acquisire servizi di una qualche consistenza economica che il mercato offre.

Che il mercato offre. E se il mercato non li offre? L'ipotesi può essere considerata di scuola, data la vastità dell'offerta di mercato, ma vale la pena di occuparsene, se non altro perché se ne occupa il legislatore stesso, nella disciplina transitoria. Si legge nel 2° periodo del comma 3 che "Le medesime disposizioni (id est: quelle transitorie del comma 1) non si applicano qualora, per le peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto, anche territoriale, di riferimento non sia possibile per l'amministrazione pubblica controllante un efficace e utile ricorso al mercato. In tal caso, l'amministrazione, in tempo utile per rispettare i termini di cui al comma 1, predispone un'analisi del mercato e trasmette una relazione contenente gli esiti della predetta verifica all'Autorità garante della concorrenza e del mercato per l'acquisizione del parere vincolante, da rendere entro sessanta giorni dalla ricezione della relazione. Il parere dell'Autorità è comunicato alla Presidenza del Consiglio dei Ministri".

Se le disposizioni transitorie non si applicano per dimostrata impossibilità, diciamo così, materiale, di far ricorso al mercato, non si potrà neppure applicare il divieto del comma 7, nonostante il silenzio di quest'ultima disposizione. Per riportare a ragionevolezza la disciplina, sembra possibile un'integrazione interpretativa che comporta l'applicazione della medesima procedura richiesta dal 3° periodo del comma 3 (analisi del mercato e parere dell'AGCM).

Se questo è il quadro, scopo della norma è certamente disincentivare prima ed impedire poi la creazione di ulteriori strutture amministrative, con un ritenuto aggravio di costi. Ma è anche quello di ampliare il ricorso al mercato, come dice l'incipit del comma 7: "Al fine di evitare distorsioni della concorrenza e del mercato e di *assicurare la parità degli operatori nel territorio nazionale*, a decorrere dal 1° gennaio 2014 le pubbliche amministrazioni (*omissis*) acquisiscono sul mercato i beni e servizi strumentali alla propria attività mediante le procedure concorrenziali (*omissis*)".

Da questo secondo punto di vista la società in house (società interamente pubblica sottoposta a controllo analogo) e le altre strutture assimilabili, non sono considerate forme di auto-organizzazione consentita, bensì mezzi elusivi del ricorso al mercato.

6. La lettura della nuova *regola a regime*<sup>17</sup> richiede di essere verificata attraverso l'esame dei casi di deroga e della particolare disposizione contenuta nel comma 6 dell'art. 4 – disposizione a regime - che tratta a parte il caso in cui interlocutori della p.a. siano associazioni e fondazioni.

I casi in cui la regola non si applica sono di due diversi tipi. Le acquisizioni in via diretta e la gestione in house.

La *gestione in house* è consentita, senza necessità di particolare verifica dei relativi presupposti, sulla base del solo criterio del modesto valore del servizio (200.000 euro annui). Come abbiamo sopra accennato, è da considerarsi consentita anche se il mercato non offre il servizio richiesto.

Le *acquisizioni in via diretta* di beni e servizi sono distinte in due diverse fattispecie:

- le acquisizioni in via diretta di beni e servizi tramite *convenzioni*, indipendentemente dal valore del contratto, purché si tratti di soggetti che le leggi abbiano già favorito con la previsione, a determinate condizioni, di affidamenti diretti mediante convenzione (comma 7, 2° periodo: associazioni di promozione sociale, organismi di volontariato, associazioni sportive dilettantistiche, cooperative sociali); cui si aggiungono (comma 7, 3° periodo) le convenzioni con organizzazioni non governative; la previsione serve dunque a mantenere regimi di favore già esistenti;

- le acquisizioni in via diretta di beni e servizi *di modesto valore contrattuale annuo* (200.000 euro, non si dice: annui) da un elenco di soggetti: associazioni di promozione sociale, enti di volontariato, associazioni sportive dilettantistiche, organizzazioni non governative, cooperative sociali (comma 8, 2° periodo).

Come si nota, i soggetti favoriti mediante forme di affidamento diretto sono i medesimi nei due casi. Si tratta di una stesura non sorvegliata. Era sufficiente una previsione più ampia, contenuta nel comma 7, per comprendere anche il caso del comma 8. Lo scopo della deroga è evidente. In un testo in cui si impone il rispetto del codice dei contratti della p.a. si ribadiscono eccezioni già presenti nella legislazione a favore di soggetti che si ritiene svolgano attività di pubblico interesse.

---

<sup>17</sup> Reggerà questa previsione nel nuovo Parlamento? L'unico precedente noto è la *Carta del lavoro*, 21 aprile 1927: IX - *L'intervento dello Stato nella produzione economica ha luogo soltanto quando manchi o sia insufficiente la iniziativa privata o quando siano in gioco interessi politici dello Stato. Tale intervento può assumere la forma del controllo, dell'incoraggiamento e della gestione diretta.*

Va sottolineato che deve trattarsi di acquisizione di beni e servizi *strumentali all'attività della pubblica amministrazione* e non di erogazione di servizi al pubblico. Tema sul quale ci soffermiamo più avanti.

7. Per avere un quadro completo delle situazioni derogatorie occorre considerare anche il comma 6 dell'art. 4, dedicato ai rapporti tra le p.a. e gli enti di diritto privato:

- il primo periodo dispone che le pubbliche amministrazioni tutte (art. 1, comma 2, del d.lgs. 165/2001) possono acquisire *a titolo oneroso* servizi di qualsiasi tipo da enti di diritto privato (artt. da 13 a 42 del c.c.) soltanto con le procedure previste dalla normativa nazionale in conformità con la normativa comunitaria, espressione che richiama l'applicazione del codice dei contratti della p.a.;

- il secondo periodo esclude che chi, fondazione o associazione, fornisce servizi a favore della p.a. chi, ne possa ricevere contributi a carico delle finanze pubbliche;

- il terzo periodo elenca una serie di enti che sono esclusi dalla disciplina precedente:

- le fondazioni istituite per lo sviluppo tecnologico e l'alta formazione tecnologica

- gli enti e le associazioni operanti nel campo dei servizi socio assistenziali e dei beni ed attività culturali, dell'istruzione e della formazione

- le associazioni di promozione sociale ex l. 383/2000

- gli enti di volontariato ex l. 266/1991

- le organizzazioni non governative di cui alla l. 49/1987

- le cooperative sociali ex l. 381/1991

- le associazioni sportive dilettantistiche, ex art. 90 l. 289/2002

- le associazioni rappresentative degli enti territoriali e locali (ANCI, UPI e organizzazioni analoghe).

Come si vede, sono presi in considerazione – con qualche differenza – sostanzialmente i medesimi soggetti che abbiamo incontrato nei commi 7 e 8. A rigore, le cooperative sociali dovrebbero essere escluse dall'elenco dato che rientrano tra le imprese, disciplinate dalla l. n. 381/1991 e non tra i soggetti del codice civile.

Il primo periodo sembra abbastanza chiaro: salvo il caso di gratuità, l'acquisto di servizi da enti di diritto privato di qualsiasi tipo (quelli rientranti negli artt. 13-42 del c.c.) non può avvenire in via diretta, fiduciaria, ma deve seguire le procedure regolamentate. L'aggiunta "anche

in base a convenzioni”<sup>18</sup>, per non contraddire la norma-base (“esclusivamente mediante procedure...”) può significare soltanto che le convenzioni si possono concludere in seguito alla “procedura”, non al suo posto.

Ma di quali servizi si può trattare? Si deve trattare, come nell’intero art. 4<sup>19</sup>, di servizi “a favore dell’amministrazione stessa”. I casi più frequenti di servizi prestati da enti di diritto privato riguardano la gestione di case per anziani, centri diurni, case di accoglienza, in cui ci troviamo al limite tra servizi resi al pubblico e servizi resi alla stessa amministrazione. Si può dire anzi che per lo più si presenteranno, non come servizi “strumentali”<sup>20</sup> all’attività della p.a, ma come servizi resi al pubblico e quindi esclusi dall’applicazione dell’intero art. 4.

Se dunque deve trattarsi di servizi strumentali, non di “servizi di interesse generale, con o senza rilevanza economica”<sup>21</sup>, la norma non si applica ai casi considerati dai commentatori, in cui soggetti non profit gestiscono servizi al pubblico, quali quelli sopra elencati<sup>22</sup>.

Restano insomma perplessità sull’ambito di applicazione e quindi sull’effettiva incidenza di questa previsione.

Il secondo periodo sembra teso ad impedire conflitti di interesse, ogni qualvolta il medesimo soggetto è fornitore di servizi magari gratuiti alla pubblica amministrazione e nello stesso tempo destinatario di forme di sovvenzione.

Il terzo periodo del comma 6 introduce una deroga, rispetto alla disposizione contenuta *nel secondo periodo*: la possibilità di ricevere contributi. L’elenco degli enti che possono tuttavia essere beneficiari di contributi è, come si vede, assai lungo, tanto che vanifica in gran parte gli effetti del divieto precedente. Si osserva tra l’altro che, mentre per lo più si tratta di enti identificati attraverso le leggi che li disciplinano, le prime

---

<sup>18</sup> L’affidamento mediante convenzione è l’espressione con cui ci si riferisce usualmente all’affidamento diretto.

<sup>19</sup> Nell’articolo 4 vi sono anche norme riferite a società non strumentali (le altre società) e norme non riferite a società (le clausole arbitrali).

<sup>20</sup> L’espressione è usata nel primo periodo del comma 7.

<sup>21</sup> Si veda il comma 3, sia pure collocato nella disciplina transitoria.

<sup>22</sup> I casi cui si è pensato sono quelli della gestione di case per anziani, di centri diurni, di case di accoglienza, che operano sulla base di affidamenti, spesso diretti, in ragione del fatto che risultano “accreditati”, sia in termini istituzionali sia in termini informali presso gli enti pubblici, ovvero perché rientrano negli elenchi dei soggetti idonei al convenzionamento, previsti in molte legislazioni regionali.

due categorie sono del tutto generiche, identificate soltanto con il tipo di attività.

L'espressione utilizzata nel 3° periodo: "sono escluse le fondazioni, etc...." potrebbe far pensare che le fondazioni e gli altri enti elencati siano esclusi dall'applicazione, sia del primo periodo, sia del secondo periodo del comma considerato. Con il risultato che per i soggetti elencati nel comma 6 non si applicherebbe la regola generale (la stessa contenuta nel comma 7) dell'acquisto di servizi mediante procedure concorrenziali.

Poiché la deroga è riferita a determinati soggetti di diritto privato, si colloca quindi come deroga alla regola del secondo periodo (gli enti di diritto privato non possono ricevere contributi), si ritiene che non possa essere riferita al primo periodo, che ha come soggetto destinatario le pubbliche amministrazioni. Decisivo in tal senso è peraltro il comma 7 che abbiamo esaminato sopra. Il comma 7, mediante un'aggiunta introdotta in sede di lavori parlamentari, ha escluso i principali soggetti<sup>23</sup> che possiamo complessivamente dire non profit, dal divieto di affidamento diretto (ammettendo le convenzioni). Disposizione che sarebbe priva di nuovi effetti giuridici se questo stesso significato fosse da attribuire già al comma 6 precedente.

In conclusione, il comma 6, da un lato afferma la regola dell'utilizzazione di procedure ad evidenza pubblica anche per i rapporti con i soggetti di diritto privato diversi dalle imprese, dall'altro riafferma le forme di affidamento diretto consentite dall'ordinamento vigente a favore di soggetti determinati. Continueranno dunque ad essere applicate le regole anche regionali che si sono sviluppate su quelle basi.

In definitiva l'impedimento all'affidamento diretto, ad esempio, da parte delle amministrazioni locali di beni culturali a fondazioni appositamente costituite, possibile in base alla combinazione tra gli articoli 112 e 115 del d.lgs. n. 42/2004, è più apparente che reale.

8. Il divieto di costituire società o altre strutture diverse dall'ordinaria organizzazione amministrativa al fine di evitare il ricorso al mercato per l'acquisizione di beni e servizi, incide sull'autonomia organizzativa delle regioni e degli enti locali, per ragioni duplici, che costituiscono in astratto altrettanti titoli dell'intervento legislativo statale: la tutela e

---

<sup>23</sup> Si tratta di soggetti tutti identificati con le leggi di riferimento, senza l'indeterminatezza che caratterizza il 3° periodo del comma 6, laddove si riferisce a "fondazioni istituite con lo scopo di promuovere lo sviluppo tecnologico e l'alta formazione tecnologica e gli enti e le associazioni operanti nel campo dei servizi socio assistenziali e dei beni ed attività culturali, dell'istruzione e della formazione".

promozione della concorrenza e il coordinamento della finanza pubblica.

Si tratta di decidere se l'intervento sull'autonomia organizzativa delle regioni (meno problemi pone quello sugli enti locali) sia legittimato da uno dei due titoli possibili<sup>24</sup>. Quando la Corte ha esaminato questo problema a proposito del sopra ricordato art. 13, ha concluso che l'articolo non rientrava nella materia dell'organizzazione amministrativa, di competenza legislativa regionale, rientrava invece nella materia dell'ordinamento civile, di competenza legislativa esclusiva dello Stato, perché non rivolto a regolare una forma di svolgimento dell'attività amministrativa; bensì a definire il regime giuridico di soggetti di diritto privato e a tracciare il confine tra attività amministrativa e attività di persone giuridiche private.

Nel nuovo caso è arduo negare che la norma incida sull'organizzazione dei singoli enti e quindi sull'autonomia organizzativa, quando è tutelata, dei diversi (tra loro diversissimi) soggetti cui la norma si applica. Lo sforzo interpretativo dovrà quindi applicarsi a verificare se superiori principi costituzionali (la finanza pubblica, la concorrenza) consentano di interferire con una competenza residuale regionale.

---

<sup>24</sup> (la Corte costituzionale deciderà il 18 giugno)