

Pubblicato il 30/12/2019

N. 02066/2019 REG.PROV.COLL.
N. 02078/2013 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

Lecce - Sezione Seconda

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2078 del 2013, proposto da (omissis), rappresentati e difesi dall'avvocato Vincenzo Parato, con domicilio eletto presso il suo studio in Lecce, via 95 Rgt. Fanteria n. 19;

contro

Comune di San Giorgio Ionico, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Angela Tucci, domiciliato presso la Segreteria Tar in Lecce, via F. Rubichi 23;

per l'annullamento

della deliberazione di G.M. del Comune di San Giorgio Jonico n. 197 del 3.9.2009, avente ad oggetto l'esercizio di autotutela nei

confronti delle precedenti deliberazioni G.M. n. 42 del 5.3.2009 n. 57 del 17.3.2009 e n. 47 del 24.2.2009 in tema di stabilizzazione degli LSU nei servizi di pulizia immobili comunali e manutenzione verde pubblico tramite costituzione di società in house; di ogni atto connesso, presupposto e/o consequenziale.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di San Giorgio Ionico;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 dicembre 2019 il dott. Roberto Michele Palmieri e uditi per le parti i difensori avv. V. Parato per i ricorrenti, avv. A. Tucci per il Comune di S. Giorgio Ionico;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. I ricorrenti – tutti lavoratori ex LPU adibiti ai servizi di verde pubblico e pulizia dei locali comunali – hanno impugnato innanzi al giudice del lavoro di Taranto la DGM n. 197/09, avente ad oggetto l'esercizio dell'azione di autotutela nei confronti delle precedenti Deliberazioni GM n. 42/09, 47/09 e 57/09, in tema di stabilizzazione degli LSU nei servizi di pulizia di immobili comunali e di manutenzione del verde pubblico mediante costituzione di società in house.

2. Con sentenza n. 4999/13 il Tribunale di Taranto, in funzione di giudice del lavoro, ha dichiarato il proprio difetto di giurisdizione,

per essere quest'ultima devoluta alla cognizione del giudice amministrativo.

Di seguito, il giudizio è stato riassunto innanzi al giudice amministrativo.

A fondamento del ricorso, i ricorrenti hanno articolato i seguenti motivi di gravame, appresso sintetizzati: 1) violazione degli artt. 3 e 21-nonies l. n. 241/90; eccesso di potere sotto vari profili; 2) violazione, sotto molteplici aspetti, del d. lgs. n. 468/97; 3) violazione del d. lgs. n. 280/97; 4) violazione d.m. 21.5.1998.

Hanno chiesto pertanto l'annullamento dell'atto impugnato, con vittoria delle spese di lite.

Costitutosi in giudizio, il Comune di San Giorgio Jonico ha preliminarmente eccepito l'inammissibilità del ricorso. Nel merito, ne ha chiesto il rigetto, con vittoria delle spese di lite.

All'udienza pubblica del 17.12.2019 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

3. Il ricorso, nel merito, è infondato. Ciò esime il Collegio dall'esame delle censure preliminari di inammissibilità articolate dal Comune resistente.

4. Con i vari motivi di gravame, che possono essere esaminati congiuntamente, per comunanza delle relative censure, i ricorrenti deducono l'illegittimità dell'atto impugnato, in quanto contrastante con la disposizione generale dettata in tema di autotutela (art. 21-nonies l. n. 241/90), nonché con le previsioni specifiche di legge (d. lgs. n. 468/97; d. lgs. n. 280/97; d.m. 21.5.1998) concernenti la tutela e stabilizzazione dei lavoratori socialmente utili (LSU).

Le censure sono infondate.

4.2. La società *in house* è un istituto nato nel diritto europeo con la finalità di limitare le ipotesi in cui si può derogare alle regole della “concorrenza per il mercato” mediante il ricorso a forme di affidamenti diretti di compiti relativi alla realizzazione di opere pubbliche o alla gestione di servizi pubblici (Corte di giustizia, sentenza Teckal, 1999).

La giurisprudenza europea ha indicato, quali requisiti necessari ai fini della configurazione dell'*in house*: a) la partecipazione interamente pubblica; b) l'esercizio da parte dell'amministrazione di un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi; c) lo svolgimento dell'attività prevalentemente a favore dell'amministrazione controllante.

Le direttive del 2014 hanno, in parte, modificato i tratti distintivi dell'*in house*: a) ammettendo, eccezionalmente, forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto, prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata; b) indicando in modo puntuale nel limite superiore all'80% l'entità dell'attività che deve essere svolta a favore dell'amministrazione pubblica.

Sul piano organizzativo, la previsione di forti poteri di gestione del socio pubblico nella forma del controllo analogo ha comportato, in questo caso, una rilevante deroga all'assetto organizzativo della società disciplinata dal codice civile. Invero, si ritiene che la società *in house* non sia un vero e proprio soggetto giuridico mancando il requisito dell'alterità soggettiva rispetto all'amministrazione pubblica. In particolare, si è rilevato che la differenza di più

immediato rilievo rispetto alla società di capitali – intesa quale persona giuridica autonoma e distinta dai soggetti che in essa agiscono e per il cui tramite essa stessa agisce – è la totale assenza di un potere decisionale suo proprio, in conseguenza del totale assoggettamento dei suoi organi al potere gerarchico dell'ente pubblico titolare della partecipazione sociale.

Ne consegue che la società *in house* non pare in grado di collocarsi come un'entità posta al di fuori dell'ente pubblico, il quale ne dispone come di una propria articolazione interna. Essa non è altro che una *longa manus* della pubblica amministrazione, al punto che l'affidamento pubblico mediante *in house contract* neppure consente veramente di configurare un rapporto contrattuale intersoggettivo; di talché l'ente *in house* non può ritenersi terzo rispetto all'amministrazione controllante ma deve considerarsi come uno dei servizi propri dell'amministrazione stessa. Pertanto, la distinzione tra socio (pubblico) e società (*in house*) si realizza non più in termini di alterità soggettiva, ma con sola configurabilità di un patrimonio separato, nell'ambito di un'unica persona giuridica pubblica.

4.3. Tali connotazioni della società *in house* sono state poi trasfuse nel d. lgs. n. 175/16, di recepimento delle direttive del 2014. In particolare, ai sensi dell'art. 2 lett. o) d. lgs. cit, “*le società in house sono le società sulle quali un'amministrazione esercita il controllo analogo o più amministrazioni esercitano il controllo analogo congiunto, nelle quali la partecipazione di capitali privati avviene nelle forme di cui all'articolo 16, comma 1, e che soddisfano il requisito dell'attività prevalente di cui all'articolo 16, comma 3*”.

Dispone poi il successivo art. 4 lett. d) che la finalità delle società pubbliche, e pertanto anche quelle *in house*, è quella, tra l'altro, di *“autoproduzione di beni o servizi strumentali all'ente o agli enti pubblici partecipanti o allo svolgimento delle loro funzioni, nel rispetto delle condizioni stabilite dalle direttive europee in materia di contratti pubblici e della relativa disciplina nazionale di recepimento”*.

Infine, ai sensi dell'art. 16, *“Le società in house ricevono affidamenti diretti di contratti pubblici dalle amministrazioni che esercitano su di esse il controllo analogo o da ciascuna delle amministrazioni che esercitano su di esse il controllo analogo congiunto ...”*.

4.4. Alla luce di tali previsioni normative, in presenza di una società *in house*, l'ente di riferimento non è tenuto ad indire procedura ad evidenza pubblica, potendo affidare in via diretta il servizio alla società di cui egli abbia il controllo.

Nondimeno, ai sensi dell'art. 5 d. lgs. n. 175/16, *“l'atto deliberativo di costituzione di una società a partecipazione pubblica, anche nei casi di cui all'articolo 17, o di acquisto di partecipazioni, anche indirette, da parte di amministrazioni pubbliche in società già costituite deve essere analiticamente motivato con riferimento alla necessità della società per il perseguimento delle finalità istituzionali di cui all'articolo 4, evidenziando, altresì, le ragioni e le finalità che giustificano tale scelta, anche sul piano della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria, nonché di gestione diretta o esternalizzata del servizio affidato. La motivazione deve anche dare conto della compatibilità della scelta con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa”*.

4.5. Previsione simile è prevista dall'art. 192 co. 2 d. lgs. n. 50/16 (sulla quale pende, peraltro, questione pregiudiziale interpretativa

proposta da C.d.S, III, 14.1.2019, n. 355, e questione di legittimità costituzionale promossa da TAR Liguria, II, 15.11.2018, n. 886), il quale stabilisce che: *“Ai fini dell'affidamento in house di un contratto avente ad oggetto servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza, le stazioni appaltanti effettuano preventivamente la valutazione sulla congruità economica dell'offerta dei soggetti in house, avuto riguardo all'oggetto e al valore della prestazione, dando conto nella motivazione del provvedimento di affidamento delle ragioni del mancato ricorso al mercato, nonché' dei benefici per la collettività della forma di gestione prescelta, anche con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché' di ottimale impiego delle risorse pubbliche”*.

4.6. Tali previsioni normative pongono su un piano di subalternità gli affidamenti *in house*, valorizzando la necessità di motivazione analitica sulla opportunità di affidamento del servizio senza gara, al fine di evitare violazione dei principi eurounitari e nazionali in tema di tutela della concorrenza, di apertura al mercato e di massima partecipazione alle gare.

4.7. Pertanto, fatti salvi gli ulteriori approdi giurisprudenziali (cfr. *supra*, punto n. 4.5), può senz'altro affermarsi che, allo stato, la regola generale è quella dell'esternalizzazione del servizio, nel mentre l'affidamento diretto è consentito in presenza di specifiche previsioni normative, e previa adeguata motivazione da parte dell'ente di riferimento.

5. Così definito il panorama normativo rilevante nel caso di specie, e venendo ora alla fattispecie concreta, l'atto impugnato contiene l'ovvia premessa che le società *in house* *“... sono vincolate al rispetto delle norme in materia di patto di stabilità e di riduzione della spesa del personale*

proprie degli enti partecipanti”, e afferma inoltre che: *“la più recente evoluzione legislativa in materia di società pubbliche (soprattutto di quelle in house per la gestione di servizi pubblici e di servizi strumentali all’ente) considera sempre con maggiore sfavore queste forme di gestione dei servizi in ragione delle logiche o dei principi di concorrenza e di mercato in ambito UE”*.

All’evidenza, l’Amministrazione ha tradotto nell’atto impugnato principi già *in nuce* all’epoca di emanazione dell’atto impugnato (2009), e ora espressione di precise scelte normative compiute a livello nazionale e sovranazionale. In sostanza, pur non essendo (attualmente) tenuta a motivare sul ricorso alla gara pubblica, tale motivazione occorrendo unicamente nel caso di internalizzazione del servizio, l’Amministrazione, nell’ambito della propria discrezionalità, ha ritenuto di non dare ulteriore corso alla sua iniziale volontà tesa alla costituzione di società in house.

Tale scelta, in quanto pienamente in linea con le suddette coordinate eurounitarie e nazionali in tema di società in house, deve dunque ritenersi legittima, costituendo manifestazione di corretto esercizio della discrezionalità amministrativa.

6. Tali risultati non sono contraddetti né dalla disposizione generale dettata in tema di autotutela (art. 21-*nonies* l. n. 241/90), né delle disposizioni specifiche di legge (d. lgs. n. 468/97; d. lgs. n. 280/97; d.m. 21.5.1998) concernenti la tutela e stabilizzazione dei lavoratori socialmente utili (LSU). Ciò in quanto, per le ragioni sopra esposte, *l’in house* costituisce un microcosmo giuridico dotato di regole proprie, aventi carattere speciale rispetto alle previsioni normative richiamate dai ricorrenti, e come tali destinate a prevalere su queste

ultime, in virtù del noto principio di specialità (*lex specialis derogat legi generali*).

7. Alla luce di tali considerazioni, il ricorso è infondato.

Ne consegue il suo rigetto.

8. Sussistono giusti motivi, rappresentati dalla natura delle questioni trattate, per la compensazione delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia Lecce - Sezione Seconda,

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Compensa le spese di lite.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Lecce nella camera di consiglio del giorno 17 dicembre 2019 con l'intervento dei magistrati:

Eleonora Di Santo, Presidente

Roberto Michele Palmieri, Primo Referendario, Estensore

Andrea Vitucci, Referendario

L'ESTENSORE
Roberto Michele Palmieri

IL PRESIDENTE
Eleonora Di Santo

IL SEGRETARIO

