

Servizi pubblici

La disciplina dei servizi pubblici locali alla luce del D.L. 135/2009

di Biagio Giliberti, Luca Raffaello Perfetti, Ilaria Rizzo (*)

A quasi un anno e mezzo dall'ultimo intervento riformatore, il legislatore è nuovamente intervenuto sulla materia dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, dettando disposizioni destinate principalmente ad integrare il sistema delle modalità di concessione e a ridefinire tempi e presupposti di operatività del periodo transitorio e del divieto di partecipazione alle gare.

Il presente lavoro è volto per un verso, ad esaminare le novità introdotte dalla riforma, raffrontandole con il previgente sistema, e per altro, a fare sinteticamente il punto sulle linee evolutive del dibattito di dottrina e giurisprudenza con riguardo ad alcuni temi di rilevanza tanto teorica che pratica quali l'assoggettamento alle regole del Codice dei contratti pubblici della gara per la scelta del concessionario, la regolamentazione dell'affidamento in favore di società miste e delle società *in house*, il coordinamento tra le norme in tema di divieto di partecipazione alle gare e periodo transitorio.

La parte finale del lavoro è dedicata ad una riflessione critica di quest'ennesima riforma, sottolineando come la novella si risolva ancora una volta in un'occasione mancata, stante la perdurante mancanza di un modello organizzativo di sviluppo complessivo del settore e le tante e rilevanti difficoltà applicative lasciate insolite.

Premessa, posizione delle questioni e raffronto tra vecchia e nuova formulazione dell'art. 23-bis, D.L. 25 giugno 2008, n. 112

A quasi un anno e mezzo dall'ultimo intervento riformatore (art. 23-bis del D.L. 25 giugno 2008, n. 112), il legislatore, con l'art. 15 del D.L. 25 settembre 2009, n. 135, convertito con modificazioni in L. 20 novembre 2009, n. 166, è nuovamente intervenuto sulla materia dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, dettando disposizioni destinate principalmente ad integrare il sistema delle modalità di concessione (mediante la regolamentazione dell'affidamento in favore di società miste) e a ridefinire tempi e presupposti di operatività del periodo transitorio e del divieto di partecipazione alle gare.

In questa sede, si intende da un lato, esaminare le novità introdotte dalla riforma, raffrontandole con il previgente sistema, e dall'altro fare sinteticamente il punto sulle linee evolutive del dibattito di dottrina e giurisprudenza relativamente ad una serie di questioni di particolare rilevanza tanto teorica che pratica. Nel dettaglio - ma senza pretese di esaustività, vista la notevole mole dei temi aperti in materia - ci si soffermerà sulle modalità di affidamento e

sugli istituti del periodo transitorio e del divieto di partecipazione alle gare. Quanto alle modalità di affidamento, l'attenzione verrà riposta sul tema dell'assoggettabilità della gara per la scelta dell'affidatario alle norme del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (e, dunque, non già solo all'art. 30 del cd. Codice dei contratti pubblici) e su quelli delle condizioni e dei presupposti necessari a disporre legittimi affidamenti cd. *in house* o in favore di società miste. Quanto a periodo transitorio e divieto di partecipazione alle gare, si intendono svolgere considerazioni sull'attitudine della novella a dettare un quadro certo di regole, sedando i dubbi sorti nel passato, nonché, nel solco di osservazioni già svolte in altro momento (1), sulla dubbia coerenza costituzionale di una riforma che ha confermato l'immediata ope-

Note:

(*) Il paragrafo "La perdurante mancanza del modello e le difficoltà applicative" è stato scritto dal Prof. Luca Raffaello Perfetti, i paragrafi "L'affidamento a società miste: sul ruolo del socio privato e sul superamento del meccanismo della doppia gara" e "L'affidamento *in house*: la marginalizzazione dell'istituto" dalla dott.ssa Ilaria Rizzo, quelli restanti dal dott. Biagio Giliberti.

(1) Sul punto sia consentito il rinvio a B. Giliberti, *Servizi pubblici locali: durata degli affidamenti, periodo transitorio e divieto di partecipazione alle gare. Prime osservazioni sull'art. 23-bis D.L. 25 giugno 2008, n. 112*, in questa Rivista, 2009, 146 ss.

rattività del divieto di partecipazione alle gare nelle more della conclusione del periodo transitorio.

Posti i temi sui quali si tenterà una riflessione, si tratta di prendere le mosse dal raffronto tra le precedenti disposizioni dell'art. 23-bis e la sua nuova formulazione, frutto della novella apportata con l'art. 15 D.L. n. 135/2009.

In prima battuta si osserva che, con l'art. 15, il legislatore ha inteso ampliare il novero dei servizi cui l'art. 23-bis non si applica, inserendo nell'ambito del comma 1 dell'art. 23-bis (che già prevedeva un'espressa esenzione per l'attività di distribuzione del gas) anche il servizio di trasporto ferroviario regionale, quello di distribuzione di energia elettrica e quello delle farmacie comunali 475/1968 (2).

Riferito dell'ambito di applicazione delle norme in esame, può dirsi, quanto alle modalità di affidamento, che la previgente versione dell'art. 23-bis prevedeva che la concessione di servizi pubblici locali potesse avvenire (a) in via ordinaria in favore di terzi individuati mediante procedure competitive ad evidenza pubblica ovvero (b) in via eccezionale in favore di società cd. *in house*.

L'assenza di un'espressa previsione delle società miste aveva alimentato il dubbio (peraltro fugato dalla più parte della dottrina anche in via del richiamo al dato letterale dell'art. 113, comma 5 del TUEL, pur sempre vigente e suscettibile di coordinamento con l'art. 23-bis D.L. n. 112/2008) di una rinuncia da parte del legislatore di avvalersi di tale modalità di affidamento di servizi pubblici locali. Come meglio si dirà di seguito, la riforma ha inteso sedare proprio quest'incertezza, reintroducendo espressamente la figura e dettandone una specifica regolamentazione. In particolare, con l'art. 15, si è stabilito che l'affidamento in favore di società a partecipazione mista pubblica e privata necessita dell'attribuzione al socio privato di una partecipazione societaria non inferiore al 40 per cento, da disporre mediante selezione ad evidenza pubblica che riguardi al contempo la qualità di socio e l'attribuzione in suo favore di compiti operativi connessi alla gestione del servizio.

L'art. 23-bis, inoltre, era intervenuto sulla materia della durata degli affidamenti, introducendo previsioni in materia di cd. periodo transitorio. Si prevedeva in particolare: (a) che le concessioni relative al servizio idrico integrato rilasciate con procedure diverse dall'evidenza pubblica dovessero cessare comunque entro e non oltre la data del 31 dicembre 2010 (comma 8) e (b) che, per quanto concerne gli altri servizi pubblici locali (comma 10, lett. e), spettasse al Governo, mediante regolamento (ad

oggi non ancora emanato), disciplinare il periodo transitorio, fermo restando il limite massimo stabilito dall'ordinamento di ciascun settore per la cessazione degli affidamenti effettuati con procedure diverse dall'evidenza pubblica. Ciò, peraltro, tenendo in conto il termine massimo di scadenza degli affidamenti fissato al 31 dicembre 2010, data a decorrere dalla quale era previsto che si dovesse comunque procedere alla celebrazione di gare per i nuovi affidamenti (comma 9). Su quest'ultimo insieme di previsioni è intervenuto l'art. 15 dettando una disciplina profondamente differente, che, in estrema sintesi, collega il beneficio del mantenimento degli affidamenti diretti fino a scadenza naturale alla realizzazione di corpose operazioni di dismissione del capitale delle società affidatarie detenute da amministrazioni pubbliche.

Nel dettaglio, a seguito della novella dell'art. 15, il comma 8 dell'art. 23-bis regola il periodo transitorio nei termini che seguono:

- a) le gestioni in essere alla data del 22 agosto 2008 affidate conformemente ai principi comunitari in materia di cosiddetta *in house* cessano alla data del 31 dicembre 2011, salvo che entro il 31 dicembre 2011 le amministrazioni cedano almeno il 40% del capitale attraverso le modalità di cui alla lett. b) del comma 2 (scelta mediante gara del socio privato, cui affidare compiti operativi e con una partecipazione non inferiore al 40%);
- b) 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 nazionali e comunitari in tema di contratti pubblici, le quali non abbiano avuto ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione dei

Nota:

(2) Sul tema, invero, si può ricordare che nella prima versione il legislatore aveva deciso di estendere l'applicazione dell'art. 23-bis del D.L. n. 112/2008 a tutti i servizi pubblici locali e, dunque, anche a settori, quali la distribuzione di gas e di energia elettrica ed il trasporto pubblico locale, tradizionalmente oggetto di una riserva in favore delle sole discipline di settore. Successivamente, tuttavia, l'art. 30, comma 26, L. 23 luglio 2009, n. 99, riformando l'art. 23-bis del D.L. n. 112/1998 ha espressamente riaffermato la regola - originariamente contenuta nell'art. 113 D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267 - per cui il settore della distribuzione del gas è retto dalla propria disciplina particolare. Con l'art. 15 del D.L. n. 135/2009 il legislatore ha esteso l'esenzione anche ai settori dell'energia elettrica e del trasporto ferroviario regionale (e non dunque all'intero sistema di trasporto pubblico, come viceversa era sotto la vigenza dell'art. 113 D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267). Ciò peraltro con scelta di dubbia necessità posto che i servizi espressamente esclusi non parrebbero comunque riconducibili alla nozione di servizio pubblico locale indicata dall'art. 112 del TUEL.

compiti operativi connessi alla gestione del servizio, cessano, improrogabilmente e senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante, alla data del 31 dicembre 2011;

c) 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, dei principi nazionali e comunitari in tema di contratti pubblici, 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;

d) 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'art. 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;

e) le gestioni affidate che non rientrano nei casi di cui alle lettere da a) a d) cessano comunque entro e non oltre la data del 31 dicembre 2010, senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante. Riferito delle norme in tema di periodo transitorio, si devono infine richiamare le disposizioni in tema di divieto di partecipazione alle gare. In particolare, come si intende meglio dire di seguito, la novella apporta al previgente testo dell'art. 23-bis una modifica destinata a far discutere, laddove nel disciplinare la cd. esenzione prime gare, stabilisce che i soggetti affidatari diretti di servizi pubblici locali possono concorrere «su tutto il territorio nazionale» alla prima gara successiva alla cessazione del servizio avente ad oggetto i servizi da essi forniti. Per il resto, la novella conferma la previgente disciplina dell'art. 23-bis, sicché i tratti essenziali del regime del divieto di partecipazione alle gare si presentano nei termini che seguono:

1) i soggetti titolari della gestione di servizi pubblici locali non affidati mediante le procedure competitive, nonché i soggetti cui è affidata la gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimo-

niali degli enti locali, qualora separata dall'attività di erogazione dei servizi, non possono acquisire la gestione di servizi ulteriori ovvero in ambiti territoriali diversi, né 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;

2) il divieto non si applica alle società quotate in mercati regolamentati ed al socio privato della società mista, nel caso in cui lo stesso sia stato scelto secondo le modalità dettate dall'art. 23-bis, comma 2, lett. a);

3) i soggetti affidatari diretti di servizi pubblici locali possono comunque concorrere, su tutto il territorio nazionale, alla prima gara svolta successiva alla cessazione del servizio avente ad oggetto i servizi da essi forniti;

4) l'immediata operatività del divieto di partecipazione, scollegandone l'efficacia dalla decorrenza dei termini massimi di durata del periodo transitorio.

Le modalità di affidamento

Come segnalato in premessa, si intende indugiare su alcuni temi che riguardano il sistema degli affidamenti dei servizi pubblici locali, avendo riguardo, in particolare, all'assoggettamento della gara per la scelta del concessionario al complesso delle regole dettate dal Codice dei contratti pubblici ed alla riflessione di dottrina e giurisprudenza in ordine a termini e condizioni necessari per poter validamente disporre affidamenti in favore di società miste o *in house*.

L'affidamento a privati mediante gara: l'applicazione del Codice dei contratti pubblici alle concessioni di pubblico servizio

In tema di gara per l'affidamento delle concessioni di pubblico servizio, l'art. 23-bis, comma 2 lett. a) non richiama il D.Lgs. n. 163/2006 (3) stabilendo piuttosto che le procedure ad evidenza pubblica debbano venir celebrate in conformità con i principi del Trattato che istituisce la Comunità europea ed con i principi generali in materia di contratti pubblici (ovverosia, in particolare, i principi di economicità, efficacia, imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento e proporzionalità).

Nota:

(3) Ugualmente nessun espresso richiamo si rinviene nell'art. 3 lo schema di decreto del Presidente della Repubblica recante regolamento di attuazione dell'art. 23-bis.

Tale conformazione del dato normativo parrebbe sorreggere l'idea che il Codice dei contratti pubblici non si applichi alle concessioni di pubblico servizio. Il cerchio attorno a tale posizione, peraltro, parrebbe potersi chiudere favorevolmente considerando che con il D.Lgs. n. 163/2006 sono state recepite in Italia le sole Direttive comunitarie in materia di appalti, che nell'ordinamento comunitario non si rinvia un quadro di regole altrettanto analitico per le concessioni (sicché alle stesse si ritengono comunemente applicabili i soli principi del Trattato) ed, infine, che lo stesso Codice dei contratti, all'art. 30, parrebbe ratificare tale stato di cose, prevedendo proprio che ai contratti di concessione si debbano applicare i soli principi in precedenza richiamati e non anche l'insieme delle specifiche previsioni fissate con riguardo ai soli contratti di appalto.

La tesi appena richiamata rinvia il proprio fondamento teorico nell'idea della coincidenza tra la nozione comunitaria e quella nazionale di concessione di servizi, ovverosia nel presupposto per cui entrambi gli ordinamenti intenderebbero per concessione di pubblico servizio quel contratto avente il medesimo oggetto di un contratto di appalto, dal quale, tuttavia, verrebbe a distinguersi per via del fatto che mentre in quest'ultimo il corrispettivo per il servizio prestato è posto in capo al soggetto aggiudicatore, nel primo grava (in tutto o per una consistente parte) in capo all'utenza.

Tale ricostruzione non pare potersi condividere. In questa sede, per ovvie ragioni, non si intende riflettere sull'annoso problema della natura provvedimentale, convenzionale o contrattuale delle concessioni di pubblico servizio - tema rispetto al quale, rinviando ad altro luogo (4), si può solo segnalare di intendere l'istituto in termini contrattualistici - quanto piuttosto evidenziare, nel solco di autorevole dottrina (5), che la relazione tra le nozioni comunitarie di appalti e concessioni debba essere declinata in termini differenti rispetto a quella fin ora descritta.

Si tratta di osservare preliminarmente che per quanto la nozione di concessione di pubblico servizio sia dibattuta (6), la dottrina e la giurisprudenza, pur spesso lontanissime nella declinazione dell'istituto nella pratica, rinvergono un punto teorico d'incontro nell'idea che debba pur sempre trattarsi di servizi volti a favorire lo sviluppo economico e sociale delle comunità locali di riferimento. Nessuna attenzione è, dunque, riposta sul tema del corrispettivo, risultando anzi indifferente se, a fronte dell'erogazione di utilità in favore della collettività, il compenso all'affidatario sia erogato direttamente

dall'utenza o dal soggetto aggiudicatore. Da tutto ciò discende l'idea per cui le concessioni di servizi pubblici possono venir disposte mediante il ricorso a contratti di appalto, ogniqualvolta, ferma l'erogazione del servizio in favore dell'utenza, il pagamento del corrispettivo risulti a carico dell'amministrazione. Alla luce di quanto appena riferito, potrà allora ritenersi che, a seconda dello strumento di volta in volta prescelto dal legislatore per la remunerazione dell'utenza, potranno darsi ipotesi di affidamento (concessione) di un servizio pubblico locale nelle forme dell'appalto di servizi o della concessione di servizi. In altri termini, concessione di servizio pubblico potrà aversi sia che lo schema contrattuale assunto preveda che la (mera) remunerazione dell'affidatario sia a carico dell'amministrazione (con il che si avrà contratto di appalto, secondo la nozione dell'art. 3 D.Lgs. n. 163/2006, assoggettato alle relative disposizioni) sia che l'affidatario venga esposto al cd. rischio di gestione, dovendosi remunerare presso gli utenti del servizio (con il che si avrà contratto di concessione, sempre secondo la nozione dell'art. 3 D.Lgs. n. 163/2006, assoggettato ai soli principi dell'art. 30 del citato decreto).

Ciò precisato, occorre solo aggiungere che ai sensi sempre del D.Lgs. n. 163/2006 le disposizioni in esso contenute trovano applicazione anche nell'ipotesi in cui all'affidamento di un servizio si proceda per il tramite della costituzione di un veicolo societario, con il che si può affermare che le considerazioni appena svolte possano venir confermate anche nell'ipotesi in cui la concessione di un servizio pubblico locale avvenga in favore di società mista.

L'affidamento a società miste: sul ruolo del socio privato e sul superamento del meccanismo della doppia gara

Come in precedenza riferito, il novellato art. 23-bis comma 2 lett. b), innovando rispetto alla primigenia versione, ha provveduto a disciplinare l'affidamento a società mista, quale ulteriore modalità di concessione che si affianca a quella della scelta del concessionario privato per il tramite delle procedu-

Note:

(4) Sia consentito il rinvio a B. Giliberti, *La concessione di pubblico servizio tra sistematiche nazionali e diritto comunitario*, in corso di pubblicazione in *Dir. Amm.*, 2010.

(5) L. Bertonazzi, R. Villata, *Servizi di interesse economico generale*, in M.P. Chiti, G. Greco, *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 2007, 1861.

(6) Sul tema non può ovviamente che farsi rinvio a R. Villata, *Pubblici servizi*, ed. V, Milano, 2008.

re ad evidenza pubblica ed all'ipotesi, derogatoria ed eccezionale, dell'affidamento cd. *in house* (7).

La novella si pone nel solco di una lunga e profonda riflessione, apparendo ineludibile che si tratti di un modulo organizzatorio di certo non sconosciuto né alla dottrina né alla giurisprudenza. Ed invero, quanto a quest'ultima, non appare superfluo rammentare il parere reso dalla Sezione II del Consiglio di Stato 18 aprile 2007 che aveva escluso che vi fosse necessità di esperire due gare, una per la scelta del socio, l'altra per l'affidamento del servizio e che aveva reputato legittimo il ricorso all'affidamento in favore di società mista a condizione che venissero individuati i compiti spettanti al socio operativo e che la partecipazione di questi fosse temporanea (8).

L'odierna scelta normativa di voler espressamente prevedere questa ulteriore modalità di affidamento appare, quindi, ispirata dall'evidente intento di sgombrare il campo da possibili equivoci, legittimando l'affidamento diretto a società mista. Peraltro, le modalità scandite nella norma indurrebbero l'interprete ad intravedervi un indice univoco della volontà del legislatore di avallare "ufficialmente" la tesi giurisprudenziale che legittima l'affidamento diretto a società mista del servizio senza necessità di una doppia gara.

Ciò detto in ordine all'intento generale della novella, si vogliono ora svolgere alcune brevi considerazioni circa quella parte della norma in commento che prevede che al socio privato debbano essere attribuiti specifici compiti operativi (9). All'uopo, ed al solo fine di tentare di rendere significativa l'espressione al di là del tenore letterale della precisazione, si segnala che della norma potrebbero fornirsi due diverse chiavi di lettura.

Prima di considerarle, è necessario premettere che il tema su cui ci si deve interrogare è quello del se la previsione dei compiti operativi possa esser connessa con la percentuale di partecipazione azionaria del socio privato (che la norma fissa nella misura non inferiore al 40%) nel senso di frapporre limiti a che la partecipazione privata si attesti su percentuali ben superiori a detta soglia. In altri termini, nel presupposto che la percentuale minima ha il fine di garantire una certa consistenza del socio operativo tale da assicurare e soddisfare il requisito della consistenza ed efficienza del proprio ruolo operativo, la questione riguarda la possibilità di rinvenire ragioni a che la partecipazione azionaria da parte del socio debba comunque ritenersi limitata ad una certa misura.

Orbene, stando alla lettera della legge parrebbe po-

tersi ritenere che la partecipazione azionaria del partner privato non incontri alcun limite massimo, con il che si sarebbe inteso rimettere a valutazioni di opportunità pratica delle singole amministrazioni la decisione di confinare il socio privato a soli compiti operativi, escludendo che la sua partecipazione possa assumere dimensioni tali da garantire allo stesso il controllo della società.

In questi termini, verrebbe a rimarcarsi una certa diversità tra il modello assunto dal legislatore italiano e quello che parrebbe declinato nel parere del Consiglio di Stato e dall'ordinamento comunitario, nei quali l'istituto della società mista è concepito in termini di strumento di controllo interno alla compagine societaria da parte del socio pubblico ed a tenore del quale si dovrebbe affermare che il ruolo del socio debba rimanere solo operativo (nel senso che la partecipazione dello stesso al capitale andrebbe confinata solo ed esclusivamente all'apporto operativo di organizzazione, tecnologia e *know-how* e che la stessa non possa e debba trasformarsi in posizione di controllo da parte del socio privato). Ne discende, ragionando in questi termini, che (impregiudicato il tema dell'attitudine dei patti parasociali ad incidere sui meccanismi di controllo societario a prescindere dalle quote di partecipazione detenuta dai singoli soci) la percentuale della consistenza azionaria del privato non dovrebbe superare una soglia tale da rendere la posizione del socio non più solo operativa ma anche di controllo.

Come accennato, tuttavia, la specificazione dei compiti operativi si offre anche ad altra soluzione ermeneutica, che meglio coordinerebbe la norma

Note:

(7) Come già rilevato dai primi commentatori dell'art. 23-bis L. n. 133/2008, sebbene la norma, nell'originaria versione, nulla prevedesse espressamente, poteva, comunque, ritenersi che le amministrazioni avessero facoltà di procedere ad affidamento diretto del servizio a società mista, assumendosi tale modalità di concessione quale facoltà intrinseca al modello di esternalizzazione di cui al comma 2 del cit. art. 23-bis. Peraltro, come si intende illustrare nel corpo del testo, la giurisprudenza aveva nel tempo delineato le condizioni necessarie a che il modello dell'affidamento in favore di società miste potesse essere assunto conformemente alle prescrizioni in tema di concorrenza provenienti dall'ordinamento comunitario.

(8) Tale posizione, peraltro, nettamente avversata in C.G.A. 4 settembre 2007, n. 719, aveva, invero, ricevuto autorevole avallo da Cons. Stato, Ad. Plen., 3 marzo 2008, n. 1.

(9) A tal riguardo, non appare superfluo rammentare, *in primis*, che secondo gli orientamenti comunitari (cfr. Commissione Europea, *Libro verde sui partenariati pubblico-privati* del 30 aprile 2004), nel partenariato pubblico-privato il socio pubblico deve limitarsi al controllo mentre l'operatività deve essere affidata al socio privato. Nella prassi nazionale delle società miste generalmente non è avvenuto così: al socio privato spesso sono attribuiti compiti limitati lasciando l'operatività come tale alla società.

con le indicazioni comunitarie e della giurisprudenza nazionale. In una battuta, l'intento del legislatore potrebbe essere ricercato nella volontà di escludere l'ammissibilità all'interno della società mista di un socio "generalista", ovverosia di partecipazioni meramente finanziarie. Tale esegesi dovrebbe, conseguentemente, portare a ritenere che il socio operativo non potrebbe assumere all'interno della società una posizione tale da comportare la perdita del controllo da parte del socio pubblico (10).

Ciò detto ci si deve poi chiedere se al socio operativo, individuato tramite selezione pubblica, possano essere affidati più compiti operativi ovverosia se alla società mista possano essere affidati più servizi. Tale riflessione si rende necessaria in ragione della propensione di una certa parte della dottrina - espressa peraltro con riguardo alla possibilità che società strumentali degli enti locali erogino per questi anche servizi pubblici - ad escludere una simile possibilità nel timore di distorsioni della concorrenza e di creazione di situazioni monopolistiche.

Sul punto, si deve aver riguardo anzitutto alla lettera della legge che nulla dice sul punto, ed anzi, l'espressa previsione normativa circa l'affidamento del servizio a società mista, con gara effettuata per la scelta del socio privato, appare senz'altro indice dell'intento di "legalizzare" tale modulo organizzativo, peraltro, incentivando una partecipazione del privato consistente (non meno del 40%). D'altronde lo stesso art. 23-bis con previsione di carattere generale - ovverosia destinata ad operare in relazione ad ognuna delle modalità di affidamento - conferma la possibilità che più servizi pubblici possano venir affidati nella medesima occasione, a patto che ciò risulti economicamente vantaggioso (art. 23-bis, comma 6). Si deve poi considerare che la celebrazione della gara per la scelta del socio vale ad escludere distorsioni della concorrenza. A ciò peraltro, sembra doversi aggiungere che, onde non depotenziare la necessità di evitare che affidamenti vengano disposti in favore di soggetti inadeguati, diviene fondamentale ribadire l'opportunità che nei bandi di gara si faccia richiesta espressa di requisiti di partecipazione (tecnico-professionali ed economici) idonei a garantire che l'affidamento avvenga in favore di un socio operativo (eventualmente organizzato anche in associazione temporanea di imprese) effettivamente capace di farsi carico di una pluralità di servizi.

L'affidamento in house: la marginalizzazione dell'istituto

Le nuove norme che si commentano confermano la

propensione del legislatore, già espressasi in termini del tutto simili nella prima formulazione dell'art. 23-bis, a relegare il ricorso al modulo dell'*in house providing* a soluzione eccezionale. Viene previsto, infatti, che all'istituto si possa accedere ad esito di quella che potrebbe definirsi una *probatio diabolica*, precipuamente considerando che l'atto deliberativo dell'ente locale dovrà fondarsi sulla comprovata sussistenza di circostanze eccezionali che non rendono possibile il ricorso al mercato e che per lo stesso viene previsto l'assoggettamento al preventivo parere dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e delle autorità di regolazione del settore, ove costituite (pareri che sebbene non vincolanti dovranno essere tenuti nella dovuta considerazione).

Non avendo la figura subito significative modificazioni dalla riforma, in questa sede ci si intende soffermare brevemente sulle poche previsioni innovative, salvo svolgere qualche breve riflessione generale sulla legittimità di una soluzione normativa che marginalizza in modo così marcato l'*in house providing* e rinviare ad altro luogo per una più approfondita analisi dell'istituto nel suo complesso (11).

Note:

(10) La predetta ricostruzione, ovviamente, costituisce solo una delle possibili prospettazioni della norma *de qua*, che ben si presta a differenti ricostruzioni, rispetto a quella ivi proposta. Già in tal senso, infatti, alcuno, sebbene prima degli emendamenti introdotti e, dunque, in assenza dell'inciso «attribuzione di specifici compiti operativi» ha affrontato in altra prospettiva la questione della consistenza della partecipazione azionaria del privato. In particolare, discorrendo circa l'applicabilità dei limiti sanciti dall'art. 15 comma 9 anche alle società miste si è affrontato il problema dell'applicabilità dei divieti anche al privato che partecipi alla società mista. Ove il privato partecipasse in misura tale da assicurarsi il controllo della società, potrebbe ritenersi che esso, quale soggetto controllante, sia destinatario dei divieti *ex lege* previsti. Sul punto, rileva che il dato quantitativo della partecipazione al capitale sociale *ex sé* non è indice del controllo societario, così come evincibile dall'art. 2359 c.c.

(11) Ed invero non essendo questa la sede per poter indugiare sull'ampia riflessione offerta dalla dottrina e dalla giurisprudenza sull'istituto in esame, si rinvia - per una più ampia comprensione dei termini in cui la figura può essere correttamente assunta alla luce dell'incidenza della giurisprudenza comunitaria sulla individuazione dei confini dell'istituto - a quanto illustrato in L.R. Perfetti, *Miti e realtà nella disciplina dei servizi pubblici*, in *Dir. Amm.*, 2006, 387. Sulla evoluzione dell'*in house providing* all'interno della sentenza *Parking Brixen* si veda B. Giliberti, *In house providing: questioni vecchie e nuove*, in *Foro Amm. CdS*, 2006, 44. Per una compiuta riflessione sulle ragioni di fondo che legittimano in ottica comunitaria il ricorso alla figura, nonché sui singoli presupposti che fondano il legittimo ricorso all'istituto sia, peraltro, consentito rinviare alle più ampie considerazioni svolte in I. Rizzo, *Servizi pubblici locali e affidamento in house*, 2010, Collane Scie (diretta da) L. Carbone, R. De Nictolis, F. Caringella. Fin d'ora, tuttavia, preme segnalare che la figura si fonda sull'assunto per cui non vi è lesione del principio comunitario della concorrenza, allorquando possa escludersi che l'azienda af-

(segue)

Ed allora, nel dettaglio, per quanto attiene al parere da rendersi da parte della competente Autorità, si osserva che l'art. 15 D.L. n. 135/2009, nell'originaria formulazione, aveva previsto l'individuazione da parte dell'Autorità garante del mercato e della concorrenza di una soglia oltrepassata la quale è obbligatorio il parere della stessa Autorità. La previsione aveva, nell'immediato, suscitato qualche perplessità, per rendere di fatto meno intensi i controlli sugli affidamenti domestici disposti al di sotto di quella soglia. Successivamente, in data 4 novembre 2009, in sede di conversione normativa da parte del Senato all'art. 15 D.L. n. 135/2009, si è preferito affidare ad un regolamento l'individuazione delle soglie economiche al di sotto delle quali non è da richiedersi il parere della competente Autorità (12). Sempre a tale riguardo, appare, peraltro, opportuno dare atto, che lo schema di decreto del Presidente della Repubblica recante regolamento di attuazione dell'art. 23-bis del D.L. n. 112/2008, approvato dal Consiglio dei Ministri n. 76 del 17 novembre 2009 disciplina espressamente l'iter da seguire nella richiesta di parere all'Authority (13). Ciò detto in ordine al regime dell'istituto si intende solo brevemente osservare che quest'opera di ulteriore *restyling* appare contraddittoria, considerato che sarebbe stato, forse, più coerente per il legislatore eliminare completamente tale modulo organizzativo, invece di offrire alle amministrazioni locali la possibilità di adoperarlo...a condizioni impossibili.

A trasporre tale valutazione di opportunità su di un piano di legittimità della riforma non può mancare di riferirsi che la disciplina nazionale è stata accolta come una «indebita invasione di campo», operata dal legislatore statale, nell'esercizio di potestà dell'ente locale di organizzarsi autonomamente al fine di esercitare al meglio i propri compiti e le proprie funzioni istituzionali, assumendosi tali potestà quali prerogative, sia sul piano costituzionale del riparto delle competenze che su quello dei principi comunitari, inviolabili ed intangibili. Appare, infatti, opportuno evidenziare come alcune Regioni con ricorso *ex art. 127 Cost.*, abbiano censurato numerose disposizioni contenute nel richiamato art. 23-bis,

Note:

(segue nota 11)

fidataria del servizio sia un vero imprenditore, circostanza che si verifica ogniqualvolta questa agisca in assenza del cd. rischio di impresa, rilevando solo quale braccio operativo della pubblica Amministrazione (professionalizzato e capace di acquisire sul mercato i mezzi e le professionalità necessarie ma sostanzial-

mente equiparabile a quelle figure tradizionali del diritto amministrativo, ormai quasi del tutto scomparse, quali le aziende autonome o gli organi con personalità giuridica).

Tale esigenza si è tradotta nella propensione del Giudice comunitario (e per riflesso di quello nazionale) ad imporre una verifica particolarmente rigorosa in ordine alla sussistenza dei requisiti del controllo analogo e dell'obbligo da parte della società *in house* di svolgere la propria attività in via prevalente con l'ente affidante.

In particolare, quanto al controllo analogo, vi è la propensione a ritenere necessario che si realizzi il cd. controllo strutturale, da non limitare agli aspetti formali relativi alla nomina degli organi societari ed al possesso della totalità del capitale azionario. In questi termini, l'evoluzione pretoria ha posto in luce, proprio sotto il profilo dell'intensità del controllo analogo, che l'ingerenza sostanziale dell'ente controllante si deve realizzare con modalità tali da determinare il controllo da parte dell'ente affidante delle politiche aziendali, restando inteso che la società non deve comunque operare sul mercato in regime di concorrenza. Si è così deciso di elevare a fattori indicativi del controllo analogo la sussistenza di previsioni anche statutarie che: a) rimettano all'ente socio affidante la determinazione dell'ordine del giorno del Consiglio di amministrazione, onde garantire esattamente il controllo dell'indirizzo strategico ed operativo della società; b) la nomina dei dirigenti; c) l'elaborazione delle direttive sulla politica aziendale. Sul tema, inoltre, si segnala che i Giudici del Lussemburgo hanno escluso che possa sussistere il controllo analogo in presenza di una compagine societaria composta anche da capitale privato, giungendo ad affermare anche che la circostanza secondo cui dallo statuto della società traspaia il rischio della futura cedibilità di parte del capitale della società a privati vale ad escludere la sussistenza di un legittimo affidamento *in house*, essendo irrilevante che una clausola risolutiva espressa stabilisca la decadenza dell'affidamento ove vengano a cessare le condizioni che tale affidamento legittimano.

Peraltro, quanto all'esigenza che la parte più importante dell'attività venga svolta a favore della p.a., la giurisprudenza non ha indicato un parametro quantitativo certo, valutando opportuno operare una ponderazione *case by case*, nella quale assegnare il giusto risalto anche all'aspetto qualitativo, in modo tale da accertare che in termini di strategia aziendale e di influenza sul libero mercato, l'attività episodicamente posta in essere non risulti in fatto rilevante, né per il soggetto controllato, né per il settore di mercato invaso.

(12) Sul punto, peraltro, con breve annotazione, pare si possa osservare che la previsione pare ispirata da finalità politiche, laddove probabilmente l'individuazione delle soglie economiche da parte dell'Authority, in quanto organismo dotato di alto tecnicismo e professionalità, sarebbe risultata più appropriata.

(13) Si prevede, infatti, che «gli affidamenti di servizi pubblici locali assumono rilevanza ai fini dell'espressione del parere di cui all'art. 23-bis, comma 4, se il valore economico del servizio oggetto dell'affidamento supera la somma complessiva di 200.000,00 euro. Il detto parere è comunque richiesto, a prescindere dal valore economico del servizio, qualora la popolazione interessata sia superiore a 50.000 unità. [...] Nel rendere il parere di cui al comma 1 si tiene espressamente conto delle condizioni rappresentate ai sensi del comma 2 e dichiarate dall'ente affidante sotto la personale responsabilità del suo legale rappresentante. L'effettivo rispetto delle condizioni di cui al comma 2 è verificato annualmente dall'ente affidante, che invia gli esiti di tale verifica all'Autorità garante della concorrenza e del mercato. In caso negativo, anche su segnalazione della medesima Autorità, l'ente procede alla revoca dell'affidamento e al conferimento della gestione del servizio ai sensi dell'art. 23-bis, comma 2».

La recente regolamentazione appare essere più garantista rispetto alle aspettative ingenerate dall'art. 23-bis, come novellato, atteso che le soglie indicate impediscono, di fatto, il vanificarsi dei rigidi paletti imposti dalla normativa per il ricorso all'affidamento *in house*.

a cominciare dai commi 2 e 3, contestandosi in particolare la competenza del legislatore statale a dettare una disciplina che, imponendosi alla legislazione di settore, anche regionale, releghi l'*in house providing* a mera fattispecie eccezionale.

Per converso rispetto ai rilievi appena formulati, occorre, comunque, dare atto della volontà del legislatore, per tramite dell'art. 23-bis di arginare un fenomeno, quello dell'affidamento dell'*in house providing*, il cui ricorso abituale da parte delle amministrazioni locali è divenuto l'occasione per ingenti spese per l'ente affidante, con ripercussioni negative in termini di bilancio per l'ente medesimo.

In questo senso, diviene allora quanto mai rilevante segnalare come con lo schema di decreto del Presidente della Repubblica recante regolamento di attuazione dell'art. 23-bis del D.L. n. 112/2008 si sia inteso intervenire su questi fattori di disfunzione introducendo previsioni in tema di assoggettamento delle società *in house* al patto di stabilità interno (art. 5), alle norme di evidenza pubblica per l'acquisto di beni e servizi (art. 6, previsione estesa anche alle società miste) ed a quelle in tema di assunzione di personale di cui all'art. 18, comma 1 D.L. 25 giugno 2008, n. 112 (art. 7, per le società miste è fatto riferimento all'art. 18, comma 2 del citato D.L.).

La nuova disciplina del periodo transitorio

Come in precedenza rilevato, il legislatore è intervenuto con una disciplina fortemente innovativa a disciplinare l'istituto cd. del periodo transitorio seguendo una direttrice di riforma incentrata, per un verso, sull'individuazione di nuovi termini di durata dello stesso e, per altro, sulla introduzione di un meccanismo premiale (che consente il mantenimento dell'affidamento fino al termine di naturale scadenza) in caso di dismissione di parte della partecipazione pubblica secondo regole di mercato. La riforma riguarda tutti i tipi di affidamento, sicché per comodità espositiva pare opportuno dedicare qualche breve riflessione specifica ad ognuno di essi.

Quanto agli affidamenti *in house*, le norme prendono in considerazione le concessioni disposte fino alla data del 22 agosto 2008 (cioè alla data di entrata in vigore della L. n. 133/08 di conversione del D.L. n. 112/08), discriminando tra affidamenti conformi o meno alle prescrizioni dell'istituto elaborate in sede comunitaria. A prescindere dall'evanescenza di un simile richiamo essendo la giurisprudenza della Corte di Giustizia sempre resa sulla base del fatto

concreto posto alla sua attenzione (14), si osserva che in caso di affidamenti conformi al diritto comunitario la scadenza è fissata al 31 dicembre 2011, per quelli difformi al 31 dicembre 2010.

Ciò detto è importante osservare ulteriormente che l'art. 23-bis, comma 8, lett. a) limita il beneficio del meccanismo premiale (che consente il mantenimento dell'affidamento fino al termine di scadenza naturale in caso di operazioni di dismissione della partecipazione pubblica da svolgere secondo modalità coincidenti con quelle dettate per l'affidamento a società miste) ai soli affidamenti *in house* conformi al diritto comunitario. Conseguentemente, dalla lettera della legge sembra dover discendere che gli affidamenti diretti difformi dal modello comunitario, sebbene disposti entro il citato termine del 22 agosto 2008, non possano avvantaggiarsi di alcun prolungamento del servizio rispetto al termine generale del periodo transitorio fissato al 31 dicembre 2010 (15). Quanto agli affidamenti *in house* concessi dopo il citato termine del 22 agosto 2008, può dirsi che gli stessi non ricadono nella disciplina transitoria e che dovranno venir disposti nel rispetto delle norme restrittive in precedenza commentate per come integrate dalle disposizioni regolamentari in corso di approvazione (16).

Note:

(14) Con il che non può che farsi ancora una volta richiamo a quanto sostenuto in L.R. Perfetti, *Miti e realtà nella disciplina dei servizi pubblici*, cit.

(15) Nelle prime riflessioni pubblicate sulla riforma non si è mancato, peraltro, di osservare che ciò «non significa, però, che un'analoga procedura di "trasformazione", non possa essere compiuta anche nel caso di società a totale capitale pubblico che, alla data del 22 agosto 2008, pur essendo affidatarie dirette di un servizio pubblico locale, non erano, tuttavia, "conformi" ai principi comunitari in materia di cd. *in house*. Le società a partecipazione mista pubblica/privata costituiscono una delle due forme "ordinarie" di conferimento della gestione dei servizi pubblici locali (l'altra è, come noto, la concessione a terzi mediante procedure competitive ad evidenza pubblica), sicché nulla impedisce all'ente locale, titolare del capitale di una società a totale partecipazione pubblica "non conforme" ai principi comunitari in materia di cd. *in house*, di affidare la gestione del servizio svolto dalla predetta società ad una società "mista" derivata dalla "trasformazione" della società a totale partecipazione pubblica o, a tutto voler concedere, ad una società "mista" di nuova costituzione in cui far "confluire" l'azienda (ex art. 2555 c.c.) della società a totale capitale pubblico (si veda sul punto C. Tessarolo, *Il regime transitorio nel nuovo sistema dei servizi pubblici locali*, in www.dirittodeiservizipubblici.it).

(16) Sul punto si segnala che secondo lo "schema" di regolamento in corso di approvazione gli affidamenti *in house* «assumono rilevanza ai fini dell'espressione del parere di cui all'art. 23-bis, comma 4, se il valore economico del servizio oggetto dell'affidamento supera la somma complessiva di 200.000,00 euro. Il detto parere è comunque richiesto, a prescindere dal valore economico del servizio, qualora la popolazione interessata sia superiore a 50.000 unità».

Riferito del regime transitorio prescelto per le società *in house*, occorre svolgere riflessioni circa quello introdotto per le società miste. A tal riguardo è utile segnalare che la novella ha inteso distinguere tra il caso in cui il socio della società non sia stato selezionato mediante procedura ad evidenza pubblica, quello in cui lo stesso sia stato selezionato mediante procedura ad evidenza pubblica, la quale, tuttavia, non ha avuto ad oggetto anche l'attribuzione di compiti operativi connessi alla gestione del servizio ed infine quello in cui la gara abbia avuto ad oggetto al contempo la qualità di socio e l'affidamento del servizio.

Nei primi due dei casi richiamati gli affidamenti cessano rispettivamente, il 31 dicembre 2010 e il 31 dicembre 2011; nella terza ipotesi, la scadenza è quella prevista nel contratto di servizio.

La novella pare evidentemente ispirata dall'impossibilità di ricondurre le prime due ipotesi nell'alveo delle indicazioni offerte dalla giurisprudenza comunitaria (17), risultato che a ben vedere non avrebbe potuto esser perseguito nemmeno mediante l'estensione (che la legge di fatto non prevede) alle società miste in esame dei meccanismi premiali considerati per gli affidamenti *in house*, posto che, in questi casi, la dismissione di partecipazione pubblica non avrebbe comunque potuto garantire il venir meno dell'illegittimo beneficio dell'affidamento diretto in favore dell'originario socio privato.

Tale ultima riflessione introduce il tema della disciplina specifica per le società quotate, per le quali il legislatore, presumibilmente considerando necessario disporre particolari misure di tutela del pubblico risparmio e stimando la quotazione in borsa quale modalità di mercato per l'individuazione di soci privati, ha inteso dettare una disciplina specifica.

Si prevede così che le società a partecipazione pubblica quotate in borsa al 1° ottobre 2003, nonché le società da esse controllate ai sensi dell'art. 2359 c.c., possano mantenere gli affidamenti diretti assentiti fino a quella data per il tempo di durata dell'affidamento previsto dal contratto di servizio, a patto che la partecipazione pubblica si riduca, anche progressivamente, tramite forme di dismissione di mercato ad una quota non superiore al 40% entro il 30 giugno 2013 e non superiore al 30% entro il 31 dicembre 2015 (18).

La norma non chiarisce espressamente se, in caso di affidamenti detenuti da controllate, l'operazione di dismissione debba riguardare quest'ultime oppure la cd. capogruppo sebbene questa non detenga direttamente le concessioni. In un'ottica che riguardi in termini unitari al gruppo quotato, alla luce an-

che degli obblighi di consolidamento dei conti che gravano sullo stesso e dei poteri di direzione e coordinamento della società capogruppo, dovrebbe ritenersi che un'operazione di dismissione che interessi solo quest'ultima possa valere a soddisfare il requisito di legge.

La disposizione, peraltro, limita il beneficio del meccanismo premiale ai soli affidamenti delle quotate e delle loro partecipate, dal che parrebbe doversi inficiare che la disciplina del periodo transitorio relativo agli affidamenti diretti detenuti da società quotate in società collegate debba essere individuata nell'ambito delle altre ipotesi disciplinate dal comma 8.

Resta infine da segnalare, con riflessione forse del tutto scontata, che l'ultima parte del comma 8, nel prevedere che, in tutti gli altri casi rispetto a quelli per cui è data una disciplina di periodo transitorio specifica, la durata deve intendersi limitata al 31 dicembre 2010, non riguarda gli affidamenti disposti in conformità con le regole di concorrenza, per i quali, pertanto, in linea di principio, si confermano i termini di durata dedotti nel contratto di servizio.

Periodo transitorio e divieto di partecipazione alle gare

Ricostruito il dato normativo in tema di periodo transitorio, si vogliono ora svolgere ulteriori considerazioni in ordine al coordinamento di questo con le norme in tema di divieto di partecipazione alle gare ed alla cd. esenzione prime gare.

Prima di procedere in tal senso, pare necessario un preliminare richiamo all'ambito di applicazione del divieto di partecipazione alle gare. Si segnala, allora, che il divieto opera nei confronti degli affidatari diretti di servizi pubblici locali (nonché delle loro controllate, controllanti e controllate da una medesima controllante) e dei soggetti cui è affidata la ge-

Note:

(17) Si veggano sul punto le indicazioni offerte da Corte Giust. CE, 15 ottobre 2009, causa C-196/08, secondo cui l'affidamento in favore di società mista è possibile a condizione che tale società venga «costituita specificamente al fine della fornitura di detto servizio e con oggetto sociale esclusivo» e che «il socio privato sia selezionato mediante una procedura ad evidenza pubblica, previa verifica dei requisiti finanziari, tecnici, operativi e di gestione riferiti al servizio da svolgere e delle caratteristiche dell'offerta in considerazione delle prestazioni da fornire» e che «detta procedura di gara rispetti i principi di libertà di concorrenza, di trasparenza e di trattamento imposti dal Trattato CE per le concessioni».

(18) La norma pare trovare il proprio antecedente nel comma 15-bis dell'art. 113 del T.U. n. 267/2000, il quale già dettava norme speciali quanto alla durata del periodo transitorio per le società miste.

stione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali degli enti locali, qualora separata dall'attività di erogazione dei servizi. La norma, in continuità con l'originaria versione dell'art. 23-bis, conferma che la preclusione non si applica alle società quotate in mercati regolamentati.

Sempre in ordine all'ambito di applicazione, la novella conferma anche la notevole estensione del divieto rispetto all'originaria previsione dell'art. 113 TUEL, avendo il legislatore prescelto di precludere agli affidatari diretti di servizi pubblici locali il mercato sia delle commesse pubbliche che delle private. Ed infatti, il divieto si rivolge non solo alla gestione di ulteriori servizi pubblici o in ambiti territoriali diversi, ma anche allo svolgimento di attività o servizi che non si qualificano come pubblici, sia che vengano resi per altri enti pubblici che per soggetti privati.

La norma, infine, interviene decisamente sul tenore letterale della cd. esenzione prime gare, stabilendo che è data facoltà ai soggetti affidatari diretti di servizi pubblici locali di concorrere su tutto il territorio nazionale alla prima gara successiva alla cessazione del servizio, svolta mediante procedura competitiva ad evidenza pubblica, avente ad oggetto i servizi da essi forniti (19).

Raffrontando il testo della novella con quello previgente, che non conteneva il riferimento alla facoltà di poter partecipare alle gare su tutto il territorio nazionale, parrebbe potersi ritrarre l'indicazione per cui il legislatore ha inteso beneficiare le società titolari di affidamenti diretti della facoltà di partecipare, non già solo alle gare rispetto alle quali le stesse abbiano qualità di gestore uscente (20), ma a tutte le prime gare relative ai servizi da queste espletate che verranno celebrate ad esito degli affidamenti diretti.

Ciò detto in ordine alla portata della cd. esenzione prime gare si intende ora indugiare sull'altra esenzione, ovvero quella relativa alle società quotate. A tal riguardo, si segnala come la novella non abbia apportato l'atteso chiarimento in ordine alla possibilità che dell'esenzione beneficino anche le società del gruppo quotato. Si tratta di una soluzione ermeneutica, tuttavia, che, almeno per le società unipersonali e per le società controllate dalla capogruppo quotata, andrebbe comunque privilegiata. Ed invero, si tratta di considerare il quadro normativo nel suo complesso per osservare come dallo stesso parrebbe emergere l'idea che lo statuto normativo delle società unipersonali e quello delle società controllate (alla luce anche delle disposizioni in tema di consolidamento dei conti e di quelle in

tema di direzione e coordinamento) individua le stesse quali strumenti organizzativi della società controllante. In questi termini si rende possibile segnalare i molti aspetti di similitudine che paiono intercorrere tra le figure che si considerano e l'istituto dell'*in house providing*, similitudine che avvalorava la possibilità che, guardando alle reale sostanza dei fenomeni e non già solo alla loro apparenza formale, dell'esenzione in esame non sia preclusa un'interpretazione estensiva.

Riferito anche dell'esenzione in favore delle società quotate, si vuole ora ritornare sulla sua regola, ovvero sulla possibilità di partecipazione alle gare, onde segnalare, per un verso, come di tale preclusione la dottrina abbia segnalato la dubbia coerenza con i principi comunitari (21) e per altro, che la norma, nel prevedere l'immediata operatività del divieto anche prima della conclusione del periodo transitorio, si espone anche a dubbi di legittimità costituzionale. Ed invero, come anche segnalato in altra sede (22), appare opportuno (artt. 3 e 41 Cost.) aver riguardo all'essenza delle norme sul periodo transitorio, onde segnalare, alla luce anche della giurisprudenza costituzionale e comunitaria (23) della Corte di Giustizia, che lo stesso intanto si può assumere quale previsione ragionevole, in quanto nel corso dello stesso vengano rispettati affidamento e certezza del diritto. Ciò si traduce nella necessità che i rapporti in essere debbano essere sciolti a condizioni accettabili sia dal punto di vista delle esigenze del servizio pubblico, sia dal punto di vista economico. Ne discende, sotto il profilo della legittimità costituzionale, che durata legale degli affida-

Note:

(19) Lo schema di decreto del Presidente della Repubblica recante regolamento di attuazione dell'art. 23-bis del D.L. n. 112/2008 all'art. 9 rileva che «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».

(20) Quella che parrebbe superata dalla novella (ovverossia l'idea per cui i soggetti affidatari diretti di servizi pubblici locali possono comunque concorrere alla prima gara svolta per l'affidamento, mediante procedura competitiva ad evidenza pubblica, dello specifico servizio già affidatogli) è tesi che proviene da precedenti giurisprudenziali che si sono espressi sulla previgente lettera della legge.

(21) Cfr. L.R. Perfetti, *Società affidatarie di servizi pubblici locali, partecipazione a gare e tutela della concorrenza*, in *Foro Amm. CdS*, 2005, 11, 3343.

(22) Sul tema si rinvia ancora a B. Giliberti, *Servizi pubblici locali*, cit., 146 ss.

(23) Corte Giust. CE, 17 luglio 2008, causa C-347/06, *Asm Brescia*, Corte cost. 31 luglio 2002, n. 413.

menti in periodo transitorio e divieto di partecipazione debbono ritenersi misure che non possono incrociarsi nell'ambito di una disciplina di transizione: la previsione di norme in tema di periodo transitorio, che sia costituzionalmente orientata (artt. 3, 41 Cost.), postula, infatti, la necessità una loro distinta efficacia temporale, perché un ordinamento non può, senza entrare in contraddizione, riconoscere che il superamento di una previgente realtà avvenga in danno di alcuno dei suoi operatori (mediante la contestuale efficacia di norme comunque di favore - il mantenimento degli affidamenti diretti nel corso del periodo transitorio - e di disposizioni penalizzanti - il divieto di partecipazione alle gare -) (24).

La perdurante mancanza del modello e le difficoltà applicative

La - sia pure parziale - riforma dei servizi pubblici locali della quale s'è dato fin qui conto appare, in grandissima parte, un'ulteriore occasione mancata. Non sembra doversi tacere che, diversamente da altri interventi del legislatore ancor meno perspicui, una - sia pur debole - linea di fondo può esser intraveduta sol che si pensi al chiarimento (in quanto fosse necessario) sullo statuto delle società a capitale misto ed alla riduzione del ruolo dello strumento della società nei confronti della quale l'ente possa dir di avere un controllo analogo a quello di cui dispone nei confronti dei propri servizi. In questa linea è possibile leggere, meno decisamente di quanto era avvenuto con l'art. 35 della L. 28 dicembre 2001, n. 448 (25), una prospettiva di consegna alla competizione di mercato della gestione del servizio, salvo che per le ipotesi nelle quali la natura dell'attività - per via dell'oggetto, delle dimensioni dell'utenza servita, delle condizioni operative, etc. - non risulti di rilievo economico, nel senso che al mercato non sia possibile ricorrere. Resta evidente che una simile previsione lascia aperte - sul versante teorico - le distinte prospettive ricostruttive della nozione di servizio pubblico, sia quella per la quale la definizione di servizio debba comunque essere intesa in senso soggettivo (sicché laddove il mercato assuma il compito in concorrenza, semplicemente non si avrebbe più servizio pubblico, ovvero, secondo altra versione, questa qualificazione dovrebbe predicarsi anche per i servizi gestiti con modalità che importano il ricorso al mercato perché l'impresa privata opera in forza di un titolo rilasciato dall'ente pubblico), sia quella, di segno opposto, oggettiva (per la quale la qualificazio-

ne pubblica del servizio è indipendente dal soggetto che provveda l'attività - che è di servizio pubblico in quanto assicuri le condizioni per il godimento di diritti fondamentali, sia che ciò avvenga in condizione di competizione libera di mercato, di regolazione pubblica dell'attività privata o di monopolio riservato all'ente pubblico) (26). Tuttavia, salva l'indicazione di fondo verso la consegna dell'attività alla competizione di mercato regolato dall'amministrazione affidante e dalle autorità indipendenti volta a volta competenti, anche l'attuale riforma non scioglie nodi importanti, di importanza pratica tale da porre in serio dubbio la percorribilità dell'unico obiettivo percepibile.

Su un primo fronte, non può non rilevarsi come nel recente passato dottrina e giurisprudenza avevano faticato non poco a fronte della proliferazione degli statuti che il legislatore confezionava per le società partecipate da enti locali, con sovrapposizioni non sempre certe e difficoltà di regime (e, da questo punto di vista, non è difficile pensare alle disposizioni che colpivano l'autonomia privata con riferimento alla composizione degli organi societari, alle estensioni della giurisdizione della Corte dei conti nei confronti di soggetti formalmente e sostanzialmente privati, alla definizione delle società non più strumentali, ai divieti di svolgimento di attività diverse da quelle rese per l'ente locale ed alla sua esenzione per società - per quanto *in house* - che svolgessero servizi pubblici). Protezione della concorrenza, interesse fiscale degli enti, economie dei loro bilanci, garanzia delle aspettative dei soggetti già operanti e dei loro soci: una molteplicità di interessi animavano questi interventi, restando sempre non in primo piano quello del cittadino utente del servizio. Oggi, la grande distinzione tra attività che abbiano rilievo per il mercato ed altre che invece ne difettino consente di raggiungere - come altra volta proposto (27) - una semplificazione ed omologazione entro due categorie omogenee

Note:

(24) A tal riguardo, peraltro, è significativo rilevare che l'obbligo di prestare il servizio è presidiato da norme anche penali (art. 331 c.p.), sicché i concessionari non possono unilateralmente rinunciare.

(25) Sul punto sia consentito il rinvio a L.R. Perfetti, *I servizi pubblici locali. La riforma del settore operata dall'art. 35 della L. 448/2001 ed i possibili profili evolutivi*, in *Dir. Amm.*, 2002, 575.

(26) Per una sintetica ricostruzione delle opinioni ed i necessari rinvii in letteratura, sia consentito rinviare a L.R. Perfetti, *Miti e realtà nella disciplina dei servizi pubblici*, cit.

(27) Sia consentito rinviare di nuovo a L.R. Perfetti, *Miti e realtà nella disciplina dei servizi pubblici*, cit.

e riconoscibili, l'una nella quale v'è una sostanza di amministrazione indiretta da parte dell'ente pubblico per il tramite di una società strumentale, solo formalmente privata, e l'altra nella quale, indipendentemente dalla misura della eventuale partecipazione pubblica al capitale, il soggetto esercente l'attività di pubblico servizio è società di capitali retta dalle norme codicistiche.

Tuttavia, nel perimetro di questa razionale distinzione continua ad essere difficile districarsi nella frammentarietà dei regimi che discendono da interventi normativi non meno disorganici, ai quali si accompagna un vizio metodologico rilevantissimo: quello della continua deroga alle norme del codice civile. La scelta dell'ente pubblico in ordine all'interesse pubblico deve riguardare la forma giuridica ritenuta più adatta al conseguimento dell'obiettivo di rilevanza pubblica e, una volta scelto l'affidamento all'impresa privata (comunque eventualmente partecipata dall'ente pubblico), il regime di quest'ultima dovrà fatalmente perseguire la sua forma giuridica. Invece, nel nostro Paese il legislatore ha più e più volte introdotte deroghe al regime privatistico a fronte della presenza di capitale pubblico o anche solo per il fatto che l'impresa - pur a capitale interamente privato - esercitasse servizi pubblici (si pensi anche solo alle norme del codice dei contratti pubblici). Si tratta di una tendenza deprecabile non solo perché induce l'ente affidante a concentrarsi sui suoi poteri relativamente alla società che eventualmente partecipa, in luogo di porre attenzione al contratto, assegnando a quella sede l'apprestamento dei dispositivi necessari alla funzionalizzazione dell'attività al conseguimento degli obiettivi di servizio pubblico, ma anche perché rende costantemente incerti i profili attinenti all'attività del gestore stesso. Si tratta di un tema in gran parte irrisolto da parte del legislatore.

Oltre alla debolezza del disegno ed alla mancanza di coerenza nella disciplina dei soggetti e del loro regime, la riforma mostra una disattenzione ai profili applicativi che sono destinati a rendere assai difficile il processo di transizione verso un mercato competitivo dei servizi pubblici.

Gli esempi sono innumerevoli: basterebbe far attenzione alla disciplina incentivante le privatizzazioni sostanziali - che, per il fatto di escludere gli affidamenti dei servizi energetici dal perimetro dell'applicazione della norma, risulta di quasi nessun effetto pratico stante che i soggetti pubblici presenti nel mercato in concreto sono imprese orizzontalmente integrate che esercitano una pluralità di servizi pubblici locali inclusi quelli energetici, che sono quelli

a maggior rilievo economico -; ovvero all'eliminazione della previsione che consentiva convenzionamenti con privati proprietari di porzioni di reti di servizio pubblico - con il risultato di creare una sostanziale impossibilità di comprendere (senza sanguinosi contenziosi) gli impianti di smaltimento dei rifiuti nelle gare del ciclo ambientale, stante che in parti relevantissime del Paese gli impianti di smaltimento sono di proprietà di imprese (pubbliche o private che siano) che li hanno realizzati al di fuori del perimetro dei servizi affidati loro e che, quindi, ben possono dirsi proprietarie degli impianti, sicché non si potrà pretendere che mettano a disposizione del vincitore della gara aziende di grande valore economico senza ricevere un canone adeguato -; ed ancora: l'innalzamento ulteriore del periodo transitorio in vista dell'affidamento mediante procedure di gara avviene in spregio agli insegnamenti della Corte di Giustizia e condurranno fatalmente il giudice amministrativo a decisioni di disapplicazione della norma interna (con la creazione di incertezze evidenti); lo stesso innalzamento avviene in modo asimmetrico (non interessando i servizi di distribuzione del gas), ponendo così il problema gravissimo per tutte le imprese non quotate in Borsa che intendano partecipare a gare per l'affidamento dei servizi di distribuzione gas e che siano titolari di affidamenti diretti oggetto di proroga (essendo a tutti noti gli insegnamenti giurisprudenziali in tema di divieto di partecipazione a gara del soggetto che goda di affidamenti diretti, pur legittimamente prorogati (28); anzi, l'esenzione dal prolungamento della vigenza degli affidamenti diretti di distribuzione del gas interviene in un momento nel quale alcuni degli adempimenti necessari per l'indizione delle gare continua a difettare, sicché soggetti con pluralità di affidamenti si troveranno a dover affrontare le gare stesse come titolari di altri affidamenti diretti pacificamente scaduti e, tuttavia, ancora operati solo per la mancata indizione della gara da parte del soggetto deputato alla sua celebrazione (con il problema del regime che ne consegue quanto al divieto di partecipazione a gara); allo stesso modo, il profilo del divieto di partecipazione a gara a danno del soggetto che sia beneficiario di affidamenti diretti appare del tutto distratto in ordine al profilo di

Nota:

(28) Per una diversa opinione in ordine al rilievo dell'affidamento diretto in regime di proroga legale quanto alla sua incidenza sul divieto di partecipazione a gara, sia consentito più argomentatamente rinviare a L.R. Perfetti, *Società affidatarie di servizi pubblici locali, partecipazione a gare e tutela della concorrenza*, in *Foro Amm. CdS*, 2005, 3343.

operatori non nazionali che siano beneficiari di affidamenti diretti in altri Paesi della comunità - con difficili accertamenti della clausola di reciprocità (29) -; quanto poi alle esclusioni dal divieto di partecipazione a gare che riguardano le società quotate nemmeno in quest'occasione il legislatore s'è preso il fastidio di chiarire se la norma trovi applicazione anche per le società dalle stesse interamente o prevalentemente controllate - essendo, peraltro, a tutti noto che tutte le quotate hanno articolato il gruppo in società di settore, per talune ipotesi anche in ragione di obblighi di separazione societaria previste dalla legge o da provvedimenti dell'AEEG ovvero da norme antitrust -; e via enumerando.

La disciplina che si osserva - che mostra senza grandi difficoltà il peso delle mediazioni tra opposti interessi - opera, quindi, una composizione "al ribasso", limitandosi a curare aspettative immediate e di cortissimo respiro (innalzando la durata del periodo transitorio, garantendo una stenta sopravvivenza all'istituto dell'*in house providing*, etc.) senza mostrare un disegno relativo alle linee lungo le quali il settore possa concretamente evolvere per raggiungere un approdo. Poiché non di rado oltre ad importanti interessi pubblici sono coinvolti nelle scelte strategiche investimenti di grande rilievo, sorte dei lavoratori, aspettative degli investitori o dei soci pubblici, ciascuno può leggere nella riforma una piccola rassicurazione ma difficilmente scorderà un percorso nettamente segnato verso un approdo, del quale siano fissati snodi, prospettive ed opportunità. Ecco allora che non pare affatto difficile pronosticare una prossima ulteriore riforma tra qualche anno e continui aggiustamenti disseminati in provvedimenti legislativi *omnibus* ai quali il legislatore ha reso l'interprete rassegnatamente aduso.

La completa mancanza di attenzione alla costruzione di un percorso normativo che si faccia consapevole della situazione in essere e che detti misure che siano effettivamente in grado di far evolvere il sistema verso un approdo costituisce il principale problema della riforma appena approvata. Ne deriveranno - è agevole preconizzarlo - difficoltà applicative, strategie opportunistiche o elusive, incertezze, difficoltà. In questo quadro non è difficile prevedere l'estrema problematicità nella realizzazione di investimenti strutturali e, quindi, la perdurante debolezza del sistema, con l'inevitabile compagnia di approcci ideologici, preconetti, frutto di posizioni di principio difficili da smentire con la forza dei fatti - essendo questi stessi fatti deboli dalla confusio-

ne del sistema e dalla difficoltà ad investire ed a scegliere razionalmente un modello -.

Un sistema, quindi, dal quale non è lecito attendersi miglioramenti, investimenti, creazione di efficienza, sicché è doloroso notare come l'interesse dei cittadini al godimento del miglior servizio possibile alle tariffe più convenienti resta consegnato ad un ruolo secondario.

Nota:

(29) In argomento, per osservazioni meno estemporanee, sia consentito rinviare a L.R. Perfetti, *Dal rilievo della soggettività pubblica (o dell'enfasi delle privatizzazioni) alla tutela della concorrenza (o della rilevanza dei privilegi del monopolista e dei diritti dell'utente)* - *Brevi riflessioni a partire dal caso «Edison», «Edf», «Aem»*, in Rossi (a cura di), *L'impresa europea di interesse generale*, Milano, 2006, 131.