

AVV. PROF. VINCENZO MARICONDA  
 AVV. GRAZIANO TARANTINI  
 DOTT. PAOLO FUMAGALLI  
 AVV. LUCA GANDOLFI  
 AVV. DARIO MEINI  
 DOTT. MASSIMILIANO TONARINI

Alla c.a. gent.ma Sig.ra  
**Dr.ssa Lorella Sossi**  
 Direttore generale

AVV. SILVIA BAIGUERA  
 DOTT. ALBERTO BESUZIO  
 AVV. FEDERICO BORTOLOTTI  
 AVV. PATRIZIA FUSI  
 DOTT. GIORGIO GALIZIOLI  
 AVV. GUIDO GENOVESI  
 AVV. CATERINA MALAVASI  
 AVV. ALESSANDRO NEMBER  
 AVV. SILVIA QUILLERI  
 AVV. FLAVIO ROCCHIO  
 AVV. ADLER SAGONTI  
 DOTT. PAOLO SCABINI

c/o Azienda Lombarda per l'Edilizia residenziale di Brescia  
 (A.L.E.R. - Brescia)

Brescia, 10 novembre 2008

**Oggetto: parere in ordine alla possibilità di delegazione diretta da parte di un Comune della Provincia di Brescia ad «A.L.E.R. - Brescia» del servizio di gestione del patrimonio residenziale pubblico (E.R.P.)**

Gentilissima Dottoressa,

il quesito risultante dai nostri colloqui, in particolare quello tenutosi in data 29 ottobre u.s., è riassumibile nei seguenti termini: la gestione del patrimonio residenziale pubblico (Edilizia Residenziale Pubblica - E.R.P.), di proprietà di un Comune della Provincia di Brescia può essere attribuita da parte dello stesso Ente locale direttamente all'Azienda Lombarda per l'Edilizia residenziale di Brescia (A.L.E.R. - Brescia) e con quali modalità? È possibile, in tale caso, prescindere da procedure ad evidenza pubblica previste per l'aggiudicazione di contratti pubblici di servizi?

Al fine di rispondere correttamente a tale quesito, giova ricapitolare brevemente il quadro normativo interessato. A tale proposito, innanzi tutto, bisogna aver riguardo alla legge regionale per il "riordino degli enti di edilizia residenziale pubblica ed istituzione delle aziende lombarde per l'edilizia residenziale" (L.R. n. 13 del 10 giugno 1996). In particolare, l'art. 5 della menzionata normativa dispone che: «1. Le ALER hanno il compito di soddisfare il fabbisogno di edilizia residenziale pubblica, nel quadro della programmazione regionale, provinciale e comunale, anche

I - 20121 Milano	I - 25123 Brescia	I - 00193 Roma	B - 1049 Bruxelles	NY - 10170 New York
Piazza Cavour, 3 Tel. +39 02 6249981 Fax +39 02 62499850 E-mail: gftmi@studlogft.it	Borgo Pietro Wuhrer, 81 Tel. +39 030 3367120 Fax +39 030 3364979 E-mail: segreteria@studlogfbs.it	Via Cassiodoro n. 9 Tel. +39 06 68307586 Fax +39 06 68308249 E-mail: gftrom@studlogft.it	Rue Belliard, 205 Tel. 0032 2 2802767 Fax 0032 2 2311262 E-mail: gftbrx@studlogft.it	420 - Lexington Avenue Suite 2754-55 Tel. 001 212 3373580 Fax 001 212 3373585 E-mail: gftny@studlogft.it

mediante la realizzazione di attività imprenditoriali, purché prevalentemente finalizzate a tale funzione sociale; in particolare: a) attuano gli interventi di edilizia pubblica di recupero e di nuova costruzione, anche mediante l'acquisizione di immobili da destinare all'edilizia residenziale pubblica, utilizzando anche risorse rese disponibili da altri soggetti pubblici; b) gestiscono il patrimonio di edilizia residenziale pubblica proprio e, se delegate, degli altri soggetti pubblici eventualmente interessati, favorendo la gestione dei servizi da parte dell'utenza; al fine di favorire la mobilità degli alloggi di edilizia residenziale pubblica ed in collaborazione con i comuni interessati, predispongono piani e programmi di edilizia agevolata - convenzionata da destinare ai soggetti in situazione di revoca o decadenza; c) acquisiscono nuovo patrimonio o dismettono parte del patrimonio di edilizia residenziale pubblica, ai sensi delle leggi di settore e dei piani di cessione approvati dalla giunta regionale; d) possono redigere i progetti ed eseguire le opere relative ad urbanizzazioni, programmi complessi e piani urbanistici attuativi per conto degli enti pubblici competenti; e) possono svolgere attività di consulenza ed assistenza tecnica a favore di operatori pubblici ed eventualmente anche a favore di privati nei modi e nei limiti stabiliti dallo statuto dell'ALER previa stipulazione di apposita convenzione; f) possono formulare proposte agli enti competenti per la localizzazione degli interventi di edilizia residenziale pubblica; g) realizzano piani per l'adeguamento alle disposizioni in materia di abbattimento delle barriere architettoniche e per il risparmio energetico; h) svolgono ogni altro compito attribuito loro dalle leggi e dai regolamenti. 2. Per il perseguimento delle predette attività le ALER potranno partecipare, previa autorizzazione della giunta regionale, con altri soggetti pubblici e privati, consorzi di imprese ed associazioni, a società per azioni a capitale pubblico o privato che abbiano come oggetto sociale attività inerenti all'edilizia, fatta salva l'autonomia delle ALER». Si possono così innanzi tutto individuare gli ambiti operativi di A.L.E.R., sia in senso oggettivo che in senso spaziale. Con rilievo ai primi, si evince come tali enti siano istituzionalmente preposti dal legislatore regionale al soddisfacimento del fabbisogno edilizio residenziale pubblico, concretantesi in una funzione sociale ed in alcune attività definite. Tra queste attività viene in rilievo il disposto sub lett. b), che espressamente afferma che in capo ad A.L.E.R. si pone la gestione de «il patrimonio di edilizia residenziale pubblica proprio e, se delegate, degli altri soggetti pubblici eventualmente interessati». Con riferimento ai secondi, la legge sembra essere precisa nello stabilire che: «Le ALER hanno il compito di soddisfare il fabbisogno di edilizia residenziale pubblica, nel quadro

*della programmazione regionale, provinciale e comunale*», ovvero sia in un quadro territoriale determinato sulla scorta dell'estensione di diversi Enti pubblici territoriali, tra i quali i Comuni. A conferma di tale lettura viene in soccorso lo Statuto di A.L.E.R. - Brescia, il quale, all'art. 1, rubricato "Denominazione, natura giuridica ed ambito territoriale", afferma che: «L'Azienda (i.e.: A.L.E.R. - Brescia) ha la propria sede legale in Brescia e svolge prevalentemente la propria attività nell'ambito provinciale». Ora, non pare invero potersi dubitare che, per la formulazione letterale del disposto, l' "ambito territoriale" possa considerarsi riferito unicamente alla provincia e non anche a quello specifico di ogni singolo Comune che insiste sul territorio della Provincia di Brescia. In tale senso, sembra muoversi anche il co. II dell'art.13 del D.Lgs. 267/00 (Testo Unico Enti Locali - T.U.E.L.), il quale nell'affermare che: «*il comune, per l'esercizio delle funzioni in ambiti territoriali adeguati, attua forme sia di decentramento sia di cooperazione con altri comuni e con la provincia*» permette di concludere che tale tipo di Ente pubblico territoriale rientra a pieno titolo nella comunità provinciale, senza eccezioni. E ancora: l'art.2 dello Statuto A.L.E.R. - Brescia, rubricato "Attività dell'Azienda", ripercorre il disposto normativo di cui alla L.R. 13/96, ed anzi provvede a richiamarla opportunamente, e a ribadire ancora (in un coerente parallelismo delle fonti normative e regolamentari) che A.L.E.R. è chiamata a gestire il patrimonio proprio e di altri enti pubblici (anche territoriali) comunque realizzato ed acquisito.

Pare potersi così porre un primo punto fermo in questa indagine: è corretto stabilire, sulla scorta di quanto finora esposto, che A.L.E.R. - Brescia è un ente strumentale istituito dalla L.R. n.13/96 e disciplinato dal proprio Statuto, approvato dall'Ente istituyente, ovvero la Regione Lombardia, per gestire il patrimonio immobiliare e residenziale pubblico di tutti i Comuni ricadenti nella provincia di Brescia. Tale gestione costituisce un fine istituzionale e necessario (secondo la legge) dell'Azienda lombarda, e pertanto legittimo. D'altro canto, un Comune, ricompreso nell'ambito provinciale bresciano è un Ente pubblico territoriale (ovvero un "soggetto pubblico" come indicato alla lettera b) dell'art. 5 L.R. n.13/96) che ben può essere "interessato" ad affidare la gestione del patrimonio E.R.P. ad A.L.E.R. E ciò legittimamente sulla scorta della previsione normativa analizzata. In altri termini, questo tipo di Aziende lombarde vengono a porsi come «enti pubblici di natura economica»<sup>1</sup> finalizzati a svolgere servizi (di gestione del patrimonio E.R.P.) a favore di un altro soggetto pubblico (e.g.: un Comune bresciano), che altrimenti dovrebbe espletare

<sup>1</sup> Art.4, cc. II, L.R. Lomb. N.13/1996.

tale servizio autonomamente per quanto disposto dalla legge in capo allo stesso (art.13, co. I, D.Lgs. 267/00).

Tale ipotesi trova l'autorevole avvallo giurisprudenziale del supremo Giudice amministrativo, il quale afferma che: «[L'elenco dei compiti istituzionali di A.L.E.R., elencati all'art. 5 della L.R. 13/96] è evidente parte delle attività affidate alle Aziende (i.e.: A.L.E.R, ndr) ai compiti degli Enti territoriali e del Comune in particolare: l'attuazione di interventi di edilizia pubblica di recupero e di nuova costruzione, la gestione del relativo patrimonio, la collaborazione per la predisposizione di piani e programmi di edilizia agevolata-convenzionata; l'acquisizione e la dismissione del nuovo patrimonio, la redazione di progetti e l'esecuzione di opere relative ad urbanizzazioni, programmi complessi e piani urbanistici attuativi per conto degli Enti pubblici competenti, la formulazione di proposte agli Enti competenti per la localizzazione degli interventi di edilizia residenziale pubblica; la realizzazione di piani per l'adeguamento alle disposizioni in materia di abbattimento delle barriere architettoniche e per il risparmio energetico sono chiare espressioni della attribuzioni riservate alla comunità locale e, nello specifico, al Comune quale gestore del governo del territorio. Si tratta in altre parole, di attività che potrebbero essere autonomamente gestite dagli stessi Enti territoriali di riferimento. Quando la creazione di un Ente è preordinata a favore di un altro soggetto pubblico in quanto l'esercizio delle attribuzioni conferite al primo è sostanzialmente omologo a quello che, in mancanza, dovrebbe espletare il secondo, si ha una relazione ordinamentale di servizio, della quale espressione tipica sono gli Enti strumentali. Il rapporto di servizio tra Enti assicura, cioè, l'equivalenza dei risultati conseguibili dall'Ente servente e da quello servito così che l'istituzione dell'Ente strumentale si risolve in un espediente organizzativo realizzato per espletare compiti che sarebbero, altrimenti, propri dell'Ente servito. Alla stregua di quanto dispone l'art. 5 della L.reg. 10 giugno 1996, n.13, l'A.L.E.R. di Milano è sicuramente Ente strumentale del Comune di Milano. È proprio la specifica relazione organizzativa di strumentalità, sussistente in modo inequivoco tra A.L.E.R. e Comune, a determinare l'incapacità -relativa- dell'azienda a partecipare a procedure a evidenza pubblica per l'aggiudicazione di appalti (siano essi di servizio, di fornitura o di lavori) banditi dall'Ente servito» (Consiglio di Stato, sent. n.6275 del 12 novembre 2002).

Per altro; incidentalmente, riprendendo l'ultima considerazione del giudice amministrativo, per cui, stante questo quadro normativo, si esclude anche la possibilità di partecipazione di A.L.E.R.

ad un'eventuale gara di affidamento del servizio di gestione del patrimonio E.R.P. indetta dall'Ente locale, è bene soffermarsi con alcune brevi riflessioni. Infatti, la natura di servizi di tale genere, al di fuori della previsione della normativa regionale, può essere qualificata come afferente ai c.d. "servizi di mercato". Non a caso la giurisprudenza citata parla di «*appalti (siano essi di servizio, di fornitura o di lavori) banditi dall'Ente servito*» (*ibidem*). Ciò significa che l'Ente territoriale può ricorrere sia all'Ente appositamente costituito per legge (A.L.E.R.) sia al mercato, mediante opportune procedure ad evidenza pubblica, o in ultimo provvedendovi direttamente, proprio perché si tratta di un proprio obbligo costitutivo. Al di fuori di quest'ipotesi di autonomia organizzativa o all'ipotesi di attribuzione diretta ad A.L.E.R., starà all'Ente locale (non ultimo anche al preposto dirigente comunale) motivare adeguatamente la delibera a contrarre con contestuale indizione di gara, anche sotto un profilo economico, nel caso venga effettuata un'opzione non a favore dell'Ente strumentale a ciò preposto dalla legge. Infatti, «*Le procedure in questione sono caratterizzate dall'indifferenza e dalle neutralità dei rapporti tra chi bandisce la gara e i diversi aspiranti: esse sono finalizzate all'instaurarsi di uno specifico legame contrattuale al di fuori del quale (e di ogni conseguenza coerente all'impegno assunto in quella sede) le parti restano totalmente autonome nelle loro scelte. Tutto questo non può predicarsi tutte le volte che sussista tra i due soggetti un impianto organizzatorio definito e tale da condizionare reciprocamente le attività dei due Enti. La partecipazione dell'Ente strumentale alle procedure ad evidenza pubblica bandite dall'Ente servito equivale, infatti, a revocare in dubbio il principio di parità di trattamento degli offerenti e ad alterare la stessa dinamica contrattuale perché, in definitiva, attesa l'esistenza del vincolo di strumentalità, una eventuale aggiudicazione a favore dell'Ente servente potrebbe colorarsi come contratto con se stesso da parte dell'Ente pubblico aggiudicatore. E ciò in dispregio del principio di parità di trattamento che è comunque presidiato sia dal diritto nazionale sia da quello comunitario*» (Consiglio di Stato, sent. n.6275 del 12 novembre 2002).

Ultimamente, allora, l'interprete è chiamato ad approfondire le modalità con le quali questa attribuzione diretta dei detti servizi ad A.L.E.R., del tutto legittima, viene posta in essere. La norma regionale pare richiedere un semplice requisito, allorquando dispone alla lett. b), co. I, L.R. 13/96, che vi sia un rapporto di delegazione («*se delegate*»). Ora, è pacifica la natura di tale istituto pubblicistico, per effetto del quale avviene un trasferimento dell'esercizio del potere di un soggetto pubblico ad un altro soggetto pubblico: essa, dunque, può definirsi come quell'atto amministrativo

organizzatorio in virtù del quale, nei casi espressamente previsti dalla legge, un organo o un ente, investito in via originaria della competenza a provvedere in una determinata materia, conferisce ad un altro ente, autoritativamente ed unilateralmente, una competenza di tipo derivato in quella stessa materia. Tale atto, dunque, trasferisce dal delegante al delegato non già la titolarità del potere, bensì soltanto l'esercizio di esso, mentre il titolare resta il delegante. Per effetto della delegazione, quindi, il delegato viene a trovarsi, rispetto all'esercizio del potere, nella stessa posizione del delegante. Il potere viene esercitato dal delegato in nome proprio, che ne è, per conseguenza, direttamente responsabile. In seguito a tali puntualizzazioni, con riguardo al caso specifico, è evidente che la necessaria e richiesta esplicita previsione normativa per consentire la delegazione è chiaramente ottemperata, stante quanto finora affermato circa l'art.5 della L.R. 13/96, che appunto ricorre all'espressione «*se delegate*». Applicando, ora, questo schema amministrativo al rapporto descritto tra Comune afferente alla Provincia di Brescia ed A.L.E.R. - Brescia, si rinviene pertanto che un siffatto Ente locale (Ente pubblico delegante) trasferisce (mediante delegazione) ad A.L.E.R. - Brescia (Ente pubblico delegato), sulla scorta della L.R. n.13/96, l'esercizio di un pubblico potere originariamente in capo al delegante (Comune bresciano) per la gestione del patrimonio E.R.P. di proprietà del delegante stesso. L'interesse pubblico, così, perseguito dall'Ente comunale è costituito dall'erogazione di un servizio finalizzato alla tutela ed alla conservazione del patrimonio immobiliare pubblico, cui necessariamente - con la possibilità di scelta tra diverse modalità - deve far fronte l'Ente locale stesso. Ed anche se si volesse qualificare in termini privatistici tale delega (cioè si parlasse, ad esempio, di "mandato"), «*ciò non toglie che lo stesso termine, nel rapporto fra enti pubblici non può che comportare - per il significato comunemente attribuito al termine in questione quando si discorre di delega fra enti pubblici - il riferimento al generale istituto della delega di poteri o funzioni*» (Consiglio di Stato, sent. n.2994 del 25 febbraio 2003).

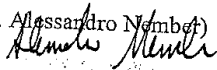
A conferma di tale lettura, interviene l'importante arresto giurisprudenziale amministrativo, in virtù del quale: «*La delegazione intersoggettiva è istituito in forza del quale un certo numero di competenze viene conferito, per derivazione, da un soggetto (delegante) a un altro (delegato) nei limiti di quanto dispone la legge o l'atto del delegante. Il conferimento per derivazione implica che il delegante non si spogli completamente della competenza, ma che assicuri a sé altro soggetto per la gestione concreta di una determinata attività: chi conferisce mantiene una titolarità (attenuata) della funzione, con l'effetto di determinare due contestuali titolari di attribuzione e gestione. In*

pratica, l'istituto, che ha una tipica finalità di decentramento, finisce per realizzare, come la più recente dottrina ha avvertito, una specie di integrazione necessaria tra le attribuzioni degli Enti. ... Se di integrazione (o comunque intersecazione) di funzioni si tratta, è logico arguirne che la possibilità per l'A.L.E.R. di gestire il patrimonio immobiliare del Comune è stata considerata dal legislatore regionale come manifestazione di poteri pubblicistici, nell'ambito di un fenomeno lato sensu sostitutorio. Nella veste di delegato, infatti, l'Azienda (appellata, i.e.: A.L.E.R. - Milano, ndr) potrebbe essa stessa costituirsi come Amministrazione aggiudicatrice e procedere alla esternalizzazione del servizio» (Consiglio di Stato, sent. n.6275 del 12 novembre 2002). A.L.E.R., in coerenza con quanto sopra detto in materia di gare e contratti pubblici ed in virtù di questa delegazione di pubbliche potestà ora descritte, sarebbe a sua volta tenuta a provvedere in prima persona alla gestione dei servizi così delegati, oppure a sua volta a esternalizzare, mediante appalto, tali attività delegate, divenendo essa stessa, a sua volta, Amministrazione aggiudicatrice.

Alla luce di queste considerazioni, richiamando il quesito in apertura, si può così concludere che, dato che la gestione del patrimonio residenziale pubblico (E.R.P.), di proprietà di un Comune ricadente nell'ambito della Provincia di Brescia, e di tutti i servizi connessi, rientrerebbe nell'ambito dei servizi istituzionali di A.L.E.R. (ai sensi della L.R. n.13/96), e che questi sarebbero servizi cui necessariamente ed inderogabilmente è preposto l'Ente locale, tali servizi potrebbero essere affidati direttamente dall'Ente locale all'Azienda Lombarda per l'Edilizia residenziale di Brescia (A.L.E.R. - Brescia), in quanto questa, e solo questa, rappresenta l'Ente strumentale creato *ad hoc* per tali attività. E tale compito potrebbe essere consegnato all'Ente strumentale legittimamente e direttamente mediante un apposito atto di natura amministrativa, quale la delegazione. Diversamente, l'Ente locale dovrebbe provvedervi direttamente in autorganizzazione, oppure mediante esternalizzazione, previa valutazione dell'applicazione del d.lgs. 163/06 in materia di contratti pubblici per lavori, servizi e forniture.

Distinti saluti,

(avv. Alessandro Nembet)



(avv. Dario Meini)

