



.....OMISSIS.....

## Oggetto

Azienda Speciale – gestione farmacie comunali e servizi sociali – affidamento - richiesta di parere.

### **FUNZ CONS 27/2023**

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 29 marzo 2023, acquisita al prot. Aut. n. 25283, ai sensi del Regolamento sulla funzione consultiva del 7 dicembre 2018, come modificato con delibera n. 654 del 22 settembre 2021, si comunica che il Consiglio dell’Autorità, nell’adunanza del 30 maggio 2023, ha approvato le seguenti considerazioni.

Preliminarmente si rappresenta che esula dalla sfera di competenza di questa Autorità il rilascio di pareri preventivi in ordine ad atti e provvedimenti delle stazioni appaltanti, nonché alla stipula di contratti d’appalto o di concessione, fatto salvo l’esercizio dell’attività di vigilanza collaborativa in materia di contratti pubblici ai sensi del Regolamento approvato con delibera n. 160/2022. Pertanto, il presente parere è volto a fornire un indirizzo generale sulla questione sollevata nell’istanza, esclusivamente sulla base degli elementi forniti.

Il quesito proposto attiene ad una azienda speciale costituita ai sensi dell’art. 114 del d.lgs. 267/2000 per la gestione dei servizi indicati in oggetto. In particolare, si chiede se per il nuovo affidamento dei predetti servizi alla stessa azienda speciale, il Comune possa procedere alla stipula del contratto ai sensi dell’art. 14, comma 1, lett. d) del d.lgs. 201/2022 e se, a tali fini, l’ente debba acquisire un’offerta dall’azienda speciale ai fini della valutazione di congruità della stessa o in alternativa valutare i servizi resi sulla base del bilancio consuntivo e del documento di budget triennale, nei termini indicati nell’istanza di parere.

In relazione al quesito sollevato, si osserva che ai sensi dell’art. 114 del d.lgs. 267/2000 (TUEL), «l’azienda speciale è ente strumentale dell’ente locale dotato di personalità giuridica, di autonomia imprenditoriale e di proprio statuto, approvato dal consiglio comunale o provinciale (...)». La disposizione *de qua* statuisce, altresì, che l’azienda conforma la propria attività a criteri di efficacia, efficienza ed economicità ed ha l’obbligo dell’equilibrio economico (comma 4); l’ente locale conferisce il capitale di dotazione, determina le finalità e gli indirizzi, approva gli atti fondamentali (di cui al comma 8), esercita la vigilanza, verifica i risultati della gestione, provvede alla copertura degli eventuali costi sociali (comma 6).

Sulla base delle disposizioni sopra richiamate, l’Autorità ha osservato che «l’azienda speciale costituita ai sensi dell’art. 114 Tuel, come centro di imputazione di rapporti giuridici distinto dall’ente locale e con autonomia imprenditoriale, è un ente strumentale dell’amministrazione, legata a quest’ultima da stretti vincoli relativi alla formazione degli organi, all’indirizzo, al controllo ed alla vigilanza; attraverso l’azienda speciale, infatti, il predetto ente persegue i propri fini istituzionali, insiti nell’erogazione di un servizio pubblico, secondo principi di economicità, efficacia ed efficienza

gestionale. La giurisprudenza amministrativa riconduce le aziende speciali, costituite per la gestione di servizi pubblici locali e con le caratteristiche sopra delineate, nel novero degli enti pubblici economici (ex multis Cons. Stato n. 641/2014, sulla base di precedenti pronunce della Corte di Cassazione nn. 15661/06, 14101/06, 18015/02 e 10968/01), ossia degli enti (come indicato dalla dottrina) titolari di impresa e che agiscono con gli strumenti di diritto comune. Detti enti, tuttavia, come ulteriormente chiarito dalla giurisprudenza «restano nell'alveo della pubblica amministrazione pur quando eventualmente operino con strumenti privatistici» (Corte di Cassazione SS.UU., 2 settembre 2013 n. 20075). Inoltre (...) «sotto il profilo sostanziale (...) le aziende speciali, così come le società in house, come ... affermato dalle stesse Sezioni Unite della Corte di Cassazione (Sentenza 25 novembre 2013, n. 26283, ribadito con Ordinanza 2 dicembre 2013, n. 26936), possono essere considerate come enti che rappresentano delle *vere e proprie articolazioni della Pubblica Amministrazione*, atteso che gli organi di queste sono assoggettate a vincoli gerarchici facenti capo alla Pubblica Amministrazione, i cui dirigenti sono dunque legati alla Pubblica amministrazione da un rapporto di servizio come avviene per i dirigenti preposti ai servizi direttamente erogati dall'ente pubblico (...) le aziende speciali sono enti che conservano natura pubblica, non possedendo nemmeno uno statuto privatistico di tipo societario e non relazionandosi con l'ente istitutivo secondo schemi e modelli privatistici (...)» (Cons. di Stato del 20 febbraio 2014 n. 820; ...)» (in tal senso Anac, parere sulla normativa AG30/2015/AC).

Il giudice amministrativo, in coerenza con l'avviso espresso dall'Autorità, (dopo aver tratteggiato le differenze intercorrenti tra l'azienda speciale e le società a partecipazione pubblica) ha ulteriormente chiarito che «L'azienda speciale gode ... di autonomia (che l'art. 114, comma 1, TUEL, definisce opportunamente "imprenditoriale") *ma la sua attività è diretta e orientata dall'ente controllante in un rapporto assimilabile a quello che l'ente ha con un proprio organo* (non è un caso che nella vigenza della l. 103/1903 l'azienda speciale era considerata quale organo speciale dell'ente, incardinata nel suo apparato amministrativo, ma dotata di propria autonomia gestionale e contabile). Si tratta, in breve, di un'"amministrazione parallela", cioè di una struttura inquadrata organicamente nella più ampia organizzazione pubblicistica dell'ente pubblico (così, testualmente, Cons. Stato, sez. V, 22 settembre 2017, n. 4435; cfr. anche Cons. Stato, sez. III, 10 aprile 2015, n. 1842; V, 20 febbraio 2014, n. 820)» (Consiglio di Stato, sez. V, n. 5444/2019).

Più in dettaglio, «Le aziende speciali, previste e disciplinate dal D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267, art. 114, sono enti strumentali del Comune, istituiti per l'esercizio di servizi sociali pubblici in alternativa alla gestione diretta e destinati a rimanere in vita fino a quando permanga la relativa scelta; nonostante il riconoscimento, per ragioni funzionali, della personalità giuridica e della capacità di compiere tutti i negozi giuridici necessari per il raggiungimento del loro fine, costituiscono parti del Comune nel quadro unitario del suo assetto ordinamentale, sicché gli atti emanati configurano determinazioni riferibili all'ente territoriale che incide, oltretutto, sui processi decisionali dell'azienda speciale attraverso un'ampia ingerenza negli atti gestionali e organizzativi e una penetrante azione di controllo» (Cass. civ., Sez. lavoro, Ord. 29/10/2021, n. 30744).

Con specifico riferimento alla disciplina dettata dal d.lgs. 50/2016, il giudice amministrativo ha aggiunto a quanto sopra che «L'azienda speciale, per le caratteristiche precedentemente esposte, è il modello di gestione del servizio pubblico più vicino alla completa internalizzazione o autoproduzione del servizio stesso. In questo senso l'azienda speciale è un soggetto in house, al pari della società a partecipazione pubblica c.d. in house, inteso come *longa manus dell'amministrazione pubblica per la realizzazione di lavori o opere o per l'espletamento di servizi*. L'affidamento del servizio pubblico ad un'azienda speciale configura, pertanto, un c.d. affidamento in house. 9.3. Per gli affidamenti in house la pubblica amministrazione è tenuta al

rispetto delle condizioni poste dall'art. 192, comma 2, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 per il quale: "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 di 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 riguardo agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche"» (Cons. di Stato sent. n. 5444/2019 cit.).

In via generale, pertanto, ai sensi dell'art. 192, comma 2, del d.lgs. 50/2016 all'amministrazione è richiesto di dare atto della congruità economica dell'offerta dell'azienda speciale, nonché di giustificare l'esclusione del ricorso al mercato, indicando i benefici che derivano per la collettività dalla forma di gestione prescelta.

Ai fini del d.lgs. 50/2016, quindi, secondo l'orientamento giurisprudenziale richiamato, l'affidamento diretto di un servizio all'azienda speciale costituita dall'amministrazione di riferimento, alla luce delle caratteristiche proprie di tale organismo, come sopra illustrate, va ricondotto nello schema dell'affidamento *in house* (ex art. 5 del d.lgs. 50/2016), quindi soggetto agli oneri motivazionali sanciti dall'art. 192, comma 2 del Codice.

Del resto, la possibilità per l'amministrazione aggiudicatrice, di procedere ad affidamento diretto di un servizio ad un proprio ente strumentale, con particolare riguardo all'azienda speciale costituita ai sensi dell'art. 114 d.lgs. 267/2000, è espressamente prevista dal d.lgs. 201/2022 ("*Riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*"), richiamato nell'istanza di parere.

Ai sensi dell'art. 14, comma 1, del predetto decreto legislativo, infatti, «Tenuto conto del principio di autonomia nell'organizzazione dei servizi e dei principi di cui all'articolo 3, l'ente locale e gli altri enti competenti, nelle ipotesi in cui ritengono che il perseguimento dell'interesse pubblico debba essere assicurato affidando il servizio pubblico a un singolo operatore o a un numero limitato di operatori, provvedono all'organizzazione del servizio mediante una delle seguenti modalità di gestione: a) affidamento a terzi mediante procedura a evidenza pubblica, secondo le modalità previste dall'articolo 15, nel rispetto del diritto dell'Unione europea; b) affidamento a società mista, secondo le modalità previste dall'articolo 16, nel rispetto del diritto dell'Unione europea; c) affidamento a società *in house*, nei limiti fissati dal diritto dell'Unione europea, secondo le modalità previste dall'articolo 17; d) *limitatamente ai servizi diversi da quelli a rete, gestione in economia o mediante aziende speciali di cui all'articolo 114 del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali di cui al decreto legislativo n. 267 del 2000*».

La norma aggiunge al comma 2 che «Ai fini della scelta della modalità di gestione del servizio e della definizione del rapporto contrattuale, l'ente locale e gli altri enti competenti tengono conto delle caratteristiche tecniche ed economiche del servizio da prestare, inclusi i profili relativi alla qualità del servizio e agli investimenti infrastrutturali, della situazione delle finanze pubbliche, dei costi per l'ente locale e per gli utenti, dei risultati prevedibilmente attesi in relazione alle diverse alternative, anche con riferimento a esperienze paragonabili, nonché dei risultati della eventuale gestione precedente del medesimo servizio sotto il profilo degli effetti sulla finanza pubblica, della qualità del servizio offerto, dei costi per l'ente locale e per gli utenti e degli investimenti effettuati. Nella valutazione di cui al presente comma, l'ente locale e gli altri enti competenti tengono altresì conto dei dati e delle informazioni che emergono dalle verifiche periodiche di cui all'articolo 30».

Ai sensi del comma 3, inoltre, «Degli esiti della valutazione di cui al comma 2 si dà conto, prima dell'avvio della procedura di affidamento del servizio, *in un'apposita relazione* nella quale

sono evidenziate altresì le ragioni e la sussistenza dei requisiti previsti dal diritto dell'Unione europea per la forma di affidamento prescelta, nonché illustrati gli obblighi di servizio pubblico e le eventuali compensazioni economiche, inclusi i relativi criteri di calcolo, anche al fine di evitare sovracompensazioni [...]».

La disposizione richiamata prevede quindi la possibilità per l'amministrazione di organizzare lo svolgimento del servizio secondo le diverse modalità ivi elencate, ossia mediante affidamento a terzi con procedura ad evidenza pubblica, a società mista con le modalità indicate dall'art. 16 del d.lgs. 201/2022, a società *in house*, ad aziende speciali o in economia (per servizi diversi da quelli a rete). In ogni caso, è espressamente richiesto all'amministrazione di dare conto della scelta effettuata in apposita relazione prima dell'affidamento del servizio stesso, contenente gli elementi indicati dallo stesso art. 14 sopra richiamato.

Alla luce delle considerazioni che precedono, si rimette, pertanto, a codesta stazione appaltante ogni valutazione in ordine agli atti ed ai provvedimenti da adottare nella fattispecie oggetto della richiesta di parere, sulla base dell'indirizzo generale sopra illustrato.

*Avv. Giuseppe Busia*