

LE MODALITA' DI ORGANIZZAZIONE DEI SERVIZI PUBBLICI ECONOMICI LOCALI, DI INTERESSE GENERALE E STRUMENTALI.

PARTE I

IL QUADRO NORMATIVO E LA SUA EVOLUZIONE.

Sommario: 1) *Premesse*; 2) *I moduli organizzativi di gestione dei servizi*; 3) *Società miste. Bandi di gara e lettere di invito*; 4) *L'affidamento in house al di sotto dei 900,000 euro*; 5) *Il rispetto del patto di stabilità e delle norme di contabilità pubblica*; 6) *Le incompatibilità*; 7) *Scadenza e subentro*; 8) *Scadenza e periodo transitorio*; 9) *Divieto di cumulo e/ o extraterritorialità*; 10) *I settori esclusi*; 11) *Conclusioni*

PREMESSE

Il modulo gestorio da sempre conosciuto ed applicato negli ordinamenti è l'esperimento tramite a procedure ad evidenza pubblica. Unitamente a tale modalità organizzativa l'ordinamento comunitario ha riconosciuto altri due moduli, ossia il partenariato pubblico privato e l'affidamento *in house*.

Per quanto attiene la costituzione e conseguente affidamento di gestione di servizi a **società miste** la *ratio* dell'istituto va rinvenuta nella scelta dell'amministrazione di reperire all'esterno le competenze e le risorse necessarie ad assicurare la fornitura di beni, opere o servizi alla collettività. L'utilità, dunque, si sostanzia nella facoltà di avvalersi del patrimonio cognitivo, composto di conoscenze tecniche e scientifiche, maturato dal privato nelle singole aree strategiche di affari, onde beneficiare del relativo know-how, oltre che nella facoltà di veder alleggeriti gli oneri economico-finanziari. A ciò si aggiunge anche la possibilità che l'amministrazione si garantisca di operare sulla gestione non solo tramite un controllo esterno, ovverossia sul contratto di servizio e sul suo esatto adempimento, ma anche interno, nella propria qualità di socio (1).

Per quanto attiene l'istituto dell'*in house providing* è oramai ben noto come con tale termine si indica quella particolare modalità organizzativa che consente alle amministrazioni di concludere un contratto, nella prassi indifferentemente di appalto o di concessione (2), con un operatore economico senza il previo espletamento di una procedura di evidenza pubblica. L'affidamento diretto di un servizio pubblico si consente tutte le volte in cui un ente pubblico decida di affidare la

1 Comunicazione interpretativa della Commissione Europea del 5.2.2008 (C 6661/2007) sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati (PPPI), su www.curiaeuropa.eu;

2 Secondo la Corte di giustizia la differenza essenziale tra appalto e concessione di servizi sta nella circostanza che nel primo vi è un prezzo pagato dall'amministrazione, mentre nella seconda vi è il diritto del concessionario di gestire il servizio assumendosene il rischio (da ultimo C. giust. CE, sez. II, 18 luglio 2007, C-382/05, in questa Rivista, 2008, 579). Tale distinzione è consacrata in una norma espressa. Per l'ordinamento nazionale, si veda l'art. 3, comma 12, del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 ("Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE"), secondo cui "è un contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di servizi, ad eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura di servizi consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo, in conformità all'articolo 30";

gestione del servizio ad una società esterna, che tuttavia si distingue dall'ente concedente solo formalmente, presentando nella sostanza caratteristiche tali da esser qualificata come una "derivazione" dell'ente stesso. Da qui, l'espressione *in house* che richiama, appunto, una gestione in qualche modo riconducibile allo stesso ente affidante.

L'istituto, come anzi detto nasce in seno alla giurisprudenza della Corte di Giustizia che ne ha, nel tempo, delineato con sempre maggior precisione i confini. Ciò a partire dalla sentenza "Teckal" dove vennero per la prima volta fissati i fondamentali requisiti legittimanti del "controllo analogo" (requisito strutturale) e "dello svolgimento della attività prevalente con l'ente o gli enti controllanti" (requisito funzionale), nell'ottica di contemperare il principio di autorganizzazione delle amministrazioni pubbliche con quello di concorrenza (3).

Tuttavia, stante il pericolo di conflitti tra libertà di organizzazione degli enti e mercato concorrenziale, la giurisprudenza comunitaria ha proceduto nel tempo a restringere l'ambito di applicazione dell'istituto. Le misure contenitive adottate in ambito comunitario per eliminare o ridurre l'inconveniente dell'indebita invasione dei mercati possono essere individuate nei seguenti punti:

(a) il così detto "controllo analogo a quello svolto sui propri servizi" che l'ente pubblico deve essere necessariamente esercitare nei confronti dell'impresa affidataria;

(b) il rapporto di stretta strumentalità che deve intercorrere fra le attività dell'impresa *in house* e le esigenze pubbliche che l'ente controllante è chiamato a soddisfare;

(c) il capitale sociale della società affidataria non deve essere, nemmeno in parte, detenuto da soggetti privati (4) ed anzi la partecipazione pubblica totalitaria deve essere mantenuta per tutta la durata dell'affidamento (5);

(d) la società deve avere un oggetto sociale limitato e ed esser priva di reale vocazione commerciale (6);

(e) il potere decisionale deve essere concentrato nell'assemblea dei soci e non in capo agli amministratori (7);

3 CGCE, sentenza 18 novembre 1999, n. 107/98, Teckal;

4 Cfr. CGCE, sentenza 11 gennaio 2005, n. 26/03, Stadt Halle, in cui è dato leggere che "Nell'ipotesi in cui un'amministrazione aggiudicatrice intenda concludere un contratto a titolo oneroso relativo a servizi rientranti nell'ambito di applicazione rationemateriae della direttiva 92/50, come modificata dalla direttiva 97/52, con una società da essa giuridicamente distinta, nella quale la detta amministrazione detiene una partecipazione insieme con una o più imprese private, le procedure di affidamento degli appalti pubblici previste dalla citata direttiva debbono sempre essere applicate". Sul punto peraltro, sia consentito il rinvio a I. Rizzo, Affidamento *in house* e controllo analogo: una certezza irraggiungibile?, in Urb. & App., 2009, 1345 ss.;

5 Cfr. CGCE, sentenza 10 novembre 2005, C-29/04, Mödling.;

6 Cfr. CGCE, sentenza 13 ottobre 2005, n. 458/03, Parking Brixen, ed in particolare la parte in cui si afferma che: "gli art. 43 Ce e 49 Ce nonché i principi di parità di trattamento, di non discriminazione e di trasparenza devono essere interpretati nel senso che ostano a che un'autorità pubblica attribuisca, senza svolgimento di pubblica gara, una concessione di pubblici servizi a una società per azioni nata dalla trasformazione di un'azienda speciale della detta autorità pubblica, società il cui oggetto sociale è stato esteso a nuovi importanti settori, il cui capitale dev'essere a breve termine obbligatoriamente aperto ad altri capitali, il cui ambito territoriale di attività è stato ampliato a tutto il paese e all'estero, e il cui consiglio di amministrazione possiede amplissimi poteri di gestione che può esercitare autonomamente". La sentenza è nota per aver dettato il c.d. decalogo dell'*in house*, laddove dopo aver affermato che la partecipazione totalitaria sia un requisito necessario, ma non sufficiente, ha escluso la possibilità di considerare *in house* una società che abbia acquisito, anche attraverso disposizioni del relativo statuto, una vocazione commerciale tale da rendere, per l'appunto, precario il controllo. Secondo la Corte una tale vocazione ad esempio si manifesta quando: - l'oggetto sociale sia stato esteso a settori diversi da quelli originari; - sia prevista nello statuto la possibilità di aprire il capitale sociale ai privati; - l'ambito di operatività territoriale della società sia stato ampliato a tutto il Paese e anche all'estero e, dunque, non circoscritto solo all'ambito territoriale degli enti affidanti; - il CdA disponga di vasti poteri di gestione esercitabili in autonomia;

7 Cfr. parking Brixen;

(f) la partecipazione indiretta rende critica la possibilità di configurare in concreto un controllo analogo (c.d. *in house* indiretto) (8).

A fianco ad una giurisprudenza che applica con estremo rigore questi canoni, si rinvencono invero anche altre decisioni che a seconda dei casi hanno dato un'applicazione più tenue a siffatte regole (9).

La giurisprudenza interna ha, ovviamente, recepito le indicazioni provenienti dall'ordinamento sovranazionale (10). Anzi, la giurisprudenza amministrativa si è spesso dimostrata molto severa nell'interpretazione dei requisiti dell'*inhouse* (11).

Vi è dunque concordia tra giudice comunitario e nazionale nel senso che la società *in house* deve configurarsi, sotto ogni aspetto, come una *longa manus*, come un organo dell'ente pubblico affidante, priva di qualunque reale autonomia, in tutto etero-diretta dall'ente, o dagli enti, di riferimento. Tale controllo deve essere ben più incisivo di quello in ipotesi esercitabile dal socio totalitario secondo le regole del diritto commerciale; inoltre l'attività della società *in house* deve essere sostanzialmente destinata in via esclusiva alla soddisfazione dei bisogni dell'ente, o degli enti controllanti, in base a un rapporto di stretta strumentalità.

Rispetto a tale inquadramento il legislatore italiano ha inteso recepire *in toto* la tripartizione presente a livello comunitario nel disposto di cui all'art. 113, co V. d. lgs. 18 agosto 2000, n. 267, che prevede rispettivamente, dopo la possibilità di procedere ad evidenza pubblica per l'affidamento del servizio, la possibilità di affidare *in house providing* e di procedere ad

8 Cfr. CGCE, sentenza 11 maggio 2006, n. 340/04, Carbotermo dove è stato affermato che non è possibile disporre un affidamento diretto a favore di una società il cui capitale sia totalmente detenuto da una diversa società parzialmente partecipata dall'ente pubblico affidante. In pratica l'*inhouse* indiretto è consentito soltanto a condizione che non sia previsto alcun ingresso di capitali privati nella società affidataria e che il capitale della società controllante sia, a sua volta, integralmente posseduto dall'amministrazione aggiudicatrice.

9 Cfr. CGCE, sentenza 18 dicembre 2007, C-357/07, Frigerio sulla possibilità di utilizzare società in qualunque forma costituite, nonché CGCE; sentenza 13 novembre 2008, C-324/07, Coditel/Brabant sul c.d. "*in house* frazionato". Cfr. anche CGCE, sentenza 10 settembre 2009, C-573/07, Setco/Sea laddove con riferimento al controllo analogo, la Corte ha attenuato il profilo ostativo rappresentato dalla prospettiva dell'acquisizione di una vocazione commerciale, chiarendo – in ossequio alla certezza del diritto – come non venga meno il controllo analogo e, dunque, non sia precluso il ricorso all'*in house* - qualora, sulla base della situazione vigente al momento della deliberazione di affidamento sia contemplata, alla stregua di una mera eventualità, la possibilità che il capitale di una società *in house* possa essere in futuro aperto ad investitori privati, sempre che, all'epoca dell'affidamento, non esista una concreta probabilità di una siffatta apertura a breve termine. Nella medesima decisione la CGCE ha tuttavia ribadito che il controllo totalitario da solo non è sufficiente a configurare un controllo analogo se non accompagnato dalla previsione di poteri, in capo agli enti pubblici affidanti, tali da esercitare un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni imprenditoriali più importanti e altresì che l'ammissione di azionisti privati durante il periodo di affidamento impone l'indizione di una nuova gara, con il conseguente obbligo dell'ente pubblico di dichiarare la decadenza del primo affidamento.

10 Posto che le statuizioni della Corte di Giustizia in ordine al significato precettivo da assegnare a disposizioni del Trattato assumono la stessa efficacia giuridica delle disposizioni interpretate e costituiscono, quindi, parametro interposto di costituzionalità ex art. 117, primo comma, Cost., come ha riconosciuto anche la Corte costituzionale, nella sentenza 23 dicembre 2008, n. 439. Con tale sentenza la Corte costituzionale ha accolto una questione proposta in via principale dallo Stato contro una legge della Provincia autonoma di Bolzano (L.P. 16 novembre 2007, n. 12) sui servizi pubblici locali di rilevanza economica, proprio per violazione dei principi comunitari sull'*in house*.

11 Sul severo atteggiamento tenuto anche dai giudici nazionali, non si prescinda dalle indicazioni offerte da: C. Stato, ad. plen., 3 marzo 2008, n. 1. Solo a titolo di esempio, cfr. anche CGARS, 4 settembre 2007, n. 719, secondo cui il requisito funzionale della "prevalenza" dell'attività resa in favore dell'affidante è da intendersi in senso di sostanziale "esclusività" e che il controllo analogo deve consentire anche il controllo del bilancio e della qualità della amministrazione; deve concretarsi nel riconoscimento all'ente affidante di poteri ispettivi diretti e concreti, sino a giungere al potere del controllante di visitare i luoghi di produzione.

affidamento diretto di uno o più servizi a società mista, pubblico-privata. La norma tuttavia, rispetto alla disciplina d'oltralpe prevede alcune eccezioni.

Per quanto attiene la costituzione del partenariato, l'affidamento diretto del servizio è subordinato alla obbligatorietà di individuare il socio privato tramite selezione pubblica.

Per quanto attiene l'affidamento *in house*, oltre ai requisiti strutturali del controllo analogo e dell'attività prevalentemente svolta in favore dell'Ente si richiede la totalità della partecipazione pubblica.

Da tale norma in poi il legislatore nazionale ha riposto crescente attenzione al tema del posizionamento e dei margini di operatività delle società pubbliche nel mercato. E così nell'ottica di rafforzare la concorrenza e di favorire i processi di liberalizzazione dei mercati, nell'ordinamento si sono susseguite e sovrapposte una serie di disposizioni che limitano la possibilità per le società di beneficiare di affidamenti diretti e di spendere i relativi vantaggi economici sul mercato ed altre che, viceversa, paiono prescindere dalla sussistenza di indebiti benefici economici in capo alle società pubbliche (affidamenti diretti) e che sembrano piuttosto ispirate dall'intento di riservare la competizione, tanto di mercato che per il mercato, ai soli operatori privati.

Al fine quindi, di aver un quadro chiaro e completo si ritiene di dover suddividere tutte le norme costituenti la disciplina dei servizi pubblici locali.

Al primo gruppo di disposizioni sembrano appartenere le norme dell'art. 23 bis d.l. 25 giugno 2008, n. 112 recante "Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria" in tema di affidamenti diretti in favore di società *in house* e società miste e quelle che regolano il connesso divieto operatività sui mercati in caso di detenzione di simili affidamenti (divieto, invero, generale, in quanto applicabile anche nei riguardi di soggetti privati). In particolare, il Capo VI rubricato "Liberalizzazione e deregolazione", si propone di operare una profonda rivisitazione della normativa di riferimento per i servizi pubblici locali, oramai consolidatasi dopo le ultime modifiche all'art. 113 del D.Lgs. 267/00. Tra le disposizioni ivi contenute, di particolare rilievo appare il disposto di cui all'art. 18 che impone alle società che gestiscono servizi pubblici locali a totale partecipazione pubblica, l'adozione, con propri provvedimenti, di criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi nel rispetto dei principi di cui al co. 3 dell'art. 35 del D.Lgs. 165 del 2001. Verrebbe, dunque, fatto obbligo a tali soggetti economici, che operano secondo logiche societarie, di utilizzare i rigidi meccanismi di selezione del personale adoperati dagli enti locali che consistono nello svolgimento di veri e propri concorsi pubblici.

Detta disposizione sembra andare nella direzione già tracciata dal legislatore della finanziaria per il 2008 là dove, in assimilazione alle pp.aa., onera le società partecipate al 100% al rispetto di alcune previsioni assai stringenti. In questo senso militano, anche, le numerose esortazioni provenienti da diverse sezioni regionali della Corte dei conti nei confronti degli enti azionisti unici, a controlli sempre più pregnanti sulle proprie partecipate al fine di evitare situazioni deficitarie che, inesorabilmente, gravano pesantemente sugli enti stessi. La disposizione cit. si compone, come ritenuto, di due insiemi di norme che risultano essere immediatamente precettive, ossia i commi da 1 a 9 e 11-12; il co. 10, attiene, invece, i regolamenti di delegificazione che il Governo dovrà emanare e che comporteranno l'abrogazione delle disposizioni vigenti.

Così come previsto dalla legge delega, in esecuzione dell'art 23 bis cit. è stato emanato il Regolamento di attuazione DPR 12 ottobre 2010 n. 168.

Senonchè, in data 13 giugno 2011 in conseguenza dell'esito referendario è intervenuta l'abrogazione dell'art 23 bis L.n. 133/2008 e conseguente DPR n. 168/2010.

Successivamente il Governo ha varato la manovra aggiuntiva con il D.L. 138/2011, recante "Ulteriori misure per la stabilizzazione finanziaria e lo sviluppo", il cui art.4 disciplina la materia dei servizi pubblici locali di rilevanza economica.

Quanto al secondo insieme di norme, pare possibile ricondurvi le disposizioni dell'art. 3, co. XXVII ss. della l. 24 dicembre 2007, n. 244 (Finanziaria 2008) che vietano alle amministrazioni la facoltà di istituire società per fini non strettamente funzionali alla realizzazione delle proprie finalità istituzionali.

Un terzo insieme di norme attiene, invece, la disciplina dei servizi strumentali di cui all'art. 13 d.l. 4 luglio 2006, n. 223.

SERVIZI PUBBLICI ECONOMICI LOCALI. L'AFFIDAMENTO IN *HOUSE* E L'AFFIDAMENTO DIRETTO A SOCIETÀ MISTA.

Per quanto attiene il **primo insieme** di norme cui ricondurre gli istituti dell'affidamento *in house* e del partenariato pubblico privato, le stesse sono riferibili ai servizi pubblici locali. Senza entrare nel merito della legittimità, sul piano del rispetto dei principi costituzionali, di un simile intervento del Governo, da valutarsi in sede di sindacato di legittimità costituzionale delle leggi, dato certo, è, da un lato, la non reviviscenza delle norme abrogate dall'art. 23-bis, espressamente o tacitamente, secondo quanto statuito dalla Corte Costituzionale (sentenze n. 24/2011, n. 31/2000 e n. 40/1997; ordinanza n. 9/1997); dall'altro, la riemessa necessità di contemperare la vigente disciplina comunitaria, relativa alle regole concorrenziali minime, con una "nuova" disciplina nazionale, destinata ad integrare la prima in quanto pro concorrenziale.

La disciplina è, quindi, così riassumibile:

2. I MODULI ORGANIZZATIVI DI GESTIONE DEI SERVIZI

COMMI 1-8

Il comma 1, torna a sancire il *favor* del legislatore per una gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica pro concorrenziale. Nello specifico, rimane confermata la preferenza accordata dal legislatore al ricorso a procedure ad evidenza pubblica, quale modulo organizzativo dei servizi pubblici economici locali e quale sistema ordinario di affidamento.

Il legislatore prevede che gli enti locali, nel rispetto dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi, verificano la realizzabilità di una gestione concorrenziale dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, liberalizzando tutte le attività economiche compatibilmente con le caratteristiche di universalità e accessibilità del servizio e limitando, negli altri casi, l'attribuzione di diritti di esclusiva alle ipotesi in cui, in base ad una analisi di mercato, la libera iniziativa economica privata non risulti idonea a garantire un servizio rispondente ai bisogni della comunità.

Si prescrive, quindi, all'ente affidante l'obbligo di procedere, in via preliminare e con cadenza periodica, alla verifica della realizzabilità di una gestione concorrenziale dei servizi pubblici locali, limitando i diritti di esclusiva (art. 4, commi 1, 2, 3, 4). A tal fine è prevista l'adozione, entro il 13.8.2012, poi periodicamente e, comunque, prima di procedere all'affidamento del servizio, di una "*delibera quadro*" da pubblicizzare e trasmettere alla Autorità Antitrust, che evidenzii l'istruttoria compiuta nonchè, per i settori sottratti alla liberalizzazione, le ragioni della decisione e i benefici derivanti dal mantenimento di un regime di esclusiva del servizio.

La verifica periodica dei risultati dell'istruttoria a partire dal dodicesimo mese dall'entrata in vigore del decreto legge si rende necessaria proprio in ragione della finalità di soddisfacimento dell'interesse pubblico sotteso all'erogazione dei pubblici servizi.

Per tali ragioni è previsto (comma 5) l'obbligo per gli Enti locali, di definire preliminarmente degli obblighi di servizio pubblico, prevedendo eventuali compensazioni economiche alle aziende esercenti i servizi stessi tenendo conto dei proventi derivanti dalle tariffe e nei limiti della disponibilità di bilancio destinata allo scopo.

Il ricorso all'*in house providing*, quindi, si conferma scelta residuale esperibile là dove la libera iniziativa economica privata non risulti idonea a garantire un servizio rispondente ai bisogni della comunità. Rispetto alla abrogata disciplina, l'attuale, pur ricalcando la stessa sequenza (analisi di mercato, adozione di apposita deliberazione e trasmissione all'Authority, appare meno rigorosa, essendo anche stato ridimensionato il ruolo dell'Antitrust.

Al fine di evitare effetti distorsivi della concorrenza, si prevede che qualora ad un'impresa incaricata della gestione di servizi pubblici locali vengano attribuiti diritti di esclusiva, si applica quanto disposto dall'art 9 L.n. 287/1990 (comma 6).¹²

Parimenti, (comma 7) ove ad una società vengano attribuiti diritti di esclusiva che intendano svolgere attività in mercati diversi da quelli in cui sono titolari dei diritti di esclusiva, sono assoggettati alla disciplina di cui all'art 8, commi 2 bis e 2 quater L.n. 287/90.¹³

Quanto alle modalità di affidamento dei servizi in questione, le nuove norme riproducono, sebbene con minor rigore sistematico, l'impianto proprio dell'art. 23-bis, prevedendo in via

¹² Art 9 "Autoproduzione" 1. "La riserva per legge allo Stato ovvero a un ente pubblico del monopolio su un mercato, nonché la riserva per legge ad un'impresa incaricata della gestione di attività di prestazione al pubblico di beni o di servizi contro corrispettivo, non comporta per i terzi il divieto di produzione di tali beni o servizi per uso proprio, della società controllante e delle società controllata 2. L'autoproduzione non è consentita nei casi in cui in base alle disposizioni che prevedono la riserva risulti che la stessa è stabilita per motivi di ordine pubblico, sicurezza pubblica e difesa nazionale, nonché, salvo concessione, per quanto concerne il settore delle telecomunicazioni".

¹³ Art. 8 "Imprese pubbliche e in monopolio legale"1. Le disposizioni contenute nei precedenti articoli si applicano sia alle imprese private che a quelle pubbliche o a prevalente partecipazione statale.2. Le disposizioni di cui ai precedenti articoli non si applicano alle imprese che, per disposizioni di legge, esercitano la gestione di servizi di interesse economico generale ovvero operano in regime di monopolio sul mercato, per tutto quanto strettamente connesso all'adempimento degli specifici compiti loro affidati.

2-bis. Le imprese di cui al comma 2, qualora intendano svolgere attività in mercati diversi da quelli in cui agiscono ai sensi del medesimo comma 2, operano mediante società separate.

2-ter. La costituzione di società e l'acquisizione di posizioni di controllo in società operanti nei mercati diversi di cui al comma 2-bis sono soggette a preventiva comunicazione all'Autorità.

2-quater. Al fine di garantire pari opportunità di iniziativa economica, qualora le imprese di cui al comma 2 rendano disponibili a società da esse partecipate o controllate nei mercati diversi di cui al comma 2-bis beni o servizi, anche informativi, di cui abbiano la disponibilità esclusiva in dipendenza delle attività svolte ai sensi del medesimo comma 2, esse sono tenute a rendere accessibili tali beni o servizi, a condizioni equivalenti, alle altre imprese direttamente concorrenti.

2-quinquies. Nei casi di cui ai commi 2-bis, 2-ter e 2-quater, l'Autorità esercita i poteri di cui all'articolo 14. Nei casi di accertata infrazione agli articoli 2 e 3, le imprese sono soggette alle disposizioni e alle sanzioni di cui all'articolo 15.

2-sexies. In caso di violazione degli obblighi di comunicazione di cui al comma 2-ter, l'Autorità applica la sanzione amministrativa pecuniaria fino a lire 100 milioni.

ordinaria che il conferimento avvenga tramite procedura ad evidenza pubblica in favore di imprenditori o di società in qualunque forma costituiti, nel rispetto dei principi del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea e dei principi generali relativi ai contratti pubblici. Le medesime procedure sono indette nel rispetto degli standard qualitativi, quantitativi, ambientali, di equa distribuzione sul territorio e di sicurezza definiti dalla legge, ove esistente dalla competente autorità di settore.(comma 8).

PRIMA GARA E PRINCIPIO DI RECIPROCIÀ

COMMI 9-10

Le società a capitale interamente pubblico possono partecipare alle procedure competitive ad evidenza pubblica, sempre che non vi siano specifici divieti previsti dalla legge.

Le imprese estere, non appartenenti a Stati membri dell'Unione europea, possono essere ammesse alle procedure competitive ad evidenza pubblica per l'affidamento di servizi pubblici locali a condizione che documentino la possibilità per le imprese italiane di partecipare alle gare indette negli Stati di provenienza per l'affidamento di omologhi servizi.

Risulta, quindi, rispettato il principio di reciprocità tra imprese estere.

3. SOCIETA' MISTE. BANDI DI GARA E LETTERE DI INVITO

COMMI 11-12

Anche l'art. 4 ripropone il modulo organizzativo del partenariato pubblico-privato nel senso di riconfermare, in perfetto parallelismo con l'ordinamento comunitario, la possibilità per le pubbliche amministrazioni di procedere, quale modalità ordinaria di affidamento del servizio pubblico economico locale, al pari dell'evidenza pubblica, la possibilità di procedere ad affidamento diretto del servizio a società mista con partner privato individuato tramite procedura ad evidenza pubblica.

Appare il caso di soffermarsi su alcuni punti. La norma si limita a richiamare integralmente la precedente disciplina. Il previgente art 23 bis, infatti, aveva recepito l'orientamento dottrinale secondo cui per costituire un PPPI in modo conforme ai principi del diritto comunitario evitando nel contempo i problemi connessi ad una duplice procedura il partner privato viene selezionato nell'ambito di una procedura trasparente e concorrenziale, che ha per oggetto sia l'appalto pubblico o la concessione da aggiudicare all'entità a capitale misto, sia il contributo operativo del partner privato all'esecuzione di tali prestazioni e/o il suo contributo amministrativo alla gestione dell'entità a capitale misto. La selezione del partner privato è, dunque, accompagnata dalla costituzione del PPPI e dall'aggiudicazione dell'appalto pubblico o della concessione all'entità a capitale misto.

A ciò si aggiunga che anche il d.lg. n. 163/2006 il quale, all'art. 1, comma 2, stabilisce che nei casi di costituzione di società miste “la scelta del socio privato avviene con procedure di evidenza pubblica”».

Ciò che ad oggi il legislatore prevede per l'amministrazione è l'obbligo di una sola gara con la quale contestualmente si individua il socio privato nonché i compiti operativi da affidargli. La

percentuale minima della partecipazione privata è stabilita nella misura del 40%. Il ruolo del socio rimane, quindi, operativo, nel senso che la partecipazione appare di carattere industriale e, dunque, consentita in funzione dell'apporto tecnologico e di know-how del partner privato. In tale senso, milita l'indicazione della stessa norma che postula l'individuazione di **specifici compiti operativi** da affidare al socio privato. La norma poi non frapponne limiti espressi a che l'amministrazione affidi alla società mista la gestione di una pluralità di servizi. Il partner privato, dunque, potrebbe essere chiamato a svolgere compiti operativi in concreto eterogenei. Tale circostanza, pone, delicati problemi di opportunità pratica e di strutturazione della gara, che dovrà prevedere adeguati requisiti di partecipazione, onde limitare la partecipazione (singolarmente o in associazione di imprese) a quei soli imprenditori in grado di garantire esperienza e standard di qualità.

I servizi che dovranno essere affidati al socio privato dovranno essere definiti in sede di gara e dunque contemplati dall'oggetto sociale al momento della costituzione della società stessa.

Sul punto è costante l'orientamento giurisprudenziale secondo cui l'ente deve specificare l'oggetto sociale perseguito dalla costituenda società in quella determinata composizione sociale fin dall'indizione della gara. Il comune appaltante, per non eludere le regole del confronto concorrenziale, nell'affidare direttamente il servizio ad una società mista, fin dall'indizione della gara per l'individuazione del socio privato, deve specificare l'oggetto sociale perseguito dalla costituenda società in quella determinata composizione sociale, in guisa tale che la realizzazione, la modifica o il venire meno dell'oggetto e/o della sua composizione sociale condizionano non solo l'operatività della società ma, a monte, la partecipazione stessa del socio privato. In definitiva seppure è vero che la società mista, al pari di qualsiasi altra impresa, segue la logica di mercato, nondimeno il rispetto delle regole previste per l'affidamento del servizio si riflettono dialetticamente, non solo (ovviamente) sul piano genetico, bensì (e soprattutto) su quello operativo. (Cfr TAR Liguria, Sez. II, 18/1/2012 n. 111)

Appaiono pertanto riproposte le prescrizioni, relativamente al contenuto di bando di gara e lettera di invito, già previste all'art. 3 del Regolamento attuativo dell'art. 23-bis sopra citato, tra le quali si rammentano: il divieto di considerare come elemento discriminante nella valutazione delle offerte la disponibilità delle reti, degli impianti o di altre dotazioni patrimoniali non duplicabili a costi sostenibili ed essenziali per il servizio; l'obbligo di stabilire che i suddetti requisiti siano proporzionati alle caratteristiche e al valore del servizio; la necessità che la durata dell'affidamento non superi il periodo di ammortamento degli investimenti in immobilizzazioni materiali previsti nei capitolati di gara a carico del soggetto gestore; la facoltà di esclusione di forme di aggregazione o di collaborazione tra soggetti che possiedano singolarmente i requisiti di partecipazione; l'adozione di carte dei servizi; e così seguendo (comma 11).

Il comma 12 inferisce proprio la costituzione di forme di partenariato pubblico-privato, disponendo l'attribuzione della qualità di socio e l'attribuzione di compiti operativi connessi alla gestione del servizio, con conferimento di una partecipazione societaria non inferiore al 40%. Il legislatore ha ulteriormente previsto l'attribuzione al socio privato di **specifici compiti operativi** connessi alla gestione del servizio e non più, in via generica compiti operativi.

Il bando o la lettera di invito, analogamente a quanto disposto dal caducato art. 3 del Regolamento attuativo dell'art. 23-bis, deve prevedere che:

- a) i criteri di valutazione delle offerte basati su qualità e corrispettivo del servizio prevalgano su quelli riferiti al prezzo delle quote societarie;
- b) il socio privato svolga gli specifici compiti operativi per l'intera durata del servizio e che, diversamente, si proceda a un nuovo affidamento;
- c) siano previsti criteri e modalità di liquidazione del socio privato alla cessazione della gestione.

Va osservato come, in disparte tale previsione, sia scomparso nella nuova disciplina ogni riferimento alla possibilità di costituire la società mista quale modalità ordinaria di gestione del servizio come, invece, era nel previgente art 23 bis. nulla viene espressamente previsto in merito all'affidamento alle società miste. Tale assenza equivale, come innanzi già evidenziato, ad un tacito riconoscimento di quel percorso ermeneutico che il legislatore già in sede di prima versione dell'art. 23 bis L.n. 133/2008 aveva compiuto, dimostrando di ritenere l'affidamento a società mista un modulo gestorio ordinario e non già eccezionale.

Pertanto, sarebbe per taluno lecito porsi il quesito se sia ancora ammissibile un affidamento diretto nei loro confronti, ovviamente col rispetto delle condizioni dettate dalla normativa comunitaria (id est, previa "gara a doppio oggetto") ovvero sia necessaria la "doppia gara". Ebbene, si ritiene, che sia pur in assenza di esplicita asserzione da parte del legislatore circa l'ordinaria modalità di affidamento, l'affidamento a società mista, previa selezione pubblica del partner privato, sia stata pacificamente presupposta e, comunque recepita, così come disciplinata dalla precedente normativa. Peraltro non potrebbe dubitarsi seriamente del mantenimento di tale modulo organizzativo quale modalità di affidamento ordinario e cioè non eccezionale, in quanto espressamente previsto e facultato dall'ordinamento comunitario nonché, nel nostro ordinamento, da pacifica giurisprudenza.

4. L'AFFIDAMENTO *IN HOUSE* AL DI SOTTO DEI 900,000 EURO

COMMA 13

L'affidamento in *house providing* rimane modulo organizzativo utilizzabile in pochi ed isolati casi, attese le modalità con le quali ne è stato congegnato l'utilizzo. Talchè l'in *house* diviene da deroga ed eccezione così come era stato definito e designato dal previgente art 23 bis a strumento cui le amministrazioni pubbliche possono far ricorso in casi davvero limitati.

Il limite individuato dal legislatore è prettamente numerico, e, dunque, di carattere quantitativo nel senso che il comma 13 con una previsione innovativa consente espressamente la possibilità per l'Ente locale di procedere ad affidamento diretto ove il valore del servizio oggetto dell'affidamento sia pari o inferiore alla somma complessiva dei 900 mila euro annui, a condizione che la società abbia i requisiti richiesti dall'ordinamento europeo per la gestione in *house*, e, quindi, l'intera partecipazione pubblica, il controllo analogo e la prevalenza dell'attività svolta in favore dell'ente affidante. Risulta, quindi, innalzato il precedente limite dei 200.000.

La conseguenza di tale opzione risulta, ovviamente, l'ampliamento delle possibilità per le amministrazioni locali di gestire in *house* un servizio pubblico di rilevanza economica.

Al fine di evitare possibili manovre elusive della norma *de qua* da parte degli Enti locali interessati, il legislatore ha espressamente previsto l'impossibilità di procedere al frazionamento del servizio in modo da poter proceder a plurimi affidamenti.

Ovviamente tale previsione è da intendersi riferita ad uno stesso servizio atteso che ove si tratti di servizi affini sebbene ontologicamente differenti, per natura, finalità ed oggetto il divieto in parola non pare possa applicarsi.

5. IL RISPETTO DEL PATTO DI STABILITA' E DELLE NORME DI CONTABILITA' PUBBLICA

COMMI 14-18

La disposizione ripropone, in sostanza, quanto già disposto dall'abrogato articolo 5 D.P.R. n. 168/2011 (giusta previsione del co. 10, lettera a) art. 23 bis L.n. 133/2008), prevedendo l'assoggettabilità delle società in *house* al patto di stabilità interno alle società partecipate dagli enti locali. Il legislatore, quindi, nel riproporre la previsione, sia pur con qualche differenza, intende rimarcare la volontà di arginare le tecniche elusive delle norme disciplinanti il patto di stabilità invalsa oramai nella prassi degli Enti Locali, che hanno trovato nelle partecipazioni societarie un efficace metodo di alleggerimento della propria contabilità, anche dai numerosi vincoli sempre più stringenti posti a carico degli Enti stessi.

Il disposto fa riferimento a quanto previsto dall'art. 18 L. n. 133/2008 che estende l'obbligo di applicazione del patto di stabilità a tutte le società controllate titolari di affidamenti diretti ivi comprese le società miste che – una volta scelto il socio operativo, svolgano servizi di natura strumentale.

Tuttavia, non può non osservarsi come la previsione di assoggettabilità al patto di stabilità, "*rebus sic stantibus*", vada incontro alle medesime eccezioni alla stregua delle quali la Corte Costituzionale, con pronuncia n. 325/2010 ha espunto il riferimento al patto di stabilità nella lettera a) del comma 10 dell'articolo 23 bis dl. 112/2008 sul presupposto dell'attrazione della materia nell'ambito del coordinamento della finanza pubblica di competenza concorrente e non esclusiva dello Stato.

Non v'è dubbio che l'attuale formulazione del comma 14 del dl. 138/2011, nel riproporre la medesima disposizione sembra escludere, nuovamente le Regioni, con conseguente apertura alle stesse denunce di illegittimità costituzionale.

Il comma 15 dispone l'assoggettabilità delle società in *house* e delle società miste alle disposizioni contenute nel dl.gs n. 163/2006 in materia di acquisto di beni e servizi. Anche tale principio, già sancito dall'art. 18 L. n 133/2008 era stato pienamente recepito dall'art 6 del DPR n. 168/2011.

Il comma 16, prevede il richiamo all'art.32 del DL.gs. n. 163/2006, pure contemplato dall'art. 6 dell'abrogato Regolamento, ossia la possibilità per le società miste di non applicare le disposizioni del codice, limitatamente alla realizzazione dell'opera pubblica o alla gestione del servizio per i quali sono state specificamente costituite, se ricorrono le seguenti condizioni:

1) la selezione del socio privato avviene mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento e proporzionalità, le quali abbiano avuto ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio e che al socio sia attribuita una partecipazione non inferiore al 40 per cento (art. 23 bis, comma 2, lett. b), del d.l. n.112/2008 e ss.mm.);

2) il socio privato ha i requisiti di qualificazione previsti dal d.lgs. n. 163/2006 in relazione alla prestazione per cui la società è stata costituita;

3) la società provvede in via diretta alla realizzazione dell'opera o del servizio, in misura superiore al 70% del relativo importo.

Dal che deriva che, nell'ipotesi in cui la gara abbia avuto per oggetto solamente la qualità di socio e, quindi, non anche l'attribuzione al socio privato di specifici compiti operativi, la società mista sarà pur sempre legittimamente costituita, ma non andrà esente dall'applicazione del codice dei contratti pubblici.

Al comma 17 si prevede che a partire dal 2008 le procedure per l'assunzione del personale delle società in *house* affidatarie di servizi pubblici locali nonché delle società miste sono diventate attività di carattere pubblicistico. La novella, tuttavia, prevede, che le società a partecipazione pubblica e, quindi, non solo le società *in house*, debbano prevedere criteri e modalità per il reclutamento del personale, ex art 35, comma 3 dl.gs. n. 165/2001. Sembra, quindi, non sussistere più quel regime "temperato" vigente per le società pubbliche non *in house* .

Il comma 18 ripropone l'obbligo a carico dell'organo di revisione dell'ente locale che dovrà vigilare sulla verifica del rispetto del contratto di servizio, ovvero delle modifiche da effettuare allo stesso in caso di affidamento a società partecipate dall'ente locale affidante. Tale funzione va espletata, quindi, sia sulle eccezionali gestioni *in house* ai sensi del comma 3 dell'art. 23 bis, che sugli affidamenti ai sensi del comma 2 del medesimo articolo, nonché in caso di gara per l'affidamento del servizio vinta dalla società partecipata dall'ente locale.

Gli enti locali dovranno definire all'interno dei propri statuti le modalità di esecuzione della funzione di vigilanza da parte dell'organo di revisione che dovrà presumibilmente valutare anche preventivamente le modalità di controllo inserite nei contratti di servizio.

6. LE INCOMPATIBILITA'

COMMI 19-27

I commi 19-27 attengono le ipotesi di incompatibilità, e ripropongono, in sostanza, delle disposizioni contenute nel previgente art 8 dell'abrogato Regolamento n. 168/2011, in precedenza rubricato "Distinzione tra funzioni di regolazione e funzioni di gestione".

Appare evidente *l'eadem ratio* sottesa alla disposizione in esame ossia quella di evitare forme di commistione tra controllore e controllato e di garantire un regolare e trasparente svolgimento delle

rispettive attività e funzioni scerve da quelle implicazioni ritenute foriere di possibili commistioni che altererebbero l'equilibrio dei rapporti tra l'ente socio e la propria società partecipata.

La nuova previsione risulta, tuttavia, rispetto alla previgente ulteriormente rafforzata nel suo proposito restrittivo, essendo ampliate le categorie ritenute ricadenti nei divieti in parola.

E' di tutta evidenza come la riuscita dell'intero processo di liberalizzazione e di privatizzazione dei servizi pubblici locali, si deve basare sulla solidità ed efficacia del sistema di controllo e regolazione che oggi è spesso assente in enti che sono anche i soggetti proprietari delle società che gestiscono i servizi pubblici.

La norma, tuttavia, al pari della precedente affronta l'intera problematica con la previsione di misure che intervengono quasi esclusivamente sul meccanismo delle incompatibilità e dei divieti, senza intervenire sulle questioni relative all'adeguatezza e individuazione di un adeguato sistema di regolazione e controllo da parte degli enti locali.

I divieti sono racchiusi in tre ambiti differenti, ovvero i divieti per amministratori, dirigenti e responsabili degli uffici e dei servizi dell'ente locale; l'ineleggibilità degli amministratori locali nelle società partecipate per i tre anni successivi; i divieti per i componenti delle commissioni di gara per l'affidamento dei servizi pubblici locali. Dalla lettura letterale della norma, il presupposto oggettivo che rileva ai fini dell'applicazione del divieto a carico dei suddetti soggetti è quello di aver affidato i servizi per la cui gestione non è possibile ricoprire incarichi, per cui sembrerebbe, ad esempio, che il dirigente di un ufficio deputato al controllo sul servizio affidato da un altro ufficio possa essere escluso dal divieto.

Resta, poi, confermato il motivo di ineleggibilità alla carica di amministratore nelle società partecipate da un ente locale da parte di chi ricopre o ha ricoperto all'interno dello stesso Ente nel triennio precedente la carica di amministratore locale individuata ai sensi dell'art. 77 del T.U.E.L.

La norma è chiaramente volta a ridurre la commistione politica all'interno dei C.d.A. delle società partecipate dagli enti locali, la cui gestione è in molti casi influenzata da scelte societarie poco rispondenti ad effettive valutazioni di tipo manageriale operate da amministratori strettamente vincolati da legami e indirizzi politici.

A riguardo, comunque, non può non obiettarsi, come l'opzione di limitare l'ambito soggettivo al triennio precedente l'affidamento, con la mancata previsione di ulteriori requisiti e vincoli per nomina negli organi delle società, rende la portata della norma facilmente aggirabile da parte delle amministrazioni degli enti locali.

Vengono, successivamente, definite le incompatibilità e i divieti relativamente alle commissioni per le gare di affidamento dei SPL..

Le incompatibilità sono differenti a seconda della circostanza in cui partecipi o no alla gara una società partecipata dall'Ente locale stesso.

Tutti tali divieti assumono una carattere generale, senza specificare, ad esempio, nel dettaglio, le funzioni che tali soggetti esercitano o hanno esercitato nell'Ente, ovvero i gradi dei rapporti con

l'ente ed eventualmente una graduazione dei compiti dei soggetti all'interno delle competenze della commissione di gara.

Il comma 26 pone il divieto ad essere nominati commissari di gara per i soggetti che hanno concorso all'approvazione di atti dichiarati illegittimi con dolo o colpa grave, mentre il comma 27 applica ai componenti delle commissioni di gara le cause di astensione di cui all'art. 51 del codice di procedura civile (cause di astensione del giudice).

Nel recepire le richieste della Conferenza unificata, il Governo ha introdotto il comma 29 che ha specificato che i divieti e le incompatibilità si applicano solo alle nomine e agli incarichi da conferire successivamente all'entrata in vigore del regolamento. Peraltro, rispetto alle osservazioni delle Commissioni parlamentari volte a ridurre l'impatto delle incompatibilità e dei divieti previsti dall'articolo in esame, si è, invece, ritenuto di confermarle in toto.

E' da osservare, come, tale previsione, se da un lato sembra condivisibile ove salva le commissioni di gare in fase di esperimento, non può altrettanto esserlo ove conferma il mantenimento degli attuali consigli di amministrazione pur in presenza delle cause di ineleggibilità di cui al comma 2, limitando gli effetti della separazione tra funzioni di regolazione e gestione ove il C.d.A. della società che gestisce il servizio scada successivamente alla gara di affidamento del servizio stesso, ovvero di individuazione del socio operativo.

Fermo quanto precede, e pur essendo nella sua finalità condivisibile la norma impone oneri probatori in capo alla amministrazione precedente difficilmente esperibili nella loro globalità sottoponendole, quasi ad una *probatio diabolica*.

Talchè ove si vorrà evitare di allungare notevolmente i tempi procedurali si dovrà necessariamente far ricorso alla autocertificazione e a controlli a campione.

7. SCADENZA E SUBENTRO

COMMI 28-31

Ribadita la proprietà pubblica delle reti (art. 4, comma 28), la disciplina dei beni strumentali, necessari per la prosecuzione del servizio, in caso di subentro è dettata ai commi 29-31, che ricalcano sul punto le disposizioni del caducato Regolamento attuativo dell'art. 23-bis, stabilendo l'obbligo a carico del precedente gestore, alla scadenza della gestione o in caso di cessazione anticipata, di cedere tali beni al gestore subentrante, salvo eventuale indennizzo e comunque con salvezza di eventuali diverse norme o accordi in essere al momento dell'entrata in vigore del decreto.

8. SCADENZA E PERIODO TRANSITORIO.

COMMA 32

Il legislatore ha proceduto ad una nuova calendarizzazione delle date di cessazione dei relativi affidamenti. Nello specifico, il comma 32 dell'art 4 stabilisce che:

1) gli affidamenti diretti relativi a servizi il cui valore economico sia superiore alla somma di cui al comma 13 (900.000 euro annui), nonché gli affidamenti diretti che non rientrano nei casi di cui alle successive lettere da b) a d) cessano, improrogabilmente e senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante, alla data del 31 marzo 2012;

2) le gestioni affidate direttamente a società a partecipazione mista pubblica e privata, qualora la selezione del socio sia avvenuta mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi di cui al comma 8, le quali non abbiano avuto ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio, cessano, improrogabilmente e senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante, alla data del 30 giugno 2012;

3) le gestioni affidate direttamente a società a partecipazione mista pubblica e privata, qualora la selezione del socio sia avvenuta mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi di cui al comma 8, le quali abbiano avuto ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio, cessano alla scadenza prevista nel contratto di servizio;

4) gli affidamenti diretti assentiti alla data del 1° ottobre 2003 a società a partecipazione pubblica già quotate in borsa a tale data e a quelle da esse controllate ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile, cessano alla scadenza prevista nel contratto di servizio, a condizione che la partecipazione pubblica si riduca anche progressivamente, attraverso procedure ad evidenza pubblica ovvero forme di collocamento privato presso investitori qualificati e operatori industriali, ad una quota non superiore al 40 per cento entro il 30 giugno 2013 e non superiore al 30 per cento entro il 31 dicembre 2015; ove siffatte condizioni non si verificano, gli affidamenti cessano, improrogabilmente e senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante, rispettivamente, alla data del 30 giugno 2013 o del 31 dicembre 2015.

Nella sostanza, la norma riproduce il riparto temporale utilizzando gli stessi criteri e gli stessi parametri impiegati nel precedente comma 8 dell'articolo 23 bis differendo semplicemente le date cessazione del servizio.

Ecco, quindi, come, in disparte i problemi di tempestività delle procedure da azionare da parte degli EE.LL. rispetto alle scadenze previste, la disposizione richiama l'attenzione dell'interprete al rispetto dei principi delle condizioni poste dall'ordinamento comunitario per un legittimo affidamento in *house*, (di cui al previgente art 23 bis e coevo DPR n. 168/2010), le cui conseguenze si ripercuotono sulle scadenze più o meno ravvicinate per gli enti più meritevoli.

La previsione attiene sia gli affidamenti a società ad intera partecipazione pubblica che a società miste, le cui scadenze, in ragione dei diversi presupposti di affidamento, matureranno in misura differente. Si consideri, a titolo esemplificativo, gli affidamenti a società miste in cui non siano stati affidati al partner privato, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio, la cui scadenza è prevista alla data del 30 giugno 2012. Diversamente, le gestioni affidate a società miste, sempre mediante il ricorso a procedure

competitive ad evidenza pubblica, in cui vi sia stata l'attribuzione contestuale della qualità di socio con relativa attribuzione di compiti operativi, andranno a cessare alla data di scadenza prevista nel contratto di servizio.

9. DIVIETO DI CUMULO E/ O EXTRATERRITORIALITA'

COMMA 33

Il comma 33 prevede espressamente il divieto per tutte le società, che a qualsiasi titolo gestiscono (gestione di fatto, atto amministrativo, contratto, affidamento diretto), di acquisire la gestione di servizi ulteriori rispetto a quelli di cui risultano affidatarie anche in ambiti territoriali diversi. Analogamente sussiste il divieto di svolgere servizi o attività per altri enti pubblici o privati direttamente o tramite loro controllanti o altre società che siano da essi controllate o partecipate.

Le società in scadenza possono, tuttavia, concorrere su tutto il territorio nazionale alla prima gara successiva alla cessazione del servizio, espletata mediante procedura competitiva ad evidenza pubblica, ed avente ad oggetto i servizi da essi forniti.

L'ultimo periodo della norma predetta è stato sostituito dall'art. 9, comma 2, della L. n. 183 del 2011 come segue: «I soggetti affidatari diretti di servizi pubblici locali possono comunque concorrere su tutto il territorio nazionale a gare indette nell'ultimo anno di affidamento dei servizi da essi gestiti, a condizione che sia stata indetta la procedura competitiva ad evidenza pubblica per il nuovo affidamento del servizio o, almeno, sia stata adottata la decisione di procedere al nuovo affidamento attraverso la predetta procedura ovvero, purché in favore di soggetto diverso, ai sensi del comma 13».

10. I SETTORI ESCLUSI

COMMA 34

Conformemente alla volontà referendaria, il regime delle esclusioni dall'ambito di applicazione della disciplina generale di cui all'art. 4 in esame viene esteso ricomprendendovi anche il servizio idrico integrato.

Parimenti risultano esclusi il servizio di distribuzione del gas, il servizio di energia elettrica, di trasporto ferroviario regionale nonché la gestione delle farmacie comunali.

La norma fa salva le procedure di affidamento già avviate all'entrata in vigore della normativa.

Tra le effettive novità rispetto al precedente assetto normativo si evidenzia il nuovo rapporto tra disciplina generale e discipline di settore, eventualmente con essa incompatibili, posta l'assenza dell'espressa "clausola di prevalenza", invece presente nell'abrogato art. 23-bis, comma 1.

IL DL 24 GENNAIO 2012 N. 1

La normativa contiene un Capo (il V) dedicato interamente ai servizi pubblici locali (artt 25-26) in cui il legislatore interviene nuovamente sulla disciplina di cui al cit. art 4 DI 138/2011 con alcuni ritocchi e precisazioni.

Indubbiamente tra le modifiche più rilevanti figura la notevole riduzione della soglia massima per l'affidamento in *house* che va dai 900.000 ai 200.000.

Tale limite ridimensiona in misura notevole la possibilità per gli EE.LL. di procedere ad affidamenti diretti limitando davvero tale modalità di gestione a servizi "residuali" per l'Ente.

Rilevante, appare, inoltre, la previsione secondo cui per gli enti territoriali con popolazione superiore a 10.000 abitanti, la delibera di cui al comma precedente e' adottata previo parere obbligatorio dell'Autorita' garante della concorrenza e del mercato, che si pronuncia entro sessanta giorni, sulla base dell'istruttoria svolta dall' ente di governo locale dell'ambito o del bacino o in sua assenza dall'ente locale, in merito all'esistenza di ragioni idonee e sufficienti all'attribuzione di diritti di esclusiva e alla correttezza della scelta eventuale di procedere all'affidamento simultaneo con gara di una pluralita' di servizi pubblici locali. La delibera e il parere sono resi pubblici sul sito internet, ove presente, e con ulteriori modalita' idonee.

Tale delibera quadro e' comunque adottata prima di procedere al conferimento e al rinnovo della gestione dei servizi, entro trenta giorni dal parere dell'Autorita' garante della concorrenza e del mercato. In assenza della delibera, l'ente locale non potrà procedere all'attribuzione di diritti di esclusiva. Il nuovo **comma 33 ter** prevede espressamente che entro il **31 marzo 2012**, sia emanato apposito Decreto ministeriale in cui vengano enucleati i criteri per la verifica della concorrenzialità nei rispettivi mercati di riferimento ovvero di esclusiva , così come previsto al comma 1 del cit. art 4 nonché le modalità attuative del **comma 33 bis**. Grande attenzione è, dunque, riservata al profilo della qualità del servizio, soprattutto con riferimento all'utenza, il medesimo comma 1 prevede, infatti, l'onere in capo all'ente concedente la preventiva individuazione degli obblighi di servizio pubblico ed universale.

Il **comma 33** consente, inoltre, espressamente anche alle società a partecipazione mista pubblica e privata di acquisire servizi ulteriori ovvero in ambiti diversi ovvero svolgere servizi o attività per altri enti pubblici o privati , né direttamente né tramite loro controllanti o altre società che siano da essi controllate o partecipate, né partecipando a gare. I soggetti baffi datari diretti di servizi pubblici locali possono comunque concorrere su tutto il territorio nazionale a gare indette nell'ultimo anno di affidamento dei servizi da essi gestiti a condizione che sia stata indetta la procedura competitiva ad evidenza pubblica per il nuovo affidamento del servizio o, almeno sia stata adottata o la decisione di procedere al nuovo affidamento attraverso la predetta procedura ovvero purchè in favore di soggetto diverso, ai sensi del comma 13.

Risulta, infine, rimodulato il periodo transitorio di permanenza delle gestione in *house*, la cui scadenza veniva improrogabilmente fissata entro il 31 marzo 2012. La nuova scadenza è ad oggi prevista per il **31 dicembre 2012**.

Un ulteriore slittamento subisce anche la data di scadenza delle gestioni affidate direttamente a società a partecipazione mista pubblica e privata, qualora la selezione del socio sia avvenuta mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, le quali non abbiano avuto ad oggetto, al

tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio, cessano, improrogabilmente e senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante, alla data del 31 marzo 2013 (anziché 30 giugno 2012);

La **lettera a) del comma 32** prevede, inoltre, per gli affidamenti diretti relativi a servizi il cui valore economico sia superiore alla somma di cui al **comma 13 (900.000 euro)** ovvero non conformi nonché gli affidamenti diretti che non rientrano negli altri casi previsti (lett. da **b a d** in deroga, la possibilità di affidare in *house* a favore di azienda risultante dalla **integrazione operativa** di preesistenti gestioni dirette o in *house* tale da configurare un unico gestore del servizio a livello di ambito o di bacino territoriale ottimale ai sensi dell'articolo 3 bis. In tal caso il contratto di servizio dovrà prevedere indicazioni puntuali riguardanti il livello di qualità del servizio reso, il prezzo medio per utente, il livello di investimenti programmati ed effettuati e obiettivi di performance (redditività, qualità, efficienza). La valutazione dell'efficacia e dell'efficienza della gestione e il rispetto delle condizioni previste nel contratto di servizio sono sottoposti a verifica annuale da parte dell'Autorità di regolazione di settore. La durata dell'affidamento in *house* all'azienda risultante dall'integrazione non può essere, in ogni caso, superiore a tre anni.

Di assoluta importanza appare, poi, la possibilità prevista dal legislatore al fine di non pregiudicare la necessaria continuità nell'erogazione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, per i soggetti pubblici e privati esercenti a qualsiasi titolo, attività di gestione dei servizi pubblici locali, di assicurare l'integrale e regolare prosecuzione delle attività medesime anche oltre le scadenze previste.

Tale prosecuzione, tuttavia, appare consentita nel rispetto degli obblighi di servizio pubblico e degli standard minimi del servizio pubblico locale alle condizioni di cui ai rispettivi contratti di servizio e dagli altri atti che regolano il rapporto, fino al subentro del nuovo gestore e comunque, in caso di liberalizzazione del settore, fino all'apertura del mercato alla concorrenza.

Altre novità afferiscono il regime delle società miste. Il comma 11 del cit. art 4 prevede, infatti, l'impegno del soggetto gestore a conseguire economie di gestione con riferimento all'intera durata programmata dell'affidamento e prevede altresì tra gli elementi di valutazione dell'offerta la misura delle anzidette economie e la loro destinazione alla riduzione delle tariffe da praticarsi agli utenti ed al finanziamento di strumenti di sostegno connessi a processi di efficientamento relativi al personale.

Degna di nota è, ancora la previsione di cui all'art 32 bis, che accorda al prefetto un potere di impulso nei confronti degli enti locali inadempienti e di conseguente sostituzione in caso di inerzia protratta oltre il termine.

Di assoluto rilievo l'inserimento ad opera dell'art 25 del DL n. 1/2012 dell'art 3 bis che definisce gli ambiti territoriali e criteri di organizzazione dello svolgimento dei servizi pubblici locali.

Di assoluta novità appare la previsione di cui al comma 1 secondo cui *“A tutela della concorrenza e dell'ambiente, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano organizzano lo svolgimento dei servizi pubblici locali in ambiti o bacini territoriali ottimali e omogenei individuati in riferimento a dimensioni comunque non inferiori alla dimensione del territorio provinciale e tali da consentire economie di scala e di differenziazione idonee a massimizzare l'efficienza del servizio, entro il termine del 30 giugno 2012”.*

Del medesimo tenore della disposizione di cui al comma 32 bis *che* prevede il potere sostitutivo del prefetto, la novella attribuisce medesimo potere al Governo, prevedendo che “*Decorso inutilmente il termine indicato, il Consiglio dei Ministri, a tutela dell'unita' giuridica ed economica, esercita i poteri sostitutivi di cui all'art. 8 della legge 5 giugno 2003, n. 131, per organizzare lo svolgimento dei servizi pubblici locali in ambiti o bacini territoriali ottimali e omogenei, in riferimento a dimensioni comunque non inferiori alla dimensione del territorio provinciale e tali da consentire economie di scala e di differenziazione idonee a massimizzare l'efficienza del servizio*”.

I commi 4 e 5 rimarcano i limiti cui sono soggette le società pubbliche.

Si prevede, infatti, che, “*le società affidatarie in house sono assoggettate al patto di stabilità interno secondo le modalità definite dal decreto ministeriale previsto dall'articolo 18, comma 2-bis del decreto legge 25 luglio 2008, n. 112, convertito con legge 6 agosto 2008, n. 133, e successive modificazioni. L'ente locale o l'ente di governo locale dell'ambito o del bacino vigila sull'osservanza da parte delle società di cui al periodo precedente dei vincoli derivanti dal patto di stabilità interno.*”

5. Le società affidatarie in house sono tenute all'acquisto di beni e servizi secondo le disposizioni di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 e successive modificazioni. Le medesime società adottano, con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi nel rispetto dei principi di cui al comma 3 dell'articolo 35 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 nonché delle disposizioni che stabiliscono a carico degli enti locali divieti o limitazioni alle assunzioni di personale, contenimento degli oneri contrattuali e delle altre voci di natura retributiva o indennitarie e per le consulenze anche degli amministratori.”.

Come è evincibile tali previsioni attengono esclusivamente le società *in house*, rimanendo ferme per le restanti tipologie di società le limitazioni rinvenibili dalle altre disposizioni normative.

Indubbiamente la norma che precede, di nuovo conio, pone un problema di serio coordinamento tra enti locali ossia Comuni e Regioni per quanto attiene la definizione degli ambiti e degli altri criteri.

I SERVIZI DI INTERESSE GENERALE

Per quanto attiene il secondo insieme di norme, l'art 3, co. XXVII della Finanziaria 2008 L.n. 244/2007) prevede la possibilità che pubbliche amministrazioni costituiscano e partecipino a società.

Con tale articolo, in particolare, è stata introdotta la previsione per cui è fatto divieto alle pubbliche amministrazioni (14) di costituire o mantenere partecipazioni in società per la produzione di beni e di servizi non strettamente necessari al perseguimento delle proprie finalità istituzionali.

¹⁴ E segnatamente quelle di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, il quale prevede che “*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*”.

Successivamente, con l'articolo 71, comma 1, lettera f), della legge 18 giugno 2009, n. 69, si è stabilito che le norme in parola non si applicano anche nel caso di partecipazioni in società emittenti strumenti finanziari quotati nei mercati regolamentati.

Inoltre, dall'originaria versione dell'art. 3, co. XXVII, è stata espunta la previsione che estendeva il divieto all'acquisizione e mantenimento di partecipazioni anche solo indirette in società non strettamente funzionali.

L'assunzione di nuove partecipazioni e il mantenimento delle attuali devono essere autorizzati dall'organo competente con delibera motivata in ordine alla sussistenza dei presupposti a che una partecipazione possa ritenersi legittimamente acquisita o mantenuta. Tale delibera deve essere poi trasmessa alla competente sezione della Corte dei conti. Infine, al co. XXIX è previsto che le amministrazioni hanno obbligo di cedere, nel rispetto delle procedure ad evidenza pubblica, le partecipazioni vietate entro trentasei mesi dalla data di entrata in vigore della norma in questione.

Il disposto di cui all'art. 3, co. 27, L. n. 244/2007, ossia la legge finanziaria per l'anno 2008, sancisce la preclusione della costituzione di società aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi, ove non siano strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali. Parimenti risulta preclusa l'assunzione od il mantenimento sia diretto che indiretto di partecipazioni anche minoritarie in tali società. Resta ammissibile la costituzione di società che producono servizi di interesse generale e l'assunzione di partecipazioni in tali società da parte delle amministrazioni di cui all'articolo 1, co. 2, del D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165, nell'ambito dei rispettivi livelli di competenza.

Il successivo co. 28 introduce l'obbligo per l'Organo consiliare dell'ente locale di approvare l'assunzione di nuove partecipazioni ed il mantenimento delle attuali, da motivarsi espressamente, tramite apposita deliberazione, in ordine alla sussistenza dei presupposti di cui al co. 27 cit.

La *ratio* della norma appare sin troppo chiara, richiamare le amministrazioni ad affidamenti in *house* seri ed effettivi che non si risolvano in aggiramenti della normativa in tema di gare pubbliche e dunque, in una illegittima violazione del principio della libera concorrenza. A tal fine il consiglio comunale è chiamato a pronunciarsi sulla qualificazione di servizi che non siano annoverabili tra i servizi pubblici locali, e che, invece, attengano, per l'appunto, ad altri tipi di servizi.

Ebbene, già dal tenore letterale delle disposizioni su indicate si evince che i servizi pubblici locali, quali il servizio di igiene urbana, trasporto pubblico locale e distribuzione del gas naturale, non risultano interessati dalla normativa in parola, pertanto, per essi non dovrebbe essere necessaria l'apposita deliberazione consiliare.

Tale convincimento discende anche dalla circostanza per la quale: il servizio di igiene urbana è espressamente qualificato dall'art. 2 D.Lgs. 22/97 quale attività di pubblico interesse ed è soggetto alla normativa di cui alla L. 146/90 quale servizio minimo indispensabile; il servizio di tpl viene definito servizio pubblico di interesse locale cioè non nazionale ai sensi e per gli effetti degli artt. 1 ss. D.Lgs. 422/97; il servizio di distribuzione del gas naturale è espressamente qualificato dall'articolo 14, co. 1, del D.Lgs. 164/00, come attività di servizio pubblico. Ciò nondimeno non sono mancate amministrazioni locali che hanno, comunque, adottato deliberazioni tramite le quali hanno confermato il mantenimento in atto delle partecipazioni già esistenti.

Diversamente, per quanto attiene quelle società che svolgono altri tipi di attività, c.d. global service, e che svolgono servizi strumentali, quali, a titolo esemplificativo, il servizio di custodia e di manutenzione degli immobili di proprietà degli EE.LL.; per esse sussiste l'obbligo dell'approvazione consiliare.

Spetta, dunque, agli enti locali identificare i casi in cui si tratta di servizi di stretta necessità per l'ente. Nell'identificare detti servizi, indubbiamente occorre dimostrare la sussistenza di ragioni sufficienti affinché un Ente pubblico costituisca o partecipi a una società tesa a perseguire un oggetto sociale coerentemente con queste premesse. (Cons. Stato, Sez. III, parere n. 322/2007)

Appare opportuno dare atto della modifica operata dalla legge 18 giugno 2009 n.69, recante Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile, che ha introdotto all'articolo 3 della legge 24 dicembre 2007, n. 244, il comma 28 bis, a mente del quale, il termine per l'adozione della deliberazione di qualificazione dei servizi pubblici è di trentasei mesi e non più diciotto mesi (il termine ultimo coincideva con la data del 30 giugno 2009).

Talchè per la produzione di beni e servizi strumentali alla attività istituzionale degli enti soci, costituire società *in house* o parteciparvi è ammissibile solo se sussistano ragioni di ordine pubblico tecnico e/o economico.

L'introduzione della L. finanziaria 2008 confermerebbe l'applicabilità del disposto di cui all'art. 13 Decreto Bersani anche alle società a partecipazione pubblica indiretta. Tant'è che l'Autorità di vigilanza è intervenuta, sul punto, con un nuovo parere, asserendo come da ultimo, il legislatore, con la Finanziaria 2008 ha esteso l'originario divieto posto alle amministrazioni locali e regionali, dal D.L. 223/2006 a tutte le società pubbliche, rafforzando l'orientamento restrittivo del raggio d'azione delle società partecipate dalle amministrazioni regionali e locali, fatta eccezione per i servizi di interesse generale, confermando, pertanto, quanto espresso dalla Autorità medesima.

Pertanto, le società cui si riferisce il legislatore del Decreto Bersani si identificano con quelle che, coerentemente con i fini istituzionali dell'ente, svolgono attività strumentali all'ente medesimo; diversamente le fattispecie (evidentemente) prese in considerazione dal disposto di cui all'art. 3, co. 27, L. finanziaria 2008.

I SERVIZI STRUMENTALI

Nell'intento di evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità degli operatori nel territorio nazionale, il legislatore, con l'art. 13 del decreto Bersani, ha fatto divieto alle società, a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti e per lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative di loro competenza, di operare e svolgere prestazioni in favore di soggetti diversi dagli enti costituenti, partecipanti o affidanti.

A garanzia dell'effettività del precetto, si prevede per un verso, che le società interessate abbiano oggetto sociale esclusivo, per altro, che il divieto si estenda anche alla partecipazione ad altre

società o enti aventi sede nel territorio nazionale e per altro ancora, che si dia corso, nei termini fissati dall'art. 13, alla cessazione delle attività non consentite. A tale ultimo fine, la norma in esame stabilisce che le società interessate dalla sua applicazione possano cedere le attività non consentite a terzi ovvero scorporarle, anche costituendo una separata società.

Peraltro, ad ulteriore rafforzamento del divieto, si prevede che i contratti relativi alle attività non cedute o scorporate nei termini fissati perdano efficacia e che quelli conclusi dopo la data di entrata in vigore dell'art. 13 del decreto Bersani siano nulli. Ciò peraltro, con l'eccezione dei contratti stipulati dopo la data di entrata in vigore del decreto, ma in esito a procedure di aggiudicazione bandite prima dell'entrata in vigore dello stesso.

La norma, infine, contiene una serie rilevante di eccezioni al divieto.

E così risultano esclusi dall'ambito di applicazione dell'art. 13 del decreto Bersani le società a partecipazione pubblica che erogano servizi pubblici locali e quelle che prestano servizi di committenza ovvero operano quali centrali di committenza a livello regionale a supporto di enti senza scopo di lucro e delle amministrazioni aggiudicatrici dell'articolo 3, co. XXV del d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163. Sono escluse, infine, dalla applicazione delle norme in esame le società che svolgono attività di intermediazione finanziaria del d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385.

La disciplina in esame è stata ritenuta costituzionalmente legittima in ragione della pronuncia Corte Costituzionale 1 agosto 2008, n. 326, in quanto espressione di potestà legislativa esclusiva in materia di ordinamento civile e di concorrenza volta a definire i confini tra l'attività amministrativa e quella d'impresa, onde rimuovere situazioni di distorsione del confronto di mercato.

La Consulta, infatti, in tanto ha ritenuto legittima l'attività svolta dalle società strumentali e, dunque legittimamente oggetto di affidamento diretto, in quanto attività non di impresa bensì attività amministrativa cioè assimilabile ed equiparabile a quella svolta dall'Ente concedente.

Giova all'uopo rammentare come sono qualificabili come servizi strumentali tutti quei beni e servizi erogati da società a supporto di funzioni amministrative di natura pubblicistica di cui resta titolare l'ente di riferimento e con i quali lo stesso ente provvede al perseguimento dei suoi fini istituzionali. Le società strumentali sono, quindi, strutture costituite per svolgere attività strumentali rivolte essenzialmente alla pubblica amministrazione e non al pubblico, come invece quelle costituite per la gestione dei servizi pubblici locali (per le quali il Decreto fa esplicita eccezione) [...] Seppure infatti tali società strumentali esercitano attività di natura imprenditoriale, ciò che rileva è che siano state costituite per tutelare in via primaria l'interesse e la funzione pubblica dell'amministrazione di riferimento, per la cui soddisfazione è anche possibile che venga sacrificato l'interesse privato imprenditoriale. Di converso sono servizi pubblici locali ex art. 112 del TUEL quelli di cui i cittadini usufruiscono *uti singuli* e come componenti la collettività purchè rivolti alla produzione di beni e utilità per obiettivi e esigenze sociali, (si considerino le attività di illuminazione pubblica o manutenzione delle caldaie). L'utenza, in tali ipotesi, non andrebbe individuata restrittivamente nei soli dipendenti comunali ma si estende al pubblico che si reca negli uffici e, soprattutto nei frequentatori delle biblioteche, palestre, centri anziani ed altri servizi ospitati in immobili comunali. (Cons. Stato, Sez. V, 16 dicembre 2004, n. 8090)

L'enunciato dell'art. 13 del d.l. n. 223 del 2006, rende evidente che la qualificazione differenziale tra attività strumentale e gestione dei servizi pubblici deve essere riferita non all'oggetto della gara, bensì all'oggetto sociale delle imprese partecipanti ad essa (Tar Sardegna, sez. I, 1 luglio 2008, n. 1371). Il divieto di fornire prestazioni a enti terzi, infatti, colpisce le società pubbliche strumentali alle amministrazioni regionali o locali, che esercitano attività amministrativa in forma privatistica, non anche le società destinate a gestire servizi pubblici locali che esercitano attività d'impresa di enti pubblici, essendo posto, come sancito dalla Corte Costituzionale con sentenza n. 328 del 2008, al fine di 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 essa possa godere in quanto pubblica amministrazione. (Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 29/12/2011 n. 6974)

Il legislatore, quindi, se pur da un lato ha consentito e legittimato le società strumentali dall'altro ha posto, quale divieto, non solo l'esercizio di attività diverse da quelle classificabili come strumentali rispetto alle finalità dell'ente pubblico, ma anche vietando la partecipazione delle società strumentali ad altre società. In effetti, l'alterazione della libera concorrenza può realizzarsi anche in via mediata, ossia fruendo dei vantaggi derivanti dall'investimento del capitale di una società strumentale in altro soggetto societario costituito con finalità neppure indirettamente strumentali, ma anzi intrinsecamente imprenditoriali. Tale principio si evince in particolare dalla decisione n. 326 del 2008 della Corte costituzionale, che ha ritenuto il divieto imposto alle società strumentali di detenere partecipazioni in altre società volto ad evitare che le società in questione svolgano indirettamente, attraverso proprie partecipazioni o articolazioni, attività loro precluse. Divieto, peraltro, che la Corte ha ritenuto non esteso alla detenzione di qualsiasi partecipazione o alla adesione a qualsiasi ente, bensì circoscritto alla detenzione di partecipazioni in società o enti che operino in settori preclusi alle società stesse.

Sono applicabili alle società controllate da società strumentali e costituite con capitale di queste gli stessi limiti che valgono per le società controllanti, ove si tratti di attività inerenti a settori precluse a queste ultime. Infatti, l'utilizzazione di capitali di una società strumentale per partecipare, attraverso la creazione di una società di terzo grado, a gare ad evidenza pubblica comporterebbe, sia pure indirettamente, l'elusione del divieto di svolgere attività diverse da quelle consentite a soggetti che godano di una posizione di mercato avvantaggiata. Né può costituire valido argomento a contrario la previsione dello scorporo di attività non più consentite alle società strumentali di cui al c. 3 dell'art. 13 del "Decreto Bersani", dovendosi tale disposizione intendere nell'unico senso compatibile con il divieto imposto alle società strumentali di partecipare ad enti, sancito dal comma 1 del medesimo articolo e cioè come volta a costituire un nuovo soggetto societario, destinato a concorrere in pubbliche gare per lo svolgimento di un servizio di interesse generale, che non comporti l'intervento finanziario dell'ente strumentale. (Cons. Stato, Adunanza Plenaria, 4/8/2011 n. 17).

Espressa conferma di tanto si rinviene nella circostanza che l'obbligo di cessione a terzi delle società e delle partecipazioni vietate, abrogato dalla l. finanziaria 2007 (art.1, c. 720, l. 27 dicembre 2006, n. 296), è stato poi ripristinato dalla l. finanziaria 2008 (l. 24 dicembre 2007, n. 244, art. 3, c. 29), con la previsione di un termine di adempimento più volte prorogato, da ultimo con l'art. 71, co.1, lett.e) della l. 18 giugno 2009, n. 69.

CONCLUSIONI

Presupposto di base fondamentale è la qualificazione del servizio di cui l'Ente locale assume la partecipazione e/o che svolge a mezzo di propria società

Ed infatti, la prima condizione per una partecipazione da parte di un Ente pubblico è che sia di interesse generale. Giova, infatti rammentare il disposto di cui all'art 3 L.n. 244/2007 secondo cui l'Ente locale non può detenere, acquisire e mantenere partecipazioni che non rispondano a fini dell'Ente stesso, la norma, quindi, offre la qualificazione dei servizi che l'Ente può decidere di gestire.

Soccorre, sul punto, la definizione offerta nel Parere del Comitato economico e sociale riguardante *“I servizi di interesse generale”* (1999/C 368/17)

“1.3. I servizi di interesse generale si caratterizzano essenzialmente in base all'oggetto della loro attività. Questa deve soddisfare un bisogno generale e “fondamentale” dei membri della collettività, vale a dire di un gruppo di persone tra le quali esistono relazioni di uguaglianza e solidarietà. Nel valutare i bisogni della collettività viene accordata notevole libertà agli Stati membri, affinché definiscano essi stessi gli obiettivi della politica nazionale. La giurisprudenza della Corte di giustizia della Comunità europea ha riconosciuto che la sicurezza, la difesa, la protezione e/o la coesione sociale della collettività, inter alia, rappresentano bisogni di questo tipo.

1.4. I servizi d'interesse generale debbono rispondere a bisogni come l'istruzione, la salute, le comunicazioni, l'informazione, le forniture d'acqua potabile, i trasporti, i quali rivestono un'importanza essenziale per la protezione delle libertà fondamentali delle persone e migliorano la vita sociale. Si tratta di attività socioeconomiche che in generale non vengono lasciate al solo operare del mercato, in quanto esistono forme d'intervento delle amministrazioni per regolarle e controllarle.”

L'espressione servizi di interesse generale, quindi, è più ampia di quella servizi di interesse economico generale e come espressamente riportato nel Libro verde sui servizi di interesse generale (COM/2003/0270) l'espressione si riferisce *“...a servizi di natura economica che, in virtù di un criterio di interesse generale, gli Stati membri o la Comunità assoggettano a specifici obblighi di servizio pubblico. Il concetto di servizi di interesse economico generale riguarda in particolare alcuni servizi forniti dalle grandi industrie di rete quali i trasporti, i servizi postali, l'energia e la comunicazione. Tuttavia, il termine si estende anche a qualsiasi altra attività economica soggetta ad obblighi di servizio pubblico. Soprattutto si evidenzia come le espressioni “servizio di interesse generale” e “servizio di interesse economico generale” non devono essere confuse con il termine “servizio pubblico”. Quest'ultimo ha contorni meno netti: può avere significati diversi, ingenerando quindi confusione. In alcuni casi, si riferisce al fatto che un servizio è offerto alla collettività, in altri che ad un servizio è stato attribuito un ruolo specifico nell'interesse pubblico e in altri ancora si riferisce alla proprietà o allo status dell'ente che presta il servizio. Pertanto, questo termine non è utilizzato nel Libro verde.”*

Fermo quanto precede si pone il problema della gestione di un servizio che possa essere di interesse generale (vendita di gas e/o di energia elettrica); di un servizio pubblico locale (igiene urbana), di un servizio strumentale (manutenzione ordinaria custodia immobili comunali).

L'art 4 DL 138/2011, così come emendato dal DL n. 1/2012, consente fundamentalmente alle pp.aa. di muoversi lungo un duplice binario: la esternalizzazione del servizio (che diviene anche criterio di premialità attraverso un giudizio di virtuosità dell'Ente) o l'affidamento diretto a società mista con selezione pubblica del partner privato, con una partecipazione non inferiore al 40%;

L'affidamento in *house* è contemplato in ipotesi oramai residuali ossia per i servizi di importo non superiore a 200.000,00 euro, con la conseguenza che soltanto piccoli servizi potranno essere gestiti in *house*, fermo comunque restando il rispetto e dunque la sussistenza dei requisiti posti dall'ordinamento comunitario, cioè il controllo analogo e l'attività prevalente. Nemmeno i piccoli comuni potranno gestire in *house* posto il divieto di cui all'art 14 comma 32 DL n, 7872010 che vieta il mantenimento e l'acquisto e di gestioni societarie ai Comuni con popolazione inferiore ai 30.000 abitanti.

Non resta quindi all'Ente locale che procedere o all'affidamento tramite selezione pubblica oppure alla costituzione di una società mista. Nei limiti e con i presupposti di cui innanzi,(oggetto sociale individuato già nell'atto costitutivo e con divieto di ampliamento durante la gestione del servizio, compiti operativi ben definiti, socio privato a tempo, partecipazione e societaria non inferiore al 40%). Giova inoltre evidenziare come il modulo della società mista consentirebbe alle amministrazioni di evitare il rispetto dell'obbligo del Patto di stabilità, del computo delle spese del personale, ed in parte delle assunzioni e delle procedure ad evidenza pubblica per l'acquisto di beni e servizi.

Tali obblighi rivengono da norme relative alle società pubbliche tout court, cioè interamente partecipate dall'Ente, con la conseguenza che, la partecipazione del privato introduce nella compagine societaria quell'elemento estraneo al fine pubblicistico, che consente alle società di affrancarsi in qualche misura dall'insieme di regole valide per le partecipate al 100% di mano pubblica.

Discorso differente meritano i servizi strumentali disciplinati, come già rilevato dall'art 13 DL Bersani per il quali è consentito l'affidamento *in house* svincolato da rigidi ed angusti limiti di cui al predetto art 4 e s.m.. Ciò vuol dire che l'Ente locale, sempre e comunque in presenza dei requisiti posti dall'ordinamento comunitario, ancorchè non richiamati espressamente dall'art 13 cit. e, comunque, salvaguardando il profilo dell'economicità possono procedere all'affidamento diretto.

Tuttavia anche per il servizi strumentali valgono alcuni limiti, ossia l'esclusività dell'oggetto sociale ed il divieto svolgere servizi per altri enti locali.

Differente ancora la disciplina per i restanti tipi di attività, che possono essere ricomprese tra i servizi di interesse generale tra cui rientrano a pieno titolo le attività definibili come commerciali, si considerino la vendita del gas e/o dell'energia elettrica.

Occorre considerare come tali servizi non possono comunque essere affidati *in house*, e, ove l'Ente locale valuti di voler assumere partecipazioni azionarie in tali settori dovrà determinarsi, quale unica alternativa praticabile, a costituire una società di tipo misto, con selezione pubblica del partner privato.

Ed infatti l'affidamento *in house* è strettamente consentito per i servizi pubblici locali nell'unica ipotesi prevista dall'art 4 cit. al di fuori di tali ipotesi, ossia per i servizi di interesse generale non potrebbe invocarsi, onde giustificare l'applicabilità dell'*in house*, la circostanza che l'ordinamento comunitario lo consenta. Ed infatti, costituendo tale modulo organizzativo un'eccezione al principio della gara quale modalità ordinaria di affidamento della gestione dei servizi, l'eccezione deve essere espressamente consentita in casi di stretta interpretazione, diversamente il principio comunitario resta inapplicabile. In tal senso si è espressa la giurisprudenza comunitaria e nazionale (Corte Giust. CE, 6 aprile 2006, i causa -410/04; Corte Cost. 17 novembre 2010, n. 325).

Infine, vuole, altresì evidenziarsi, come l'impossibilità di fatto di continuare ad avvalersi del modulo *in house providing* risolve l'annoso problema di conciliare le norme pubblicistiche (controllo analogo, in particolare) e la cogenza delle regole civilistiche, in specie, societarie che presiedono alla attività delle società. Così come previste dal codice civile.

E' sempre stato, infatti, assai arduo per gli operatori cercare una stabile convivenza tra disposizioni normative spesso antinomiche. La vera contraddizione consiste infatti nel considerare al contempo una s.p.a. regolata da norme civilistiche quale un ufficio proprio dell'Ente.

Tale contrasto, si è finalmente risolto.

Le società miste, in ragione della partecipazione privata, sfuggono al requisito del controllo analogo, e benché, comunque soggette, in parte al regime pubblicistico legato alla partecipazione dell'Ente pubblico consentono una convivenza con le regole civilistiche indubbiamente più "pacifica"

I LIMITI DELLE SOCIETA' PUBBLICHE

SPESE DEL PERSONALE

Il D.L. 25-6-2008 n. 112, all'art 76, rubricato Spese di personale per gli enti locali e delle camere di commercio prevede :” E' fatto divieto agli enti nei quali l'incidenza delle spese di personale è pari o superiore al 50 per cento delle spese correnti di procedere ad assunzioni di personale a qualsiasi titolo e con qualsivoglia tipologia contrattuale; i restanti enti possono procedere ad assunzioni di personale a tempo indeterminato nel limite del 20 per cento della spesa corrispondente alle cessazioni dell'anno precedente. Ai fini del computo della percentuale di cui al periodo precedente si calcolano le spese sostenute anche dalle società a partecipazione pubblica locale totale o di controllo che sono titolari di affidamento diretto di servizi pubblici locali senza gara, ovvero che svolgono funzioni volte a soddisfare esigenze di interesse generale aventi carattere non industriale, nè commerciale, ovvero che svolgono attività nei confronti della pubblica amministrazione a supporto di funzioni amministrative di natura pubblicistica. La disposizione di cui al precedente periodo non si applica alle società quotate su mercati regolamentari. Per gli enti nei quali l'incidenza delle spese di personale è pari o inferiore al 35 per cento delle spese correnti sono ammesse, in deroga al limite del 20 per cento e comunque nel rispetto degli obiettivi del patto di stabilità interno e dei limiti di contenimento complessivi delle spese di personale, le assunzioni per turn-over che

consentano l'esercizio delle funzioni fondamentali previste dall'articolo 21, comma 3, lettera b), della legge 5 maggio 2009, n. 42.

Da tale previsione in poi la giurisprudenza contabile si è via via assestata sul principio in base al quale il costo del personale delle società in *house* rientra a pieno titolo nella voce costo del personale dell'Ente. Di recente è intervenuta un'importante pronuncia (Corte dei conti, Adunanza Generale, deliberazione n. 14 del 28/12/2011) che chiarisce la portata ed i limiti di tale previsione normativa.

RIFERIBILITA' SOGGETTIVA

Individua essenzialmente quali sono le società cui si estende tale principio, circoscrivendole alle società a partecipazione pubblica locale, totale o di controllo, che sono titolari di affidamento diretto, senza gara, di servizi pubblici locali, ovvero che svolgono funzioni volte a soddisfare esigenze di interesse generale aventi carattere non industriale, né commerciale, ovvero che svolgono attività nei confronti della pubblica amministrazione. Non sono ricomprese le società quotate su mercati regolamentari.

L'esclusione delle società che hanno ricevuto l'affidamento della gestione di servizi pubblici locali con procedura competitiva è basata sul presupposto che la gara può assicurare la presenza dei requisiti di economicità, efficienza ed efficacia necessari all'attuazione del "buon andamento", posto dalla Costituzione con l'art. 97, mediante il confronto competitivo sul mercato e la verifica della congruità dei costi, soprattutto in materia di personale.

Quanto alla qualità della partecipazione la Sezione ha ritenuto che il concetto di "partecipazione totalitaria o controllo", richiamato dalla norma, debba riferirsi alle società partecipate al 100% da un ente pubblico o da più enti pubblici congiuntamente, nonché alle società che presentano le caratteristiche di cui all'art. 2359, co. 1, nn. 1 e 2, codice civile.

IL METODO DI COMPUTO

Il metodo individuato dalla Corte dei Conti con la deliberazione n. 14 del 28/12/201 include le spese di personale delle aziende fra quelle dell'Ente senza toccare il denominatore della frazione (numeratore: spesa del personale; denominatore: spesa corrente). Dei costi del personale risultanti dal bilancio delle società partecipate, occorre calcolare la quota relativa ai ricavi per corrispettivi pagati dal Comune attraverso la seguente proporzione: Ricavi da corrispettivo : Valore della produzione = Costo del personale imputabile all'Ente (incognita) : Costo del personale (voce rinvenibile da Bilancio).

Nel caso di ricavi derivanti da tariffe collegate all'utenza dell'Ente, è possibile sommare questi a quelli per corrispettivi ai fini del calcolo di cui sopra.

Occorre, quindi, verificare, in base ai dati delle aziende la percentuale di incidenza del costo del personale sulle spese correnti. Dopo tale verifica si potrà quantificare la somma che potrà eventualmente essere destinata per il 2012 ad incremento della spesa del personale delle diverse aziende, in modo da consentire al Socio di comunicare tale dato alle aziende ai fini della corretta programmazione del 2012 attraverso le relazioni previsionali.

Ne deriva che il calcolo sarà necessariamente diverso in ragione del diverso tipo delle società partecipate.

A titolo esemplificativo per una società che svolge servizi strumentali il calcolo viene effettuato inserendo per intero la voce di bilancio “costi del personale” in quanto l’Ente affidante è l’unico committente stante il vincolo di esclusività;

Per una società che espleta servizi pubblici economici locali dovranno considerarsi i costi del personale in proporzione ai ricavi della produzione a cui tali costi sono imputabili. Sono considerati, quindi, sia i ricavi da corrispettivo, che quelli da tariffe ove la società che svolga un servizio a tariffa si pensi alle società che gestiscono servizio di trasporto urbano, di sosta ..

Fattispecie ancora diversa per una società che gestisce *in house* un servizio che non è soggetto a corrispettivo si consideri la concessione di distribuzione di gas naturale che ne risulta esclusa in quanto è soggetta a convenzione e non presenta ricavi da corrispettivi erogati dall’Ente, ovvero da tariffe legate all’utenza dell’Ente.

ACQUISTI DI BENI E SERVIZI

Come già evidenziato, il comma 15 dispone l’assoggettabilità delle società *in house* e delle società miste alle disposizioni contenute nel dl.gs n. 163/2006 in materia di acquisto di beni e servizi. Anche tale principio era stato pienamente recepito dall’art 6 del DPR n. 168/20

Il comma 16 dell’art 4 Dl n. 138/2011 prevede il richiamo al disposto di cui all’art.32 del DL.gs. n. 163/2006, pure contemplata dall’art. 6 dell’abrogato Regolamento, ossia la possibilità per le società miste di non applicare le disposizioni del codice, limitatamente alla realizzazione dell’opera pubblica o alla gestione del servizio per i quali sono state specificamente costituite, se ricorrono le seguenti condizioni:

1) la selezione del socio privato avviene mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento e proporzionalità, le quali abbiano avuto ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l’attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio e che al socio sia attribuita una partecipazione non inferiore al 40 per cento (art. 23 bis, comma 2, lett. b), del d.l. n.112/2008 e ss.mm.);

2) il socio privato ha i requisiti di qualificazione previsti dal d.lgs. n. 163/2006 in relazione alla prestazione per cui la società è stata costituita;

3) la società provvede in via diretta alla realizzazione dell’opera o del servizio, in misura superiore al 70% del relativo importo.

Dal che deriva che, nell’ipotesi in cui la gara abbia avuto per oggetto solamente la qualità di socio e, quindi, non anche l’attribuzione al socio privato di specifici compiti operativi, la società mista sarà pur sempre legittimamente costituita, ma **non** andrà esente dall’applicazione del codice dei contratti pubblici.

ASSUNZIONE DEL PERSONALE

Al comma 17 si prevede che a partire dal 2008 le procedure per l'assunzione del personale delle società *in house* affidatarie di servizi pubblici locali ed anche delle società miste sono divenute attività di carattere pubblicistico.

Tale orientamento è sancito dal legislatore nell'art. 18 del d.l. n. 112/2008 e ss.mm., nonché ripreso dal vigente art. 4.

11. CONCLUSIONI

I limiti più stringenti per le società pubbliche sono costituiti da:

Le modalità di assunzione del personale

Il computo delle spese del personale nelle spese del personale dell'Ente

L'acquisto di beni e servizi.

Il rispetto totale e/o parziale di tali limitazioni è condizionato dalla tipologia dei servizi e in ragione della partecipazione pubblica totalitaria o mista.

Ciò posto, si precisa quanto segue:

Per quanto attiene le modalità di **assunzione del personale** mentre il primo comma dell'art 18 L.n. 133/2008 si riferisce espressamente alle società che gestiscono servizi pubblici locali a rilevanza economica il secondo comma prevede che *“Le altre società a partecipazione pubblica totale o di controllo adottano, con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi nel rispetto dei principi, anche di derivazione comunitaria, di trasparenza, pubblicità e imparzialità”*.

Pertanto queste ultime società pur non essendo espressamente obbligate alle modalità di cui al comma 3 dell'articolo 35 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, non sono comunque completamente esonerate dal rispetto di principi pubblicistici. Si potrebbe, quindi, affermare che esse soggiacciono ad un regime pubblicistico temperato.

Società al 100% che gestiscono servizi pubblici locali di rilevanza economica:

Soggezione alla normativa pubblicistica per le assunzioni: **SI**

Soggezione alla normativa pubblicistica per l'acquisto di beni e/o servizi: **SI**

Computo delle spese del personale nelle spese del personale dell'Ente : **SI**

Società miste che gestiscono servizi pubblici locali di rilevanza economica/ e/o strumentali:

Soggezione alla normativa pubblicistica per le assunzioni: **SI**

Soggezione alla normativa pubblicistica per l'acquisto di beni e/o servizi: **SI ove non ricorrano le condizioni di cui al comma 16 art 4 Dl n. 138/2011**

Computo delle spese del personale nelle spese del personale dell'Ente: **NO**

Società al 100% pubbliche che gestiscono servizi strumentali:

Soggezione alla normativa pubblicistica per le assunzioni: Regime pubblicistico temperato (II Co. Art 18 L n. 133/2008)

Soggezione alla normativa pubblicistica per l'acquisto di beni e/o servizi: **SI**

Computo delle spese del personale nelle spese del personale dell'Ente: **SI**

Società al 100% pubbliche che gestiscono servizi di interesse generale commerciale:

Soggezione alla normativa pubblicistica per le assunzioni: Regime pubblicistico temperato (II Co. Art 18 L n. 133/2008)

Soggezione alla normativa pubblicistica per l'acquisto di beni e/o servizi: **NO**

Computo delle spese del personale nelle spese del personale dell'Ente: **NO**