

L'IN HOUSE PROVIDING: LA CESSIONE E LO SCORPORO DELLE "ATTIVITA' NON CONSENTITE" di cui all'art. 13 del decreto BERSANI



Sommario: Premessa. 1. Le società miste pubblico-private e le *corporate governance*. 2. L'art. 13 del decreto Bersani-Visco e le attività non consentite. 3. Considerazioni finali sugli affidamenti diretti.

Premessa

L'istituto dell'*in house providing* è stato oggetto di recenti dibattiti giurisprudenziali, e italiani e comunitari, in relazione alla contestata disciplina degli affidamenti diretti, e delle sue opinabili formule indirette, caratterizzata da un vuoto normativo che ha determinato non poche incertezze applicative per la normativa degli appalti pubblici.

Il percorso delle liberalizzazioni, seppur tormentato e, per certi aspetti, direi nebuloso, desta tuttora rilevanti preoccupazioni sull'adeguamento dell'interesse pubblico ai servizi ed attività strumentali degli enti, ma soprattutto delle società e dei gruppi concorrenti sul mercato nazionale ed europeo.

Prima di esaminare le novità salienti contenuti nell'art. 13 del decreto Bersani, D.L. 4.7.2006 n. 223, convertito con la legge 248/2006, e della più recente giurisprudenza comunitaria e italiana, giova preliminarmente delineare il quadro generale dell'istituto degli affidamenti in house.

Con l'*in house providing* o c.d. "gestione in proprio", s'intende quella fattispecie particolare con cui i servizi pubblici delle pubbliche amministrazioni vengono affidati a propri organismi interni, società ed altro, con procedure accelerate ad hoc, che evitano sia il ricorso al libero mercato, sia l'applicabilità della normativa di aggiudicazione degli appalti pubblici.^[1] Se ne deduce quindi, una deroga alle regole dell'evidenza pubblica e della concorrenza, nonché della restrizione al mercato della concorrenza.

Con tale istituto, si avverte preliminarmente una forte tensione fra l'esigenza di rispettare le regole della concorrenza, attraverso le forme degli organismi di diritto pubblico, e l'*in house providing* stesso, diretto ad assicurare alle pubbliche autorità "l'autonomia e l'autoproduzione dei servizi pubblici più convenienti da parte delle amministrazioni.

Nel nostro ordinamento, l'istituto in commento è stato spesso dibattuto a seguito del processo di riforma degli enti pubblici locali di cui all'art. 14 del d.l. 30 settembre 2003 n. 269^[2].

Successivamente alla novella, con la lettera c) del comma 5 dell'art. 113 del D.Lgs. n. 267/2000 si consente *"di conferire senza gara la titolarità del servizio ad una società a totale partecipazione pubblica a condizione che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano"*.

Con l'inserimento di tale norma, il principio dell'*in house providing* risulta essere contenuto nella sua pienezza, nel rispetto di quanto già elaborato dalla giurisprudenza comunitaria[3].

Ma la lettera c) non esaurisce tutte le ipotesi di affidamento diretto contemplate nella normativa sugli enti pubblici locali. Del medesimo tenore è l'art. 113-bis, comma 1, lett. c), per quanto riguarda l'affidamento diretto dei servizi pubblici privi di rilevanza economica, nonché l'art. 113, comma 4, lett. a), che regola il caso in cui gli enti locali decidano per la gestione delle reti, impianti e altre dotazioni tramite una società strumentale differente rispetto a quella di erogazione del servizio pubblico. Peraltro, il comma 15-bis dell'art. 113, in coerenza con il comma 5, lett. c), esclude dalla cessazione al 31 dicembre 2006 dei rapporti instaurati in passato senza il previo svolgimento di procedure ad evidenza pubblica le concessioni a suo tempo assegnate dagli enti locali soci in favore di società già in possesso delle caratteristiche dell'*in house*, che oggi limiterebbe un nuovo affidamento diretto di identico tenore.

Dunque, l'esame del giudice comunitario si è svolto sulla individuazione di due principi:

- dei confini del rapporto di delegazione interorganica presupposto dal "controllo analogo" e conseguentemente,
- del limite entro il quale non si è in presenza di un ricorso al mercato, ma di un'"autoproduzione" del servizio da parte della pubblica amministrazione.

In definitiva, la normativa degli appalti e delle concessioni non è applicabile nel caso in cui manchi un rapporto interorganico tra due soggetti, non essendoci la qualità di terzo alla controparte contrattuale dell'amministrazione aggiudicatrice. Tale delega interorganica, insieme con il rapporto di strumentalità rendono la vicenda del tutto "interna" alla pubblica amministrazione.

Dalle suesposte considerazioni dottrinali e giurisprudenziali, si avverte nel nostro attuale ordinamento una sorta di "nuova Pubblica Amministrazione" impegnata a soddisfare gli interessi pubblici in modo del tutto differente rispetto al formale e rituale diritto amministrativo, al controllo di legittimità e alle norme di contabilità pubblica, e riserve di legge.

Oggi la pubblica amministrazione ricorre ai sistemi e strumenti privatistici, che, pur dovendo perseguire interessi pubblici, organizza e regola il suo interno e senza dover ricorrere al mercato. Ed ecco una delle ragioni peculiari del ricorso all'*in house*, quale appunto mezzo residuale per la non applicazione della normativa degli appalti. Il soggetto *in house* utilizza i suoi strumenti e potenzialità operativi per dotarsi di quella organizzazione e competenza interne tali da assicurare alla collettività un servizio pubblico adeguato ed efficiente.

Sia in Italia che in Europa, attualmente, non vi è un'industrializzazione di alcuni settori, non vi sono le competenze professionali tecniche che possano controllare e rispondere al mercato e al territorio, che lascino paventare una esternalizzazione dei servizi pubblici, tali da poter ricorrere a delle formule trasparenti e competitive sul mercato.

Con gli sviluppi dell'argomento in esame, si potrebbero ben comprendere le ragioni dell'iter logico e applicativo nel nostro ordinamento interno, e le sue perplessità motivazionali negli ambienti societari privati nazionali ed europei[4].

1. Le società miste pubblico-private e le corporates governance

L'orientamento più recente del giudice comunitario, come noto, tende ad una restrizione dell'ambito di operatività dell'*in house*, evidenziando, seppur indirettamente, i punti nodali dell'istituto. Partendo da qualche dato positivo, l'affidamento in assenza di gara è giustificato dal fatto che l'attività di erogazione del servizio resti interno alla pubblica autorità; mentre, si potrà ricorrere alle procedure ad evidenza pubblica allorquando il servizio venga affidato ad un'entità giuridica distinta dall'amministrazione. Tale assunto risulta essere applicabile sia agli appalti che alle concessioni, aventi però, diverse fonti normative: i primi rinviengono dalle direttive, le seconde dalle norme del Trattato riguardanti la libertà di stabilimento, di trasparenza, di trattamento e non discriminazione.

Proseguendo invece, da qualche dato negativo, i limiti di affidamento in house, richiesti secondo la Corte di Giustizia sono: a. che l'amministrazione pubblica eserciti un controllo analogo a quello che l'amministrazione stessa può esercitare sui propri organi; b. che la società affidataria svolga prevalentemente, se non esclusivamente, la sua attività nei rapporti con quell'amministrazione.

Sebbene il predetto orientamento della Corte tende alla chiusura del cerchio dell'*in house providing*, e dunque alla restrizione del mercato, i principi di derivazione comunitaria e gli obiettivi dell'Unione Europea risultano avere qualche pensiero liberista e aperto al mercato e alla tutela della concorrenzialità fra imprese. Ed invero, il diritto comunitario ammette che la pubblica amministrazione disponga di un ambito di libertà tale per meglio rispondere alle necessità della collettività, così come statuito dal Trattato Ce, che, pur non contenendo disposizioni che definiscono il servizio pubblico, dall'altro prevede che le istituzioni comunitarie abbiano un atteggiamento neutrale nei suoi confronti. L'art. 295 (ex art. 222) del Trattato Ce stabilisce che "*il presente trattato lascia del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri*". Anche l'art. 86 (ex art. 90) è dello stesso tenore letterale, allorquando statuisce al primo considerando, che "*Gli Stati membri non emanano né mantengono, nei confronti delle imprese pubbliche e delle imprese cui riconoscono diritti speciali o esclusivi, alcuna misura contraria alle norme del presente trattato, specialmente a quelle contemplate dagli art. 12 e da 81 a 89 inclusi....*"[5].

Sulla base di tali norme comunitarie e delle istituzioni, si è più volte ribadito, anche in numerosi documenti e comunicazioni, che al contrasto fra l'apertura a mercato e gli interessi collettivi possa esserci un punto di incontro, consentendo un minimo sforzo per il primo e riducendo al libero mercato quei beni e servizi giustificati da ragioni di tutela dell'interesse generale.

Tali documenti, se da un lato hanno concesso agli Stati membri la libertà di definire il servizio pubblico, dall'altro però, hanno limitato l'applicazione delle norme comunitarie della concorrenza solo alle attività economiche commerciali ed industriali che siano rilevanti nei rapporti fra gli Stati; ne consegue dunque, che restano fuori da tale ambito molti servizi pubblici locali, non economici, tal da non essere attratti dai mercati od oggetto di scambio fra gli Stati.

D'altronde, la normativa degli appalti e delle concessioni, così come interpretata anche dal Libro Verde sui partenariati pubblico-privati, viene ad essere considerata accessoria e successiva alle scelte economiche ed organizzative

operate dagli enti locali e nazionali per l'erogazione di servizi pubblici locali, cui compete solo alle autorità pubbliche[6]. Dunque, anche il principio di auto-organizzazione degli enti locali tende a lasciare libera da ogni vincolo interno nella scelta dei servizi locali cui intende dotarsi, per adeguarle alle proprie strutture interne.

Se ne deduce quindi, che sui limiti all'*in house* e al principio di auto-organizzazione, il diritto comunitario non impone alcuna privatizzazione né liberalizzazione dei servizi pubblici, in virtù del fatto che l'*in house providing* è da ritenersi, secondo il giudice comunitario, una ulteriore forma di scelta dell'ente fra la gestione diretta e l'esternalizzazione del servizio pubblico, e dunque, fra l'auto-organizzazione e la concorrenza.

Ma vediamo quali sono i caratteri essenziali, già citati dalla giurisprudenza comunitaria, delle figure societarie interne degli enti locali, quali soggetti deputati all'erogazione dei servizi pubblici, che giustificano la sottrazione della normativa degli appalti pubblici all'ambito di operatività delle direttive comunitarie.

In particolare, e partendo dai requisiti di "partecipazione pubblica" e di "controllo analogo", ammessi nell'affidamento diretto a società *in house*, si evince, secondo l'orientamento della Corte, che: 1. la controparte contrattuale debba essere un'entità giuridicamente distinta dall'amministrazione aggiudicatrice, 2. che quest'ultima eserciti sulla persona un controllo analogo a quello da esso esercitato sui propri servizi, e che 3. tale persona realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano. Dunque, i principi sui quali possa ravvisarsi l'esclusione della procedura ad evidenza pubblica sono: che la partecipazione azionaria sia totalmente pubblica, e che la società non sia aperta o che non si consenta il trasferimento, anche minoritario, in mani private.

Inoltre, per il "controllo analogo", la Corte lo ha invece escluso se si è in presenza di:

1. un oggetto sociale esteso ad altri rilevanti settori di attività,
2. quando il capitale deve essere ceduto in tutto o in parte, e nel breve termine, a privati,
3. quando l'ambito territoriale dell'attività è esteso al di là della circoscrizione territoriale dell'amministrazione affidante,
4. quando il consiglio di amministrazione gode dei più ampi poteri di gestione in autonomia rispetto all'autorità pubblica.

Il requisito del controllo analogo è stato di recente ribadito in alcune sentenze della Corte[7], la quale ha ravvisato la sua esclusione per la presenza totalitaria della partecipazione pubblica, degli ampi poteri di gestione della società, e che quindi, il controllo effettuato per il tramite di una holding interamente partecipata avrebbe potuto indebolire il suddetto controllo.

Infine, la Corte ha ritenuto configurabile il legittimo affidamento *in house* anche nel caso in cui più enti detengano, anche per quote tra di loro diverse, azioni di una società, che si considera *in house* per ciascuno degli enti, e che l'attività prevalentemente prestata sia stata svolta in favore di tutti gli enti complessivamente considerati e non solo all'ente aggiudicatore. In tal modo, il controllo analogo sarà esercitato dall'amministrazione di volta in volta interessata. La Corte, con la sentenza del 18 novembre 1999, in causa C-107/98, ha affermato che l'organizzazione *in house* è ravvisabile solo se il destinatario dell'affidamento diretto non è autonomo nella gestione rispetto all'amministrazione di riferimento, con la precisazione che, quando nelle società

sono presenti più enti locali, il rapporto in house sussiste unicamente se la società è soggetto strumentale comune di tutti gli enti locali soci[8].

A contrario, l'affidamento in house non può sussistere, a detta della Corte (sentenza Stadt Halle) tra enti locali e società dai medesimi controllate ove si tratti di società pubblico-private, in virtù di due nette considerazioni: a. che il rapporto tra un'autorità pubblica, che sia un'amministrazione aggiudicatrice, ed i suoi servizi, sottostà ad esigenze proprie per il perseguimento di obiettivi di interesse pubblico, b. che l'attribuzione di un appalto pubblico ad una società mista pubblico-privata, senza ricorrere alla concorrenza, pregiudicherebbe l'obiettivo di una concorrenza libera e non falsata, ed il principio di parità di trattamento degli interessati offrirebbe ad un'impresa privata presente nel capitale un vantaggio rispetto ai suoi concorrenti, che non godono di un'analoga condizione di monopolio protetto sul mercato, e che trarrebbero dei più facili extraprofitti nel loro ambito finanziario.

Per tale ultimo inciso, la scelta del socio privato partner mediante procedura ad evidenza pubblica trarrebbe inevitabili vantaggi per lo svolgimento del servizio, e, con il ricorso alla concorrenza si verrebbe in tal caso ad anticipare il momento della selezione, senza che il socio privato manifesti la sua volontà all'esterno per la gestione di un servizio pubblico generale.

La Corte, nella sentenza Co.Na.Me, ha implicitamente confermato tale tesi, sostenendo che la società pubblica affidataria del servizio, previo il perseguimento dell'interesse pubblico idoneo a configurare il controllo e l'affidamento in house, costituisce una società "aperta", almeno parzialmente, al capitale privato, che impedisce di considerarla parte di una gestione interna di un servizio pubblico nell'ambito dei comuni che ne fanno parte[9]. Dunque, l'ingresso di privati nel capitale sociale della società non osta a riconoscere, sebbene il privato non sia assimilabile ad una società a capitale totalmente pubblico, la possibilità di procedere a mezzo di accertamenti e gare pubbliche, attese le circostanze future e i vantaggi finanziari che possano derivare da tale tipo di affidamento in house.

Trattasi però di un dubbio risolto, seppur negativamente, se si pensa, contrariamente a quanto sostenuto dalla Corte, che la società privata, in tal modo, riceverebbe un indebito vantaggio attraverso una disparità di trattamento rispetto alle altre concorrenti. Peraltro, anche i poteri di controllo societari degli organi, per i quali la Corte non si è pronunciata in merito, arrecherebbero pregiudizio rilevante per la partecipazione alla società che ciascun paese adotta in tal senso. Medesimo discorso varrebbe per la realizzazione della "parte più importante della propria attività", per la quale si applicherebbe comunque, in caso di mancato raggiungimento dell'80% del fatturato negli ultimi tre anni, la regola della medesima percentuale.

Siamo di fronte ad un requisito tuttora vigente, che si contrappone alla logica di base del perseguimento degli obiettivi nettamente differenti fra gli interessi privati delle imprese e quelli pubblici delle autorità, nonché gli effetti dirompenti che tale principio avrebbe in futuro sia nel diritto societario sia nel diritto della concorrenza dei mercati, e di conseguenza sui servizi pubblici locali[10], ed in particolare all'art. 113 del testo unico. Detta norma prevede l'affidamento del servizio 1. ad una società scelta mediante gara, 2. a una società mista in cui il socio privato sia scelto mediante gara, 3. a società interamente pubbliche a condizione che l'amministrazione eserciti il cd. controllo analogo.

Il nodo di fondo è proprio quello della scelta del modello gestionale del servizio da parte dell'amministrazione, posto che l'interesse pubblico diretto conosciuto all'ente, comunque, anche se non viola la concorrenza, tende a restringere il

suo mercato.

Per tale quadro spinosissimo dell'affidamento diretto, forse una prima via di uscita sarebbe quella di valutare preliminarmente le ragioni motivazionali del ricorso ad un servizio pubblico in un ambito territoriale circoscritto, dove l'operatore privato potrebbe avere convenienza a non ricorrere al mercato. In tal modo, ammessa dunque la titolarità gestionale dell'ente, si consentirebbe una libertà di scelta tra i diversi strumenti del diritto comunitario e societario nazionale.

2. L'art. 13 del decreto Bersani-Visco e le attività non consentite

L'art. 13 della legge del 4 agosto 2006 n. 248^[11] disciplina alcune fattispecie giuridiche che delimitano le capacità delle società a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali, e strumentali al funzionamento di esse.

L'obiettivo che si prefigge l'art. 13 è quello di ridurre i costi e razionalizzare la spesa pubblica, nonché tutelare la concorrenza, evitando distorsioni sul mercato ed assicurando la *par condicio* degli operatori. Ma a monte di tali obiettivi, la compagine societaria pubblico-privata viene così ritenuta un ostacolo al funzionamento del mercato ed alla concorrenza, oltre a comportarvi un trasferimento di risorse o garanzie sul debito collocati fuori dal mercato. Di qui nasce l'esigenza di escludere da quest'ultimo tutti i soggetti a partecipazione pubblica.

L'affidamento in house utilizzato dalle pubbliche amministrazioni opera per il soddisfacimento dei servizi pubblici finali fruibili dalla collettività, quali per l'appunto, i servizi strumentali o cd. intermedi.

Al riguardo, si distinguono i servizi esterni e interni. I primi sono diretti alla collettività ed in favore degli utenti o direttamente dall'amministrazione; essi sono qualificabili come servizi pubblici in senso proprio, quali i servizi di trasporto, idrici e di raccolta rifiuti.

I secondi sono resi alle amministrazioni pubbliche da soggetti ad essa estranei e operanti per il funzionamento delle amministrazioni stesse, al fine di consentire loro di fornire alla collettività i servizi di interesse generale. Essi implicano prestazioni corrispettive che sopportano interamente i costi, e fra di essi, definiti come servizi privati, vi rientrano i servizi di assistenza informatica degli uffici pubblici, di manutenzione degli impianti.

Per entrambi i servizi, le amministrazioni pubbliche, non disponendo delle capacità e competenze adeguate alle esigenze della collettività, ricorrono alle procedure ad evidenza pubblica al fine di garantire l'imparzialità della scelta del socio privato. L'affidamento del primo tipo di servizio si estrinseca con il modello della concessione di pubblico servizio; l'affidamento del secondo, di tipo strumentale, è realizzato con il modello dell'appalto di servizi.

Come è stato precedentemente commentato, i recenti orientamenti della Corte confermano la tendenza ad un restringimento dell'affidamento in house, segnandone un *de profundis*, che peraltro, assume una significativa rilevanza economica sia in termini di Pil che di entrate extra-tributarie e di profitti degli enti locali.

Ebbene, con l'art. 13, sia il governo sia il legislatore sono intervenuti sui servizi strumentali alle pubbliche amministrazioni, non diretti al soddisfacimento dei bisogni della collettività ma al funzionamento degli organi interni pubblici.

L'art. 13 si rivolge sulle *"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 in funzione della loro attività, con esclusione dei servizi pubblici locali, nonché nei casi consentiti dalla legge, per lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative di loro competenza"*. La norma non menziona le amministrazioni pubbliche statali, creando così, alcuni ostacoli alla concorrenza ed alla parità degli operatori economici, nonché ad uno svuotamento dell'efficacia della disposizione in forte contrasto con la ratio della norma e con le finalità della stessa.

Le società di cui all'art. 13 devono:

- operare esclusivamente con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti,
- non possono svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, né in affidamento diretto con gara,
- non possono partecipare ad altre società o enti,
- sono ad oggetto sociale esclusivo.

Le società a partecipazione pubblica regionale o locale possono partecipare alle gare nelle quali la stazione appaltante coincida con un proprio costituente o partecipante e non possono concorrere alle gare di altri soggetti o enti aggiudicatori. Inoltre, possono essere destinatarie di affidamenti *in house* da parte dei loro soci pubblici, se sussistono i presupposti, ma non possono ricevere affidamenti diretti da altri soggetti pubblici o da soggetti privati.

Altro limite indicato nell'art. 13 è l'esclusività dell'oggetto sociale, che deve essere indicato dalle società nell'attività produttiva, e ciò a tutela dei terzi che potrebbero operare con i soggetti affidanti e partecipanti.

Da ultimo, dovrà sempre sussistere il requisito del controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, quale elemento eccezionale della gestione *in house*, che diventa ancor più limitata per le pubbliche amministrazioni regionali e locali per l'affidamento dei servizi interni[12].

Circa le attività e gli obblighi a carico delle società, il 3° comma dell'art. 13 stabilisce che "entro dodici mesi dall'entrata in vigore del decreto, ossia entro il 3 luglio 2007, le società interessate dovranno cessare le attività non consentite. A tal fine:

- a. potranno cedere le attività non consentite a terzi, nel rispetto delle procedure ad evidenza pubblica, ovvero
- b. incorporarle, anche costituendo una società da collocare sul mercato, secondo le procedure del D.L. 332/94, entro ulteriori diciotto mesi (ossia entro il 3 gennaio 2009).

I contratti relativi alle attività non cedute o scorporate perdono efficacia decorsi primi dodici mesi. I contratti conclusi dopo il 4 luglio 2006 in violazione delle prescrizioni dei commi 1) e 2) dell'art. 13 sono nulli. Restano validi, fatte salve le prescrizioni di cui al comma 3), i contratti conclusi dopo il 4 luglio 2006, ma in esito a procedure di aggiudicazione perfezionate prima di tale data.

Con una recente sentenza del Tar Lombarda del 31 gennaio 2007 n. 140, la disposizione dell'art. 13 del decreto Bersani è stata estesa, nella sua portata temporale, dal comma 720 della Finanziaria 2007 (Legge 296/2006), che concede fino a 24 mesi il periodo entro il quale le società assoggettate alla disposizione devono cessare le attività non consentite, al fine di evitare eventuali situazioni che possano turbare la concorrenza.

Dunque, la società partecipata dalla pubblica amministrazione, non può risultare aggiudicataria, né singolarmente, né in raggruppamento temporaneo d'impresa, di un appalto per un servizio strumentale indetto da un'altra pubblica amministrazione. Il divieto di cui all'art. 13 si intende riferito alle società partecipate o costituite da qualsiasi pubblica amministrazione regionale o locale, e non necessariamente da quella appaltante.

Le opzioni per le attività non consentite sono la cessione e lo scorporo.

Le ipotesi di cessioni sono la cessione del contratto e quella del ramo d'azienda. In tali tipi di attività rientrerebbe anche la cessione della partecipazione azionaria detenuta dalla società pubblica, stante la preoccupazione che la sanzione della nullità del contratto sociale investa anche tale tipo di cessione.

La cessione dei contratti e dei rami di azienda dovrà avvenire mediante procedure ad evidenza pubblica, e se vi sono attività dedicate al personale, a queste ultime sarà applicata la norma di cui all'art. 2112 del c.c..

In alternativa alla cessione, e considerato il limitato periodo transitorio concesso dal legislatore, quest'ultimo ha previsto fra le attività non consentite, lo scorporo, anche costituendo una separata società da collocare sul mercato, secondo le procedure del decreto legge del 31 maggio 1994 n. 332. Al riguardo, sembra che il legislatore abbia inteso riferirsi a più operazioni straordinarie, come ad esempio i conferimenti di azienda e le scissioni, per le quali è previsto un periodo di diciotto mesi per la riorganizzazione, da parte delle imprese pubbliche, del complesso aziendale.

Il riferimento alla legge n. 332/1994 si rivolge in particolar modo alle procedure previste per la collocazione a terzi delle partecipazioni azionarie, così come individuate al comma 3 dell'art. 13.

Ed invero, all'art. 1, si prevede che "le vigenti norme di legge e di regolamento sulla contabilità generale dello Stato non si applicano alle alienazioni delle partecipazioni dello Stato e degli enti pubblici in società per azioni e a conferimenti delle stesse società partecipate, nonché agli atti ed alle operazioni complementari e strumentali alle medesime alienazioni inclusa la concessione di indennità e manleva secondo la prassi dei mercati. L'alienazione delle partecipazioni di cui al comma 1 viene effettuata di norma mediante offerta pubblica di vendita disciplinata dalla legge 18 febbraio 1992 n. 149, e relativi regolamenti attuativi; può inoltre essere effettuata mediante cessione delle azioni sulla base di trattative dirette con i potenziali acquirenti ovvero mediante il ricorso ad entrambe le procedure".

Così operando, il legislatore consente al cedente di valorizzare le sue partecipazioni, anche al fine di non penalizzare le imprese pubbliche interessate a tale contesto normativo.

3. Considerazioni finali sugli affidamenti diretti

Alla luce delle considerazioni e dei recenti sviluppi giurisprudenziali e normativi, a parere di chi scrive, sembrerebbe che la Pubblica amministrazione segue il suo percorso, anche in modo celere, sulla ricerca delle risorse e competenze all'esterno atte a soddisfare l'interesse della collettività, nonostante le restrizioni imposte sugli affidamenti diretti. Se si pensa che sin dalle epoche della trasformazione delle pregresse aziende municipalizzate, il fine comune era la realizzazione di servizi pubblici essenziali, ora assistiamo ad un'esternalizzazione dei servizi svolti dalle ex municipalizzate sotto la veste attuale di "concessionarie" di servizi.

Dunque, la liberalizzazione voluta dal decreto Bersani diretta a favorire il mercato della concorrenza e le attività interne delle pubbliche amministrazioni, dovrebbe ulteriormente consentire un'ampia apertura dei servizi stessi, ed in particolar modo dei servizi pubblici locali. Probabilmente, operando in tal senso, si otterrebbe un duplice vantaggio, sia in favore delle pubbliche amministrazioni, che si vedrebbero accrescere la loro politica industriale e commerciale, sia in favore degli utenti finali, i quali riceverebbero un servizio pubblico adeguato e fortemente concorrenziale sul mercato.

Anche le autorità competenti e le Commissioni permanenti delle attività produttive, commercio e turismo,[13] hanno recentemente formulato al Governo le proprie segnalazioni ed osservazioni sugli interventi degli affidamenti diretti, soprattutto con riferimento ai servizi forniti dagli enti locali, affinché gli stessi possano stimolare una crescita del settore e migliorare le condizioni di offerta a vantaggio degli utenti finali.

Giusy Violante

Avvocato amministrativista in Roma

[1]Cfr., Greco, Imprese pubbliche, organismi di diritto pubblico, affidamenti in house: ampliamento o limitazione della concorrenza?, in Rivista it. Dir. pubbl. comun., 2005, 61; Ursi, La società per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica tra outsourcing e in house providing, in Dir. amm., 2005, 204; Marchegiani, Alcune considerazioni in tema di diritto comunitario concernente le concessioni e i c.d. "affidamenti in house", ivi, 945; Canalini, L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house, Napoli 2003, 281 ss..

[2] Art. 14. 1. All'articolo 113 del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, come modificato dal comma 1 dell'articolo 35 della legge 28 dicembre 2001, n.448, sono apportate le seguenti modifiche:

a) nell'epigrafe le parole "di rilevanza industriale", sono sostituite dalle seguenti: "di rilevanza economica"

b) il comma 1 è sostituito dal seguente: "1. Le disposizioni del presente articolo che disciplinano le modalità di gestione ed affidamento dei servizi pubblici locali concernono la tutela della concorrenza e sono inderogabili ed integrative delle discipline di settore. Restano ferme le altre disposizioni di settore e quelle di attuazione di specifiche normative comunitarie.";

c) al comma 4, lettera a), le parole: "con la partecipazione maggioritaria degli enti locali, anche associati," sono sostituite dalle seguenti: "con la partecipazione totalitaria di capitale pubblico" e, in fine, sono aggiunte, le seguenti parole: ",a condizione che gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano";

d) il comma 5 è sostituito dal seguente: "5. L'erogazione del servizio avviene secondo le discipline di settore e nel rispetto della normativa dell'Unione europea, con conferimento della titolarità del servizio:

1)a società di capitali individuate attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica;

2) a società a capitale misto pubblico privato nelle quali il socio privato venga scelto attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica che abbiano dato garanzia di rispetto delle norme interne e comunitarie in materia di concorrenza secondo le linee di indirizzo emanate dalle autorità competenti attraverso provvedimenti o circolari specifiche;

3) a società a capitale interamente pubblico a condizione che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano.";

e) al comma 7, è aggiunto, in fine, il seguente periodo: "Le previsioni di cui al presente comma devono considerarsi integrative delle discipline di settore.";

f) al comma 12, primo periodo, sono aggiunte, in fine, le seguenti parole "mediante procedure ad evidenza pubblica da rinnovarsi alla scadenza del periodo di affidamento";

g) al comma 13, il primo periodo è sostituito dal seguente: "Gli enti locali, anche in forma associata, nei casi in cui non sia vietato dalle normative di settore, possono conferire la proprietà delle reti, degli impianti, e delle altre dotazioni patrimoniali a società a capitale interamente pubblico, che è incedibile.";

h) dopo il comma 15 è aggiunto il seguente "15-bis. Nel caso in cui le disposizioni previste per i singoli settori non stabiliscano un congruo periodo di transizione, ai fini dell'attuazione delle disposizioni previste nel presente articolo, le concessioni rilasciate con procedure diverse dall'evidenza pubblica cessano comunque entro e non oltre la data del 31 dicembre 2006, senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante. Sono escluse dalla cessazione le concessioni affidate a società a capitale misto pubblico privato nelle quali il socio privato sia stato scelto mediante procedure ad evidenza pubblica che abbiano dato garanzia di rispetto delle norme interne e comunitarie in materia di concorrenza, nonché quelle affidate a società a capitale interamente pubblico a condizione che gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano,"

2. All'articolo 113-bis del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, di cui al decreto legislativo n.267 del 2000, introdotto dal comma 15 dell'articolo 35 della legge 28 dicembre 2001, n.448, sono apportate le seguenti modifiche:

a) nell'epigrafe le parole: "privi di rilevanza industriale" sono sostituite dalle seguenti "rilevanza economica";

b) al comma 1, alinea, le parole: "privi di rilevanza industriale" sono sostituite dalle seguenti "privi di rilevanza economica";

c) al comma 1 la lettera c) è sostituita dalla seguente: "c) società a capitale interamente pubblico a condizione che gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano";

d) il comma 4 è abrogato. 3. All'articolo 35 della legge 28 dicembre 2001, n.448, sono abrogati i commi 2, 3, 4, 5 e 16; al comma 7 del medesimo articolo 35 le parole: "nei termini stabiliti dal regolamento di cui al comma 16 del

presente articolo" sono sostituite dalle seguenti: "al termine dell'affidamento".

Sulla riforma, vedasi, Dugato, La disciplina dei servizi pubblici locali, in *Giorn. Dir. amm.*, 2004, 121; Liguori, I servizi pubblici locali. Contendibilità del mercato e impresa pubblica, Torino, 2004; Ammannati, Sull'inattualità della concorrenza nei servizi pubblici locali, in *Giorn. Dir. amm.*, 2004, n. 8, 906; Napoletano, Dieci anni di riforme amministrative. I servizi pubblici, *ivi*, 2004, n. 7, 804.

[3] Cfr. Corte di Giustizia Ce 18 novembre 1999, in causa C-107/98, Teckal s.r.l. c. Comune Viano, in *Raccolta*, 1999, I-5219

[4] Cfr. sentenze Corte di Giustizia Ce dell'11 gennaio 2005, causa Stadt Halle C- 26/03; sentenza del 13 ottobre 2005, causa Parking Brixen C-458/05, Italia; sentenza dell'11 maggio 2006, causa Carbotermo C-340/04, Italia; sentenza 6 aprile 2006, causa Amtab C-410/04.

[5] Cfr. causa C-360/96 Gemeente Arnhem c. Bfi Holding, avv. Generale La Pergola. Vedasi nello stesso senso, Pericu, Cafagno, impresa pubblica, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, a cura di Chiti e Greco, Milano 1997, 751; Scrimali, Il Parlamento europeo e la promozione delle autonomie locali negli Stati membri dell'unione europea, in *Riv. It. Dir. pubbl. comun.*, 2005, 916; Il Libro bianco della Commissione europea 5 agosto 2001, La governance europea, COM (2001) 428, in www.europa.eu.int.

[6] Libro Verde sui partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni della Commissione europea del 30 aprile 2004, COM (2004), in www.europa.eu.int .; Cfr. Corte di Giustizia Ce 11.1.2005, causa Stadt Halle. L'incidenza della riforma del titolo V della Costituzione in materia di organizzazione amministrativa, in *Lav. P.A.*, 2002, suppl. n. 1, 39. Scarciglia, L'autonomia normativa, organizzativa e amministrativa degli enti locali, in *Ist. Fed.*, 2000, 303. CdS. Sez. V, 30.8.2004, n. 5643, 8.3.2005 n. 931, 14.5.2004 n. 3149, 214.11.2004 n. 7636. Contra, Tar Umbria 24.10.2003, n. 821, C-67/96 del 21.9.1999, Tar Puglia, BA, Sez. III, ord. 8.9.2004 n. 885.

[7] Cfr. sent. 6 aprile 2006, in C-410-04, AMTAB, sent. 11 maggio 2006, in C-340-04, Comune di Busto Arsizio. Per la sussistenza del controllo analogo, vedasi, Tar Campania, Sez. I, n. 2784/2005, CdS, Sez. VI, n. 168/2005, secondo le quali "il controllo analogo sulla società pubblica affidataria del servizio può ritenersi garantito nell'atto costitutivo e nello statuto delle società di stringenti poteri di controllo finanziario e gestionale a favore dell'amministrazione aggiudicatrice. Il controllo deve riguardare le attività fondamentali e di straordinaria amministrazione, il perseguimento degli obiettivi di interesse pubblico assegnati, nonché gli organi delle società. Vedasi, per diverso orientamento sull'intero pacchetto azionario detenuto dall'ente, CdS, Sez. V, n. 7345/2005, Corte di Giustizia, sentenza 11 gennaio 2005, in C-26/03, la quale afferma che il possesso dell'intero pacchetto azionario della società da parte della mano pubblica garantisce lo svolgimento del servizio secondo "esigenze proprie del perseguimento di obiettivi di interesse pubblico".

[8] Dalla sentenza suscitata, gli enti locali sono pervenuti mediante la stipula di una convenzione di diritto pubblico ai sensi dell'art. 30 del t.u. D.Lgs. n. 267 del 2000, la quale disciplina un'apposita Assemblea di coordinamento intercomunale nella quale sono presenti tutti gli enti locali soci, i quali: 1) approvano il piano industriale della società e gli altri documenti societari di tipo programmatico; 2) approvano il bilancio di esercizio della società; 3) acquisiscono la relazione resa dal revisore o dalla società incaricata del

controllo contabile, contenente il giudizio sul bilancio societario; 4) verificano – avvalendosi anche della specifica Commissione prevista dalla convenzione di diritto pubblico- lo stato di attuazione degli obiettivi determinati con l'approvazione dei documenti ricordati al punto 1); 5) deliberano, sugli argomenti all'ordine del giorno, prima dello svolgimento delle assemblee straordinarie delle società e prima delle assemblee della società aventi per oggetto l'approvazione dei bilanci o la nomina di amministratori o sindaci; 6) approvano gli schemi tipo dei contratti di servizio disciplinanti lo svolgimento dei singoli servizi pubblici da parte della società; 7) approvano le modifiche allo statuto societario. Vedasi in proposito, Corte di Giustizia CE sentenza 11 gennaio 2005 in causa C-26/03, e in quella del 21 luglio 2005, in causa C-231/03, in base alla quale gli enti dovranno cooperare fra di loro e non singolarmente, altrimenti si ricadrebbe nella fattispecie delle concessioni dei servizi pubblici, quale appunto quel rapporto instaurato tra un Comune ed una società da esso partecipata in misura ridotta, in assenza di strumenti di coordinamento tra gli enti locali soci, e perdi più, in presenza di un socio privato.

[9] Cfr. Libro Verde sui partenariati pubblico-privati; Girello, L'affidamento dei servizi pubblici locali tra diritto comunitario e diritto italiano, in Riv. It. Dir. pubbl. comun., 2004, 940 ss.. Cfrf. Causa Co.Na.Me, Tar Lombardia, Sez. Brescia, ord. 13.5.2003, in Foro amm.-Tar, 2003, 2174; contra, CdS, Sez. V, 25.6.2002 n. 3448, in Riv. Giur. pubbl. serv., 2002, 176.

[10] Cfr. Guaccero, Alcuni spunti in tema di governance delle società pubbliche dopo la riforma del diritto societario, in Riv. Soc., 2004, 842; Ibba, Società pubbliche e riforma del diritto societario, in Riv. Soc., 2005, 1; Kokott, avv. gen. della Corte, sue conclusioni alla sentenza Parking Brixen: "In determinati casi la trasformazione di aziende autonome in società per azioni o a responsabilità limitata ha rappresentato il primo passo concreto in direzione della privatizzazione dei relativi settori di intervento. Peraltro, ciò non esclude che l'adozione del modulo societario possa costituire anche una mera misura organizzativa interna, attraverso cui le pubbliche amministrazioni mirano ad una fornitura di servizi più efficiente ed economica e ad una disciplina del pubblico impiego più flessibile per gli impiegati, senza che in questo modo l'ente interessato necessariamente deleghi anche lo svolgimento dei propri compiti. Inoltre, grazie all'applicabilità delle relative disposizioni in materia di bilancio, la scelta della forma giuridica della società per azioni oppure di quella a responsabilità limitata può portare ad un aumento della trasparenza". In merito, vedasi, la Carta europea dell'autonomia locale del 15 ottobre 1985, ratificata dagli Stati membri del Consiglio d'Europa, che all'art. 6, n. 1, stabilisce che le collettività locali debbono poter definire esse stesse le strutture amministrative interne di cui intendono dotarsi, per adeguarle alle loro esigenze specifiche in modo tale da consentire un'amministrazione efficace. Inoltre, l'importanza dell'autonomia locale viene sottolineata attraverso la sua espressa menzione nell'art. I-5, n. 1, del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, firmato a Roma il 29 ottobre 2004.

[11] Art. 13 (Norme per la riduzione dei costi degli apparati pubblici regionali e locali e a tutela della concorrenza): 1. Al fine di evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità degli operatori, le 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 in funzione della loro attività, con esclusione dei servizi pubblici locali, nonché, nei casi consentiti dalla legge, per lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative di loro competenza, devono operare esclusivamente con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti, non possono svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, né

in affidamento diretto né con gara, e non possono partecipare ad alte società o enti. Le società che svolgono l'attività di intermediazione finanziaria prevista dal testo unico di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, sono escluse dal divieto di partecipazione ad altre società o enti. 2. Le società di cui al comma 1 sono ad oggetto sociale esclusivo e non possono agire in violazione delle regole di cui al comma 1. 3. Al fine di assicurare l'effettività delle precedenti disposizioni, le società di cui al comma 1 cessano entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore del presente decreto le attività non consentite. A tale fine possono cedere, nel rispetto delle procedure ad evidenza pubblica, le attività non consentite a terzi ovvero scorporarle, anche costituendo una separata società da collocare sul mercato, secondo le procedure del decreto-legge 31 maggio 1994, n. 332, convertito, con modificazioni dalla legge 30 luglio 1994 n. 474, entro ulteriori diciotto mesi. I contratti relativi alle attività non cedute o scorporate ai sensi del periodo precedente perdono efficacia alla scadenza del termine indicato nel primo periodo del presente comma. 4. I contratti conclusi, dopo la data di entrata in vigore del presente decreto, in violazione delle prescrizioni dei commi 1 e 2 sono nulli. Restano validi, fatte salve le prescrizioni di cui al comma 3, i contratti conclusi dopo la data di entrata in vigore del presente decreto, ma in esito a procedure di aggiudicazione perfezionate prima della predetta data".

[12] Cfr. L. Manassero, Commento alla versione definitiva dell'art. 13 del c.d. decreto Bersani, come convertito dalla L. 4 agosto 2006 n. 248, con particolare riferimento agli effetti sull'attività delle società pubbliche locali, in www.Lexitalia.it; F. Porcellana, Servizi pubblici locali e deroghe alla concorrenza: la Corte salva l'in house nazionale, in www.giustamm.it, n. 5/2006; Relazione del Parlamento Europeo del 16 ottobre 2006 sui partenariati pubblico-privati e diritto comunitario in materia di appalti pubblici e concessioni.

[13] Cfr. Antitrust, AS375 del 28 dicembre 2006, Affidamento di servizi pubblici locali aventi rilevanza economica secondo modalità c.d. in house e ad alcuni contenuti della legge delega in materia di tali servizi. AC.2201 Governo, Misure urgenti per la tutela dei consumatori, la promozione della concorrenza, lo sviluppo di attività economiche e la nascita di nuove imprese, Emendamenti al d.l. dei servizi pubblici locali del 9.1.2007 e 11.1.2007.