

**Società pubbliche.** L'addio alle gestioni non in linea con i nuovi criteri avviene senza alcuna deliberazione

# Più tempo per i servizi in house

Con la riforma molte cessazioni automatiche degli affidamenti slittano al 2011

PAGINA A CURA DI  
**Alberto Barbiero**

Cambiano, e si allungano, le date di scadenza per i vecchi affidamenti di servizi pubblici locali con rilevanza economica a società in house e miste. L'articolo 15 del Dl di attuazione degli obblighi comunitari varato mercoledì dal governo riformula varie parti dell'articolo 23-bis della legge 133/2008.

Il nuovo quadro normativo riafferma la prevalenza della gara come metodo ordinario per l'attribuzione della gestione dei servizi pubblici locali, aggiungendo come soluzione alternativa la costituzione di una società mista pubblica e privata a condizione che sia svolta una gara per la contestuale selezione di un socio (operativo) e per l'affidamento del servizio, purché al socio sia attribuita una partecipazione non inferiore al 40 per cento.

Il modello dell'in house providing è confermato in una prospettiva di utilizzo limitata a situazioni effettivamente eccezionali e particolari. Rispetto ai rapporti definiti in passato e ancora perduranti (in quanto spesso legate a contratti di servizio di lunga durata) la nuova disciplina non lascia invece margini per il proseguimento in futuro.

Il nuovo comma 8 stabilisce infatti regole più restrittive in ordine alla cessazione delle gestioni esistenti, quando gli affidamenti non sono avvenuti con gara o con costituzione di società mista con procedura ad evidenza pubblica per l'individuazione di socio privato operativo, o non siano stati realizzati

con l'in house alle condizioni dettate dallo stesso articolo 23-bis (commi 3 e 4).

La norma definisce in dettaglio i periodi transitori, rapportandoli a differenti tipologie di situazioni esistenti.

Anzitutto le gestioni in essere alla data del 22 agosto 2008, affidate conformemente ai principi comunitari in materia di in house, cessano, improrogabilmente e automaticamente, a fine 2011 (in quanto non più sostenibili, data la mancata valutazione dei presupposti eccezionali per il mancato confronto con il mercato).

La cessazione al 31 dicembre 2011 (alle stesse condizioni dell'in house) riguarda anche le gestioni derivanti da affidamenti diretti a società a partecipazione mista pubblica e privata, se la selezione del socio è avvenuta mediante gare che non abbiano avuto ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio. Se, invece, l'affidamento è avvenuto con gara per la selezione del socio operativo, la gestione cessa alla scadenza prevista nel contratto di servizio, data la piena compatibilità con il modello comunitario.

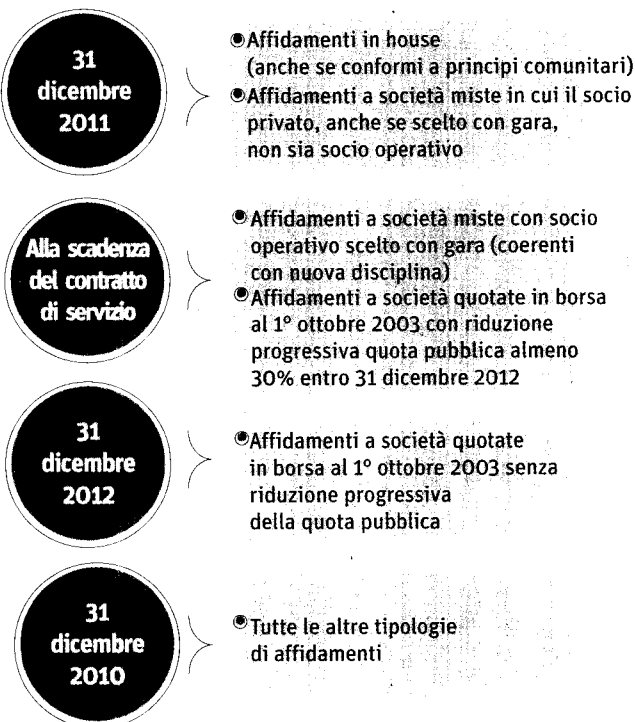
Più complessa la disciplina degli affidamenti diretti a società quotate, in quanto il legislatore ha individuato due diverse situazioni. Gli affidamenti diretti assentiti alla data del 1° ottobre 2003 a società a partecipazione pubblica già quotate in borsa a tale data e a quelle da esse controllate ai sensi dell'articolo 2359 del Codice civile cessano

alla scadenza prevista nel contratto di servizio, a condizione che la partecipazione pubblica si riduca anche progressivamente, attraverso procedure ad evidenza pubblica o forme di collocamento privato presso investitori qualificati e operatori industriali, ad una quota non superiore al 30% entro il 31 dicembre 2012. Quando la partecipazione pubblica non sia ridotta, gli affidamenti cessano, improrogabilmente e senza necessità di deliberazione dell'ente, al 31 dicembre 2012.

In via generale e residuale, tutte le altre gestioni cessano automaticamente al 31 dicembre 2010. Tra queste rientrano gli affidamenti diretti a società partecipate privi delle condizioni essenziali del modulo in house, gli affidamenti a società miste partecipate dall'ente affidante nelle quali il socio privato non sia stato scelto con procedura ad evidenza pubblica e gli affidamenti diretti a società non partecipate dall'ente affidante.

## I termini di decadenza

Data in cui cessano automaticamente gli affidamenti non in linea con le nuove regole



**Authority.** Il parere obbligatorio

## Per la deroga scatta il silenzio assenso

Cambia la procedura per il parere obbligatorio dell'Antitrust sugli affidamenti diretti; secondo la nuova normativa, infatti, il parere dell'Authority va reso per procedure superiori a certi valori, da individuare, ed entro termini perentori, altrimenti scatta il silenzio-assenso.

Nella nuova formulazione, l'articolo 23-bis comma 2 specifica che l'affidamento può avvenire:

a) a favore di società a capitale interamente pubblico, partecipata dall'ente locale, che abbia i requisiti richiesti dall'ordinamento comunitario per la gestione in house;

b) comunque nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria in materia di controllo analogo sulla società e di preva-

lenza dell'attività svolta dalla stessa con l'ente o gli enti pubblici che la controllano.

Altrettanto significativa risulta la precisazione dei presupposti, in quanto la particolare procedura di relazione diretta con il gestore può essere utilizzata per situazioni che la nuova norma delinea come eccezionali e (in quanto determinate da peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento) pertanto tali da non permettere un efficace e utile ricorso al mercato.

L'articolo 15 del Dl di adeguamento agli obblighi comunitari conferma la procedura per cui la scelta operata dall'ente affidante deve:

- a) avere adeguata pubblicità;
- b) essere motivata con

un'analisi del mercato (che non può, secondo la line interpretativa sviluppata dall'Antitrust in questi mesi, tradursi in una semplice indagine di mercato, ma in una più articolata e complessa valutazione comparativa);

c) trasmettere la relazione di valutazione all'Agcm, che deve esprimersi sulla stessa.

Rispetto alla formulazione originaria del comma 4 dell'articolo 23-bis, la disposizione rivista non prevede più la richiesta di parere anche alle authorities di settore.

Il parere dell'Agcm viene definito come preventivo (quindi entra nel procedimento di scelta prima che lo stesso sia formalizzato dall'ente affidante) e deve essere reso dalla stessa entro sessanta giorni dalla rice-

zione della relazione. Proprio rispetto a questa tempistica interviene l'importante innovazione, in base alla quale, decorso il termine, il parere, se non reso, si intende espresso in senso favorevole.

L'ottimizzazione della particolare procedura è garantita dall'inclusione del nuovo comma 4-bis dell'articolo 23-bis, il quale permette all'Autorità garante della concorrenza, in forza della sua autonomia organizzativa e funzionale, di individuare, con propria deliberazione, le soglie oltre le quali gli affidamenti di servizi pubblici locali assumono rilevanza ai fini dell'espressione del parere previsto dal comma 4.

**I criteri.** Così l'ammissione

## Crescono i soggetti esclusi dai servizi

Il novero dei soggetti che non possono più risultare affidatari di servizi pubblici locali con rilevanza economica è molto ampio e comprende anche le controllate di terzo livello.

La revisione dell'articolo 23-bis, comma 9, della legge 133/2008 individua i soggetti che non possono acquisire la gestione di servizi ulteriori o in ambiti territoriali diversi, oppure 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. Il divieto opera per tutta la durata della gestione del servizio.

La portata della norma interdittiva riguarda:

a) le società, le loro controlla-

te, controllanti e controllate da una medesima controllante, anche non appartenenti a stati Ue, che in Italia o all'estero gestiscono di fatto, o per disposizioni di legge, atto amministrativo o contratto, servizi pubblici locali in virtù di affidamento diretto, di una procedura non ad evidenza pubblica oppure che siano società miste con socio privato operativo scelto con gara;

b) i soggetti cui è affidata la gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali degli enti locali, se separata dall'attività di erogazione dei servizi.

L'inclusione delle società miste è giustificata dal fatto che esse devono essere costituite solo per la gestione delle attività per le quali viene scelto il so-

cio operativo. Le società quotate continuano a non essere assoggettate al divieto di affidamenti ulteriori.

Sempre nel comma 9 dell'articolo 23-bis è confermata la previsione per cui gli affidatari diretti di servizi pubblici locali possono comunque concorrere alla prima gara svolta per l'affidamento del servizio già a loro affidato, depurata del riferimento al periodo transitorio.

Il riassetto della disciplina regolativa dei servizi pubblici locali con rilevanza economica evidenzia proprio la valenza immediatamente applicativa di varie norme in essa contenute e una prospettiva di sviluppo complessivo molto rapida.

Le scelte più significative in tal senso riguardano il regola-

mento attuativo, che rimane come strumento di modulazione di importanti profili complementari (criteri per l'assoggettamento al patto di stabilità delle società partecipate, distinzione tra funzioni regolative e gestorie, armonizzazione tra la disciplina generale e quelle settoriali, ecc.), con un termine di adozione fissato ora al 31 dicembre 2009.

Tuttavia dal novero delle materie riportate alla normativa regolamentare viene ad essere eliminato il coordinamento dei periodi transitori (previsto dal comma 10, lett. e dell'articolo 23-bis, norma ora abrogata), per i quali si deve ora fare necessario riferimento alla modulazione su base soggettiva dettata dall'innovato comma 8.

## L'indicazione del Consiglio di Stato

# Il controllo analogo può essere esercitato anche da più enti

Il controllo analogo su una società affidataria in house, con capitale sociale sia diviso tra soci pubblici, può essere esercitato congiuntamente dalle amministrazioni.

Il Consiglio di Stato, con la sentenza n. 5082 del 26 agosto ha elaborato il principio della giurisprudenza comunitaria in base al quale un ente locale che acquisisce una partecipazione in una società in cui tutti gli altri referenti sono Pa può attuare il controllo analogo facendo leva sul rapporto con gli altri soci.

Partendo da quanto stabilito dalla Corte di Giustizia Ue nella sentenza 13 novembre 2008 C-324/07, i giudici hanno evidenziato che per configurare un controllo analogo non è necessario un potere di controllo individuale del singolo socio affidante sulla società-organo assimilabile a quello, individuale, delineato dai

primi due commi dell'articolo 2359 del Codice civile. L'esigenza è che il controllo della mano pubblica sull'ente affidatario sia effettivo, anche se esercitato congiuntamente dagli enti associati, con deliberazione a maggioranza.

L'affermazione è fondamentale per i modelli gestionali dei servizi pubblici locali in quanto l'affidamento in house, seppure derogatorio, può essere concretizzato se il presupposto del controllo analogo è assicurato anche grazie all'interazione con le altre Pa partecipanti alla società. La relazione tra gli enti locali aderenti alla società diventa quindi molto importante anche per le strategie da riportare a supporto dell'affidamento in deroga, che possono essere sviluppate sulla base di peculiarità rappresentate in un ambito territoriale più vasto e complesso.

Il modello della gestione asso-

ciata dei servizi pubblici è peraltro molto diffuso negli ordinamenti europei ed in quello italiano presenta varie forme consolidate, come i consorzi ex articolo 31 del Dlgs 267/2000. In queste organizzazioni il controllo da parte del singolo ente non è individuale ma intermediato, e quindi attenuato dall'applicazione delle regole sul funzionamento interno dell'associazione. Secondo il Consiglio di Stato, il controllo analogo postula un rapporto che lega gli organi della società con l'ente pubblico affidante, in modo che quest'ultimo sia in grado di indirizzare tutta l'attività sociale. Deve quindi trattarsi di una relazione equivalente, ai fini degli effetti pratici, a una subordinazione gerarchica, che si verifica quando sussiste un controllo gestionale e finanziario stringente dell'ente pubblico sul soggetto societario.

Per dare concreta attuazione a

questa particolare modalità relazionale è necessario che l'organo esecutivo della società non abbia rilevanti poteri gestionali e che l'ente pubblico affidante (quindi la totalità di soci pubblici) eserciti poteri di ingerenza e di condizionamento superiori a quelli tipici del diritto societario, caratterizzati da un margine di rilevante autonomia della governance rispetto alla maggioranza azionaria.

È dunque indispensabile che le decisioni più importanti siano sempre sottoposte al vaglio preventivo dell'ente affidante o, in caso di in house frazionato, della totalità degli enti pubblici soci, valorizzando la vocazione istituzionale pubblicistica della società in house rispetto alle logiche commerciali che permea le società di diritto comune (svincolate da controlli pregnanti).