

SERVIZI PUBBLICI LOCALI: GLI AFFIDAMENTI IN HOUSE PROVIDING DOPO LA CONVERSIONE DEL DECRETO LEGGE 112/2008. BREVI NOTE ALL'ART.23 BIS.

di

Antonio Purcaro

Segretario generale del Comune di Trezzo sull'Adda (Bergamo)

Culture di Istituzioni di diritto pubblico presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Bergamo

L'art.23 bis del decreto legge 25 giugno 2008 n.112 introdotto in sede di conversione, operata con legge 06 agosto 2008 n.133, riforma l'ordinamento dei servizi pubblici locali a rilevanza economica, la cui disciplina era contenuta nell'art.113 del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti e nella legislazione di settore.

Preliminarmente all'analisi della novella occorre che il lettore abbia chiara la definizione di "servizio pubblico locale" e le differenze rispetto ai "servizi strumentali", ovvero, per usare parola diverse, la differenza tra appalto pubblico di servizi e concessione di pubblico servizio¹.

All'operatore dovrà altresì risultare chiara la distinzione tra "servizi pubblici locali a rilevanza economica"² e servizi privi di tale rilevanza³.

¹ Tale rilevante differenza consiste nel fatto che mentre l'appaltatore presta il servizio in favore della Pubblica amministrazione, che utilizza tale prestazione ai fini dell'eventuale erogazione del servizio pubblico a vantaggio della collettività, nella concessione di pubblico servizio, invece, il concessionario sostituisce (rectius: si sostituisce alla) la Pubblica Amministrazione nell'erogazione del servizio. Normalmente, nella concessione di pubblici servizi il costo del servizio grava sugli utenti, mentre nell'appalto di servizi spetta all'Amministrazione l'onere di compensare l'attività svolta dal privato.

Per chiarezza avremo concessione di servizio pubblico, ed applicheremo le relative norme, nel caso per esempio di affidamento della gestione del servizio di raccolta, trasporto e smaltimento dei rifiuti, mentre parleremo più correttamente di appalto di servizio nel caso di affidamento di servizi strumentali quali la pulizia degli uffici comunali, oppure la gestione e sviluppo del sistema informativo comunale.

Tutto ciò che non è esercizio di potere amministrativo, ma è anzi ad esso strumentale, non deve necessariamente essere svolto dal soggetto titolare del potere. In breve la formula societaria può essere utilizzata da un ente locale, non solo per lo svolgimento di attività economiche, ma anche per lo svolgimento di attività non propriamente tali, per esempio preliminari alla esplicazione di funzioni pubbliche e consistente in attività di supporto alle funzioni stesse.

Il servizio pubblico locale si caratterizza quindi per la presenza di una domanda diffusa, di un'offerta indifferenziata e di una tariffa all'utenza.

Elementi qualificanti la concessione di servizi si individuano nella natura dei destinatari della prestazione, la collettività degli utenti, e nell'allocazione del rischio di gestione in capo al concessionario. L'oggetto del contratto consiste nel diritto di gestire i servizi. Nell'appalto di servizi, invece, spetta all'amministrazione l'attività svolta dal privato, mentre nella concessione di servizio il costo grava sugli utenti.

² Tale nozione si richiama al concetto economico di imprenditore. Il riferimento, allora, non può che andare all'art.2082 del cod.civ., secondo il quale "è imprenditore chi esercita professionalmente una attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi". Nell'art.2082 l'economicità è richiesta in aggiunta allo scopo produttivo dell'attività; quindi al concetto di "attività" economica può e deve essere recuperato un proprio ed autonomo significato. Invero, ciò che qualifica un'attività come economica non è solo il fine produttivo cui essa è indirizzata. E' anche il modo, il metodo con cui essa è svolta. L'attività produttiva può dirsi condotta con metodo economico quando è tesa al procacciamento di entrate remunerative dei fattori produttivi impiegati; quando è svolta con modalità che consentono nel medio-lungo periodo la copertura dei costi con i ricavi, altrimenti si ha consumo e non produzione di ricchezza. Questo significato dell'espressione attività economica è chiaramente presente agli aziendalisti, che su di esso fondano la distinzione tra aziende di erogazione ed aziende di produzione. E' altresì recepito sul piano legislativo per gli

Tanto per i servizi pubblici locali che per i servizi strumentali, la giurisprudenza comunitaria ammette la possibilità per la pubblica amministrazione di affidare direttamente, cioè senza gara, l'erogazione di servizi all'utenza, nel primo caso, ovvero la produzione di beni e servizi destinati all'ente, nel secondo caso, ad una società, un soggetto di diritto privato quindi, costituito e partecipato dalla stessa pubblica amministrazione.

La deroga al principio di concorrenza non avrebbe rilievo nel caso di specie considerato il rapporto che si instaura tra comune e soggetto gestore, rapporto che può ricondursi allo schema della delegazione interorganica, avuto riguardo della relazione esistente tra l'ente titolare del servizio e la struttura alla quale ne è demandato il concreto esercizio (struttura raffigurabile come organo-impresa)". La ricostruzione del rapporto tra ente locale e società quale rapporto di delegazione interorganica, è tale da escludere il rapporto in parola dal campo di applicazione del diritto comunitario.

Secondo l'orientamento espresso dalla Corte di giustizia dell'Unione europea (cfr. sentenza Teckal 18 novembre 1999, causa C-107/98), la normativa europea in tema di appalti pubblici, in particolare di servizi, non trova applicazione quando manchi un vero e proprio rapporto contrattuale tra due soggetti, come nel caso, secondo la terminologia della Corte, di delegazione interorganica o di servizio affidato, in via eccezionale "in house".

In altri termini quando un contratto sia stipulato tra un ente locale ed una persona giuridica distinta, l'applicazione delle direttive comunitarie può essere esclusa nel caso in cui l'ente locale eserciti

enti pubblici. La produzione di beni e servizi da parte degli stessi intanto è qualificabile quale attività imprenditoriale in quanto essi siano per legge tenuti ad operare secondo criteri di economicità (tale accezione del concetto di economicità va tenuto distinta dal principio di economicità del procedimento amministrativo introdotto dalla legge n.241/1990; in tale enunciazione l'economicità si traduce nell'esigenza di non aggravamento del procedimento se non per straordinarie e motivate esigenze imposte dallo svolgimento dell'istruttoria).Questo è il significato che si deve attribuire all'espressione "attività economica". Nella nozione generale di imprenditore per aversi impresa è perciò essenziale che l'attività produttiva sia condotta con metodo economico secondo modalità che consentono quanto meno la copertura dei costi con i ricavi ed assicurino l'autosufficienza economica. Dati questi da valutare oggettivamente, sulla base di indici esteriori percepibili dai terzi e con riferimento all'attività nel suo complesso e non ai singoli atti di impresa. Non è perciò imprenditore chi, soggetto pubblico o privato, produca beni o servizi che vengono erogati gratuitamente o a "prezzo politico", tale cioè da far oggettivamente escludere la possibilità di coprire i costi con i ricavi. Così, non è imprenditore l'ente pubblico o l'associazione privata che gestiscono gratuitamente o a prezzo simbolico un ospedale, una scuola, una mensa ecc... E' invece imprenditore chi gestisce i medesimi servizi con metodo economico (copertura dei costi con i ricavi) anche se ispirato da un fine pubblico o ideale ed anche se, ovviamente, le condizioni di mercato non consentono poi, in fatto, di remunerare i fattori produttivi.

Neanche lo scopo di lucro è essenziale per qualificare l'attività di impresa; il nostro ordinamento conosce infatti l'impresa cooperativa e l'impresa consortile, laddove l'esercizio dell'attività, pur perseguito con metodo economico, è orientato verso altri fini quali la mutualità.

Quindi l'operatore potrà qualificare quali servizi a rilevanza economica, tutti quei servizi pubblici locali assunti dall'ente, che siano gestiti con metodo economico, laddove la tariffa richiesta all'utente assolve allo scopo di coprire integralmente i costi di gestione.

³Per i servizi privi di rilevanza economica, a seguito della sentenza della Corte Costituzionale n.272 del 27.07.2004 con la quale è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art.113 bis, occorre ora far riferimento alla legislazione regionale ovvero alla fonte locale.

sulla persona di cui trattasi un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e questa persona giuridica realizza la parte più importante della propria attività con l'ente locale o gli enti locali che la controllano. Segnatamente, ad avviso delle istituzioni comunitarie, per controllo si intende un rapporto equivalente, ai fini degli effetti pratici, ad una relazione di subordinazione gerarchica; tale situazione si verifica in particolare quando sussiste un controllo gestionale e finanziario stringente dell'ente pubblico sull'ente societario.

In detta evenienza, pertanto, l'affidamento diretto della gestione del servizio è consentito senza ricorrere alle procedure di evidenza pubblica prescritte dalle disposizioni comunitarie e dalle disposizioni interne di recepimento delle medesime⁴.

Gli affidamenti c.d. in "house", pur tollerati dall'ordinamento comunitario, non rappresentano la modalità ordinaria di affidamento tanto della gestione dei servizi pubblici locali, che dei servizi strumentali. Il legislatore statale quindi, anche sulla spinta delle Istituzioni comunitarie ha cercato di introdurre rigidi paletti a tale modalità di affidamento.

Con riferimento ai servizi strumentali ad oggi la normativa di riferimento resta l'art.13 della Legge 4 agosto 2006, n. 248 di conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 4 luglio 2006, n.223.

Il decreto prevede che, al fine di evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità degli operatori, le società a capitale pubblico o misto che svolgono le attività su descritte possano operare solo nei limiti appresso indicati:

a) debbono operare esclusivamente con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti;

⁴ Per giustificare la deroga alle regole europee di evidenza pubblica occorrono maggiori strumenti di controllo da parte dell'ente rispetto a quelli previsti dal diritto civile. La giurisprudenza comunitaria e nazionale li ha nel tempo individuati affermando, in particolare, che:

- il consiglio di amministrazione della società in house non deve avere rilevanti poteri gestionali e l'ente pubblico deve poter esercitare maggiori poteri rispetto a quelli che il diritto societario riconosce alla maggioranza sociale;
- l'impresa non deve aver "acquisito una vocazione commerciale che rende precario il controllo" da parte dell'ente pubblico (tale vocazione risulterebbe, tra l'altro: dall'ampliamento dell'oggetto sociale; dall'apertura obbligatoria della società, a breve termine, ad altri capitali; dall'espansione territoriale dell'attività della società a tutta l'Italia e all'estero: cfr., in particolare, le già citate sentenze 13 ottobre 2005, causa C-458/03 - Parking Brixen GmbH e 10 novembre 2005, causa C-29/04 - Mödling o Commissione c/ Austria);
- le decisioni più importanti devono essere sottoposte al vaglio preventivo dell'ente affidante (cfr. pure la decisione della V sez. di questo Consiglio di Stato 8 gennaio 2007, n. 5, che ha affermato che se il consiglio di amministrazione ha poteri ordinari non si può ritenere sussistere un "controllo analogo");
- il controllo analogo si ritiene escluso dalla semplice previsione nello statuto della cedibilità delle quote a privati (Tar Puglia, 8 novembre 2006, n. 5197; Consiglio di Stato, V sez., 30 agosto 2006, n. 5072).

La giurisprudenza ha anche chiarito che, in astratto, è configurabile un "controllo analogo" anche nel caso in cui il pacchetto azionario non sia detenuto direttamente dall'ente pubblico, ma indirettamente mediante una società per azioni capogruppo (c.d. holding) posseduta al 100% dall'ente medesimo. Tuttavia, una tale forma di partecipazione "può, a seconda delle circostanze del caso specifico, indebolire il controllo eventualmente esercitato dall'amministrazione aggiudicatrice su una società per azioni in forza della mera partecipazione al suo capitale" (cfr. la citata sentenza Carbotermo, 11 maggio 2006, causa C-340/04). In tale ottica, la partecipazione pubblica indiretta, anche se totalitaria, è in astratto compatibile, ma affievolisce comunque il controllo.

b) non possono svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, né in affidamento diretto né con gara;

c) non possono partecipare ad altre società od enti;

d) devono avere un oggetto sociale esclusivo;

e) non possono operare in violazione delle regole descritte, pena la nullità dei contratti.

L'esclusività dell'oggetto sociale⁵ va opportunamente riferita ad un duplice aspetto:

- le società a partecipazione pubblica devono indicare nell'oggetto sociale in maniera determinata e specifica l'attività produttiva o funzionale che svolgeranno;

- gli stessi soggetti – a tutela dei terzi – devono precisare nell'oggetto sociale che possono operare esclusivamente con i soggetti costituenti, partecipanti o affidanti.

Con riferimento invece ai servizi pubblici locali la norma di riferimento fino alla data di entrata in vigore della legge n.133 del 06 agosto 2008 era contenuta nell'art.113 del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, nella versione risultante dalla modifica operata dall'articolo 14, comma 1, lettera a), legge n. 326 del 2003), che al comma 5, così prevedeva: *“L'erogazione del servizio avviene secondo le discipline di settore e nel rispetto della normativa dell'Unione europea, con conferimento della titolarità del servizio: a) a società di capitali individuate attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica; b) 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; c) 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.”*.

Ora l'art. 23-bis nel riscrivere la disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, novella destinata a prevalere anche sulle disciplina di settore, al comma 2 così prevede: *“Il conferimento della gestione dei servizi pubblici locali avviene, in via ordinaria, a favore di imprenditori o di società in qualunque forma costituite individuati mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi del Trattato che istituisce la Comunità europea e dei*

⁵ L'esclusività dell'oggetto sociale richiesta dalla norma non è ostativa ad una società che operi sia nel campo dei servizi pubblici locali, che nel campo dei servizi strumentali. Una volta ammesso (comma primo dell'art. 13) che le società costituite o partecipate da amministrazioni pubbliche possono liberamente operare solo con le amministrazioni socie, limitarne l'oggetto ad una sola attività economica non significherebbe altro che spingere alla costituzione di una pluralità di società, monoservizio, controllate da un medesimo soggetto pubblico, in totale spregio ai canoni di efficienza, efficacia ed economicità sul cui rigoroso rispetto. Senza considerare poi che, dopo la riforma dell'art.23 bis, anche con riferimenti ai servizi pubblici locali alle società in house è oggi impedita l'attività, ancorché non prevalente, a favore di soggetti terzi rispetto ai soci, così come l'extra moenia.

principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità”.

Il successivo comma 3 introduce una deroga al principio affermato al comma precedente: *“In deroga alle modalità di affidamento ordinario di cui al comma 2, per situazioni che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace e utile ricorso al mercato, l'affidamento può avvenire nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria”.*

In tal caso l'ente affidante deve dare adeguata pubblicità alla scelta, motivandola in base ad un'analisi del mercato e contestualmente trasmettere una relazione contenente gli esiti della predetta verifica all'Autorità garante della concorrenza e del mercato e alle autorità di regolazione del settore, ove costituite, per l'acquisizione del relativo parere sui profili di competenza, parere da rendersi entro sessanta giorni dalla ricezione della predetta relazione.

La riforma dei servizi pubblici locali non si esaurisce nel decreto legge. Il legislatore, con il comma 10 dell'articolo della legge in commento, demanda ad un regolamento di delegificazione il compito di completare la riforma.

Il regolamento dovrà, tra le altre cose: *...e) disciplinare, per i settori diversi da quello idrico, fermo restando il limite massimo stabilito dall'ordinamento di ciascun settore per la cessazione degli affidamenti effettuati con procedure diverse dall'evidenza pubblica o da quella di cui al comma 3, la fase transitoria, ai fini del progressivo allineamento delle gestioni in essere alle disposizioni di cui al presente articolo, prevedendo tempi differenziati e che gli affidamenti diretti in essere debbano cessare alla scadenza, con esclusione di ogni proroga o rinnovo.*

Il precedente comma 8, infatti prevede espressamente la cessazione entro la data del 31.12.200 delle concessioni relative al servizio idrico integrato rilasciate con procedure diverse dall'evidenza pubblica, restando tuttavia escluse dalla cessazione automatica gli affidamenti operati ai sensi del comma 3 ovvero gli affidamenti in house providing.

Il comma 9, prevede per tutti gli altri settori che, in ogni caso, entro la data del 31 dicembre 2010, l'affidamento dei servizi avverrà mediante procedura competitiva ad evidenza pubblica. Nei settori diversi dal settore idrico integrato la decadenza delle concessioni potrà intervenire anche nel 2009.

Qualche commentatore un po' frettoloso ha subito intonato il *“de profundis”* degli affidamenti in house annunciando la data delle esequie entro il 31.12.2010.

Niente di più sbagliato. La deroga che il comma 3 introduce è destinata ad operare anche dopo la fatidica data del 31.12.2010.

La novità della riforma con riferimento agli affidamenti in house consiste solo nell'aver aggravato il procedimento amministrativo che presiede agli affidamenti stessi prevedendo, anzi imponendo, una riflessione maggiore ai consigli comunali che, chiamati a decidere sulla materia, debbano analiticamente motivare la scelta in base ad un'analisi del mercato, dando altresì atto della sussistenza delle ragioni economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche che non permettono un efficace e utile ricorso al mercato, ed acquisire poi dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato il parere di competenza.

Saranno quindi possibili affidamenti in house anche dopo il 2010.

La ghigliottina del 2010 riguarda unicamente le concessioni affidate senza gara⁶ a soggetti diversi dalle società pubbliche, ovvero le concessioni affidate senza gara a società miste, laddove la scelta del socio privato è avvenuta senza gara⁷, ovvero gli affidamenti a società pubbliche con riferimento alle quali non ricorrono i presupposti per l'affidamento in house.

Ciò lo si ricava, oltre che da una lettura sistematica, anche dal criterio che deve ispirare l'estensore del regolamento, criterio contenuto al comma 10, lett.e), in virtù del quale la disciplina della cessazione anticipata dovrà riguardare “gli affidamenti effettuati con procedure diverse dall'evidenza pubblica o da quella di cui al comma 3”. Così, ex-adverso, anche nei settori diversi dall'idrico-integrato, la cessazione anticipata non opererà per gli affidamenti effettuati con evidenza pubblica e per gli affidamenti in house.

Se l'affidamento della gestione dei servizi pubblici locali in house providing incontra le cautele descritte, nessun ulteriore aggravio procedurale è stato invece introdotto per gli affidamenti in house providing dei servizi strumentali.

ANTONIO PURCARO

⁶ Ad esempio nel settore della distribuzione del gas metano, a causa dei continui rinvii del decreto Letta operano ancora soggetti privati non selezionati con gara.

⁷ La gara per la scelta del partner privato, indicato di regola come quello del “socio di lavoro”, “socio industriale” o “socio operativo” (come contrapposti al “socio finanziario”), deve avere ad oggetto, al tempo stesso, anche l'attribuzione dei suoi compiti operativi e quella della qualità di socio Consiglio di Stato Adunanza della Sezione II, 18 aprile 2007 n.456; contra Consiglio di Giustizia Amministrativa della Regione Sicilia (decisione 27 ottobre 2006 n. 589) secondo il quale ancorchè il socio sia stato scelto con gara il servizio deve comunque essere affidato con gara.