

## SCHEMA DI ALCUNI ISTITUTI PER LA GESTIONE DEI SERVIZI PUBBLICI E BREVI NOTE A CORREDO, ANCHE CON RIFERIMENTI ALLA FINANZIARIA 2008.

### IN HOUSE PROVIDING

Per la giurisprudenza comunitaria - C. Giust. Ce. 18.11.1999 (Teckal) - il rapporto in house legittima l'affidamento diretto, senza previa gara, del servizio di un ente pubblico ad una persona giuridica distinta se:

- l'ente vi esercita un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi;
- il soggetto giuridico distinto realizza la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti che la controllano.

L'affidamento diretto di un servizio pubblico viene consentito, quindi, quando l'ente può avvalersi di una società esterna qualificabile come "derivazione" od "articolazione" dell'ente stesso.

Vale a dire in presenza di un modello di organizzazione meramente interno, qualificabile come "delegazione interorganica".

L'istituto deroga ai principi di trasparenza, non discriminazione e concorrenza sotto duplice profilo:

- sottrae al libero mercato quote di contratti pubblici, nei confronti dei quali le imprese ordinarie vengono escluse;
- attribuisce all'affidataria un ingiusto privilegio, garantendole l'acquisizione di contratti.

Il tutto si traduce nella creazione di posizioni di vantaggio economico che l'impresa in house può sfruttare anche nel mercato, nel quale si presenta come "particolarmente competitiva", con conseguente alterazione della par conditio (sul punto si veda Cons. Giust. Amm. Reg. sic. 4 settembre 2007 n. 719).

L'istituto viene pertanto ritenuto ammissibile solo nel rispetto di alcune rigorose condizioni individuate dalla giurisprudenza comunitaria ed elaborate anche da quella nazionale, per eliminare o ridurre i suddetti inconvenienti e per garantire che l'istituto permanga quale forma di organizzazione della P.A. per la "autoproduzione di beni, servizi o lavori".

1. Il cosiddetto "controllo analogo a quello svolto sui propri servizi", che l'ente pubblico deve necessariamente esercitare nei confronti dell'impresa affidataria;

2. Il rapporto di stretta strumentalità fra le attività dell'impresa "in house" e le esigenze pubbliche che l'ente controllante è chiamato a soddisfare (c.d. "destinazione prevalente della attività").

I requisiti dell'in house providing, costituendo una eccezione alle regole generali del diritto comunitario, vanno interpretati **RESTRITTIVAMENTE** (cfr. C.giust. Ce, 6.4.2006; CdS, sez. II, parere n. 456/2007).

**La sussistenza del "controllo analogo" viene esclusa in presenza di una compagine societaria composta anche da capitale privato.**

La partecipazione, anche minoritaria, di una impresa privata al capitale della società esclude che la P.A. possa esercitare su detta società un "controllo analogo" a quello svolto sui propri servizi (C.giust. Ce 11.1.2005, Stadt Halle, confermata da C.giust.Ce, sez. II, 19.4.2007). Occorre, quindi, che l'ente posseda l'intero pacchetto azionario della società affidataria.

Tuttavia, la partecipazione pubblica totalitaria è condizione necessaria ma non sufficiente, servendo maggiori strumenti di controllo da parte dell'ente rispetto a quelli previsti dal diritto civile (CdS, VI, 1.6.2007 n.2932).

In particolare:

- a) Lo statuto della società **non** deve consentire che una quota del capitale sociale, anche minoritaria, possa essere alienata a soggetti privati (CdS, V, 30.8.2006 n. 5072);
- b) Il consiglio di amministrazione della società **non** deve avere rilevanti poteri gestionali e all'ente pubblico controllante deve essere consentito esercitare poteri maggiori rispetto a quelli che il diritto societario riconosce normalmente alla maggioranza sociale (CdS, VI, 3.4.2007 n.1514);
- c) l'impresa **non** deve avere acquisito una vocazione commerciale che rende precario il controllo dell'ente pubblico e che risulterebbe, tra l'altro: dall'ampliamento dell'oggetto sociale; dall'apertura obbligatoria della società, a breve termine, ad altri capitali; dall'espansione territoriale della società a tutta l'Italia ed all'estero (C.giust. Ce. 13.10.2005 - Parking Brixen);
- d) le decisioni più importanti devono essere sottoposte al vaglio **preventivo** dell'ente affidante (CdS, V, 8.1.2007 n. 5).

**In conclusione: non basta il controllo societario totalitario ma occorre anche una influenza determinante da parte del socio o dei soci pubblici sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti.**

Da ultimo, è stato ritenuto essenziale il concorso dei seguenti ulteriori fattori, in quanto idonei a concretizzare una forma di controllo effettiva, e non solo formale o apparente (Cons. giust. amm. reg. sic. 4.9.2007 n. 719):

- a) il controllo del bilancio;
- b) il controllo sulla qualità della amministrazione;
- c) la spettanza di poteri ispettivi diretti e concreti;
- d) la totale dipendenza in tema di strategie e politiche aziendali.

**La comunità europea non esclude la gestione in house per tutti gli enti pubblici, a differenza della giurisprudenza nazionale, che richiede una norma specifica per avvalersi dell'istituto** (da cui deriva, ad esempio, la ammissibilità dello stesso per la gestione dei servizi pubblici locali, ma non per la realizzazione di opere pubbliche, allo stato delle norme nazionali).

#### **LA SOCIETA' MISTA**

L'istituto rientra nel concetto di partenariato pubblico privato (PPP), la cui codificazione risale al "Libro Verde" della Commissione Ce relativo al PPP ed al diritto comunitario degli appalti e delle concessioni, presentato il 30.4.2004.

Il termine Ppp si riferisce in generale a "forme di cooperazione tra le autorità pubbliche ed il mondo delle imprese che mirano a garantire il finanziamento, la costruzione, il rinnovamento, la gestione o la manutenzione di una infrastruttura o la fornitura di un servizio", rese necessarie dalla difficoltà della P.A. di reperire le risorse necessarie per l'opera od il servizio per la collettività.

La Commissione ha individuato 2 tipi di Ppp:

1. Il Ppp di tipo "puramente contrattuale" è quello basato esclusivamente su legami contrattuali fra vari soggetti, che definiscono vari tipi di operazioni (progettazione, finanziamento, realizzazione, rinnovamento, sfruttamento, ecc. ). I modelli di questo tipo più conosciuti sono l'appalto e la concessione.

2. Il Ppp di tipo "istituzionalizzato" sono quelli che implicano una cooperazione tra il settore pubblico ed il settore privato in seno ad una entità distinta, detenuta congiuntamente, la quale ha la "missione" di assicurare la fornitura di un'opera o di un servizio a favore del pubblico. Il modello di questo tipo più conosciuto è la società mista.

La Commissione europea tende ad assimilare le due tipologie, e quindi a ritenere applicabile ad entrambe "il diritto comunitario degli appalti pubblici e delle

concessioni”, con la conseguente necessità , pur in assenza di norme specifiche, di applicare i principi del Trattato sulla libera prestazione dei servizi e sulla libertà di stabilimento, nonché i principi di trasparenza, non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e reciproco riconoscimento.

La necessità di ricorrere a procedure selettive per la scelta del partner privato con il quale costituire la società mista costituisce una regola ormai acquisita nell’ordinamento interno.

Lo stesso “Libro verde” precisa che la Ppp va senz’altro favorita ma non può rappresentare un modo per eludere la disciplina della concorrenza.

Il D-lgs. 163/2006 all’art. 1 comma 2 prescrive :

“Nei casi in cui le norme vigenti consentono la costituzione di società miste per la realizzazione e/o gestione di un’opera pubblica o di un servizio, la scelta del socio privato avviene con la procedura di evidenza pubblica. “ (cfr. sul punto anche il parere del CdS n. 456/2007).

Il Consiglio di Stato con il parere n. 456/2007 ha definito lo schema dell’appalto e quello della società mista come fungibili. In altri termini, la gestione di un servizio può essere indifferentemente affidata con apposito contratto di appalto o con lo strumento alternativo del contratto di società, costituendo apposita società a capitale misto.

Il CdS **non** ritiene ammissibile l’affidamento diretto dei servizi al “socio industriale” o “socio operativo” nel caso delle società c.d. “aperte”: nelle quali il socio non viene scelto per finalità definite , ma soltanto come partner per una società “generalista”, alla quale affidare direttamente l’erogazione di servizi non ancora identificati al momento della scelta del socio, e con lo scopo di svolgere anche attività extra moenia.

**Il CdS ritiene ammissibile il ricorso alla società mista quando questa costituisca la modalità organizzativa con la quale l’amministrazione controlla l’affidamento disposto con gara al “socio industriale od operativo” della società.**

**Occorre, peraltro:**

- **una specifica previsione legislativa che ne fondi la possibilità (come ad es. 113 tueell, che però è dubbio si applichi nel vs. caso);**
- **motivate ragioni di convenienza ed opportunità;**
- **la scelta del socio a mezzo gara (cfr. art.1 c.2 Dlgs 163/2006).**

Secondo il Consiglio di Stato occorre, altresì, effettuare una gara che, unitamente alla scelta del “socio industriale od operativo”, che concorra materialmente allo svolgimento del servizio pubblico o di fasi dello stesso, definisca anche l’affidamento del servizio operativo.

Occorre, inoltre, che si preveda un rinnovo della procedura di selezione “alla scadenza del periodo di affidamento”, evitando così che il socio diventi “socio stabile”. Negli atti di gara occorrerebbe, quindi, prevedere le modalità per l’uscita del socio stesso e per la liquidazione della sua posizione

L’Adunanza Plenaria n.1 /2008 definisce l’attuale modello sulla base dello stato della normativa e della giurisprudenza comunitaria ma riconosce che non può ancora parlarsi di “soluzione univoca” né di “modello definitivo” (*ad esempio, si potrebbe ritenere che per i servizi privi di rilevanza industriale sia sufficiente il rispetto dei principi del Trattato, vale a dire procedure adeguate a garantire la pubblicità, la partecipazione e la trasparenza*).

La comunicazione della Commissione Europea sulla “applicazione del diritto comunitario su appalti e concessioni alle società miste pubblico – private” (C-2007/6661) ha ribadito che “Le direttive sugli appalti e i principi comunitari devono comunque essere rispettati quando si tratta di affidare altri contratti diversi da quelli oggetto della gara per la creazione della spa mista.”.

**Anche in questo caso, per la legislazione nazionale occorre una specifica norma di riferimento per avvalersi dello strumento. Nel caso di specie, nel settore dei beni di interesse culturale vi è la specifica previsione dell’art. 115 del d.lgs. 42/2004, di cui si dirà oltre.**

#### **IL C.D. DECRETO BERSANI**

L’art. 13 del d.l. 223/2006 convertito con modificazioni dalla L 248/2006 riguarda:

- le società pubbliche o miste,
- costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali,
- per la produzione di beni e servizi strumentali alla attività di tali enti, in funzione della loro attività,
- con esclusione dei servizi pubblici locali.

Dette società :

- **devono operare esclusivamente con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti** (regola della esclusività rispetto alla regola della prevalenza della gestione in house);
- **non possono svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, né in affidamento diretto né con gara;**
- **non possono partecipare ad altre società o enti;**
- **sono ad oggetto sociale esclusivo.** Ciò non esclude le società c.d. multiutilities, ma rafforza la regola della esclusività, volta ad evitare che dopo l'affidamento, la società possa andare a fare attività ulteriori e diverse (Parere CdS n. 456/2007 e sentenza n.322/2007).

Oggetto di questa normativa sono le società che sono state costituite come modello fungibile rispetto all'affidamento di un appalto di servizi (e le loro controllate e partecipate).

Non sono soggette a questa normativa le società costituite ai sensi e per gli effetti dell'art. 113 T.U.EE.LL., rivolte alla gestione dei servizi pubblici locali.

Detta normativa non dovrebbe applicarsi alla fattispecie, salva l'ipotesi di costituire una società partecipata dagli enti locali proprietari che abbia ad oggetto servizi strumentali degli stessi.

#### **L 24.12.2007 n. 244 - Legge Finanziaria 2008**

##### **Art. 2 comma 28 :**

Al fine di semplificare la varietà e la diversità delle forme associative comunali e del processo di riorganizzazione sovracomunale dei servizi, delle funzioni e delle strutture, ad ogni amministrazione comunale è consentita l'adesione ad una unica forma associativa per ciascuna di quelle previste dagli artt. 31, 32 e 33 del t.u.ee.ll.

( consorzi : art. 31 commi 1 e 6 tueell : Gli enti locali per la gestione associata di uno o più servizi e l'esercizio associato di funzioni possono costituire un consorzio secondo le norme previste per le aziende speciali di cui all'art. 114, per quanto compatibili. ....Tra gli stessi enti locali non può essere costituito più di un consorzio.).

(unioni di comuni :art. 32 comma 1: Le unioni di comuni sono enti locali costituiti da due o più comuni, di norma contermini, allo scopo di esercitare congiuntamente una pluralità di funzioni di loro competenza).

(esercizio associato di funzioni e di servizi da parte dei comuni : art. 33 comma 2 (stralcio): Nell'ambito della previsione regionale, i comuni esercitano le funzioni in

forma associata, individuando autonomamente i soggetti , le forme e le metodologie, entro il termine temporale indicato dalla legislazione regionale).

A far tempo dal 30 settembre 2008, se permane l'adesione multipla :

- ogni atto adottato dalla associazione tra comuni è nullo;
- ed è altresì nullo ogni atto attinente alla adesione o allo svolgimento di essa da parte dell'amministrazione comunale interessata.

Fanno eccezione le disposizioni di legge in materia di organizzazione e gestione del servizio idrico integrato e del servizio di gestione dei rifiuti. La norma fa salve altresì le adesioni ai consorzi istituiti o resi obbligatori da leggi nazionali e regionali.

**Art. 3 comma 27 :**

Al fine di tutelare la concorrenza e il mercato, le amministrazioni di cui all'art. 1 c. 2 del d.lgs. n. 165/2001 (vale a dire tutte le amministrazioni dello Stato, fra cui ricomprenderei anche i Parchi nazionali):

- non possono costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi non strettamente necessari per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali;
- inoltre, non possono assumere o mantenere, direttamente o indirettamente partecipazioni, anche di minoranza, in tali società.

**E' sempre ammessa la costituzione di società che producono servizi di interesse generale e l'assunzione di partecipazioni in tali società, nell'ambito dei rispettivi livelli di competenza.**

**Art. 3 comma 28 :**

**L'assunzione di nuove partecipazioni ed il mantenimento delle attuali devono essere autorizzati dall'organo competente con delibera motivata in ordine alla sussistenza dei presupposti di cui sopra.**

**Art. 3 comma 29 :**

Entro 18 mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge (30.6.2009), le amministrazioni interessate cedono a terzi le società e le partecipazioni vietate nel rispetto delle procedure ad evidenza pubblica.

**Art. 3 comma 30 :**

Le amministrazioni che costituiscono società o enti, comunque denominati, o assumono partecipazioni in società, consorzi o altri organismi, anche a seguito di processi di riorganizzazione, trasformazione o decentramento, e comunque nel rispetto del comma 27, sentite le organizzazioni sindacali per gli effetti derivanti sul personale, devono:

- adottare provvedimenti di trasferimento delle risorse umane, finanziarie e strumentali
- in misura adeguata alle funzioni esercitate
- e provvedere alla corrispondente rideterminazione della propria dotazione organica.

**Art. 3 comma 31 :**

Fino al perfezionamento dei provvedimenti di rideterminazione di cui sopra, le dotazioni organiche sono provvisoriamente individuate in misura pari al numero dei posti coperti al 31 dicembre dell'anno precedente alla istituzione o alla assunzione delle partecipazioni di cui sopra.

Si deve tenere conto anche dei posti per i quali alla stessa data risultino in corso di espletamento procedure di reclutamento, di mobilità o di riqualificazione del personale, diminuito delle unità di personale effettivamente trasferito.

\*\*\*

Le norme sopra riportate, si estendono anche agli enti pubblici non economici (cfr. paragrafo 3 : *è sempre ammessa la costituzione di società che producono servizi di interesse generale e l'assunzione di partecipazioni in tali società, nell'ambito dei rispettivi livelli di competenza*).

\*\*\*

## **L'AZIENDA CONSORTILE**

La normativa relativa alle aziende consortili è quella descritta all'art. 31 del T.U.EE.LL. La norma in verità è titolata "consorzi" ma i commenti evidenziano come le due figure siano assimilate. Cito in particolare stralcio del commento riportato in "L'ordinamento degli enti locali. Il Testo Unico (d.lgs. 267/2000) e le Leggi collegate" della Maggioli Editore (anno 2003, pagg. 350 ss.):

*"Ciò che in particolare contraddistingue il consorzio dall'azienda speciale è la gestione associata dei servizi tra più enti. L'azienda speciale è ente strumentale di un solo*

*ente...(...) Il consorzio, invece, viene costituito quando più enti vogliono gestire associatamente, quindi insieme, i servizi pubblici di loro pertinenza.*

*Non si ha quindi l'utilizzo dell'opera di una azienda da parte di enti che si convenzionano con il comune che ne è titolare, ma la creazione di un'azienda consortile, che fa riferimento al complesso degli enti che l'hanno costituita.*

*In sostanza, il consorzio può essere definito come un'associazione tra enti pubblici , per gestire in forma coordinata fra loro i servizi...(...).*

*Il comma 6 prevede che tra gli stessi enti non può essere costituito più di un consorzio . Si vuole così evitare un inutile proliferare di enti, ben potendo un singolo consorzio gestire una pluralità di servizi.”(cfr. opera cit. pagg. 357 e 358).*

L'art. 31 d.lgs. 267/2000 precisa che si applicano le norme previste per le aziende speciali di cui all'art. 114 stesso d.lgs. in quanto compatibili e che al consorzio possono partecipare altri enti pubblici , oltre agli enti locali, se autorizzati.

Non è prevista quindi la partecipazione di privati che, ove necessari, dovrebbero comunque soggiacere ad una selezione a mezzo di procedura di gara pubblica.

In quanto strumento per la gestione in comune di servizi e funzioni , l'azienda consortile è specificamente deputata all'espletamento tramite affidamento diretto dei servizi degli enti soci, per cui è stato costituito

Per quanto riguarda le aziende speciali ed i consorzi preposti alla gestione dei servizi di cui all'art. 113, vale a dire dei servizi a rilevanza industriale, con l'art. 35 comma 8 della L Finanziaria 2002 , l 448/2001 è stato introdotto l'obbligo per gli enti locali di trasformazione in società di capitali, con la procedura di cui all'art. 115 t.u.ee.ll.

**Nulla è previsto, invece, per i consorzi preposti alla gestione di attività prive di rilevanza economica e per i consorzi costituiti da enti pubblici diversi dagli enti locali.**

Milano, settembre 2008

Avv. Micaela Chiesa