

Le società pubbliche degli enti locali
dopo il d.l. n. 78/2010 convertito in
legge n. 122/2010

Avv. Giovanni Govi

La definizione del quadro giuridico di riferimento

1. Le disposizioni del d.l. n. 78/2010 conv. in legge n. 122/2010.
2. Le società pubbliche e lo scenario di riferimento: cenni alla diversificazione dei regimi giuridici.
3. La delibera di ricognizione di cui all'articolo 3, comma 27, della legge n. 244/2007.
4. Le società strumentali e l'articolo 13 del decreto legge n. 223/2006 convertito in legge n. 248/2006.
5. Cenni ai Spl: l'articolo 23 *bis* e s.m.i.; il regolamento governativo (ambito di applicazione; acquisti di beni e servizi ex d.lgs. n. 163/2006, etc.).
6. Alcune considerazioni a mo' di conclusione anche alla luce della giurisprudenza amministrativa e della Corte dei conti.

N.b.: una premessa ...

- “Pur dovendo accettare come un fatto la pluralità dei tipi di società a partecipazione pubblica, tanto nella loro analisi, quanto nella definizione delle regole giuridiche che le governano, si deve muovere dalla considerazione che l’opzione per il modello societario non può essere irrilevante e che il verificarsi delle conseguenze che naturalmente ne discendono può essere impedito solo dalla previsione espressa di deroghe al regime comune”.
- E’ vero che i poteri di intervento lasciati all’amministrazione sono tali da far dubitare che il soggetto sia veramente una persona giuridica di diritto privato.
- Anche una tale constatazione, però, deve indurre il legislatore a riflettere sulle ragioni che l’inducono a costituire in società un soggetto ed un’attività che, evidentemente, non dovrebbero esserlo, non ad adottare scelte contraddittorie che mortificano forma e sostanza giuridica e, ancor peggio, determinano incertezze ed alterazioni nelle relazioni tra soggetti giuridici.

Nelle zone d'ombra, pertanto ...

- Posta la rilevanza della scelta per il modello societario, dovrà applicarsi il corrispondente regime generale:
 1. **Società chiuse:** esistono a livello statale (es. Consip), quanto a livello regionale e locale, (es. *in house* per spl). Disciplina: si applicano regole Libro V c.c., salve le deroghe dettate da norme o da principi nazionali ed europei.
 2. **Società protette:** che operano in regime di riserva di attività e per le quali il regime giuridico è variabile. Le norme sono quelle del Libro V, oltre quelle definite dalla riserva di attività.
 3. **Società aperte** che operano sul mercato, per le quali la disciplina viene dettata dal Codice civile e appunto dalle regole del mercato. La disciplina è quella del libro quinto del Codice civile.

1) Le disposizioni dell'art. 14, comma 32, del d.l. n. 78/2010 ...

In termini generali, si stabilisce:

- il divieto di costituzione di società da parte dei Comuni con popolazione inferiore ai 30.000 abitanti;
- la limitazione della partecipazione ad una sola società dei Comuni compresi tra 30.000 e 50.000 abitanti.

... segue l'articolo 14, comma 32,
della legge n. 78/2010 ...

- Fermo quanto previsto dall'articolo 3, commi 27, 28 e 29, della legge 24 dicembre 2007, n. 244:

I) Ipotesi:

- i comuni con popolazione inferiore a 30.000 abitanti non possono costituire società.

... termini, ambito di applicazione,
etc.

- **Entro il 31 dicembre 2011**, i comuni mettono in liquidazione le società già costituite alla data di entrata in vigore del presente decreto, ovvero ne cedono le partecipazioni.
- La disposizione di cui al presente comma non si applica alle società:
 1. con partecipazione paritaria;
 2. ovvero con partecipazione proporzionale al numero degli abitanti
- **costituite da più comuni la cui popolazione complessiva superi i 30.000 abitanti.**

... segue ...

II) Ipotesi:

- i comuni con popolazione compresa tra 30.000 e 50.000 abitanti possono detenere la partecipazione di una sola società.

... segue ...

- **Entro il 31 dicembre 2011**, i predetti comuni mettono in liquidazione le altre società già costituite.

Il rinvio alla fonte regolamentare ...

- Con decreto del Ministro per i rapporti con le regioni e per la coesione territoriale, di concerto con i Ministri dell'economia e delle finanze e per le riforme per il federalismo;
- da emanare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto;
- sono determinate:
 1. le modalità attuative dell'articolo 14, comma 32;
 2. ulteriori ipotesi di esclusione dal relativo ambito di applicazione.

Alcune considerazioni critiche ...

- nei suoi termini essenziali, si tratta di una previsione apparentemente “chiara”;
- invero, il rinvio alla fonte regolamentare in funzione attuativa-integrativa risulta decisivo al fine di circoscrivere meglio l’ambito di applicazione ed operatività della disposizione normativa, a partire da eventuali esclusioni espresse;
- *ratio*: da ricercare nella drastica riduzione del numero delle società partecipate (criterio quantitativo), nell’idea che, così facendo, si possano ridurre i costi, diretti ed indiretti, degli organismi societari; in altri termini, opportunità di un ridimensionamento del ricorso alle società a partecipazione pubblica per contenere i costi degli apparati politici e amministrativi;
- il legislatore introduce nel regime delle società a partecipazione pubblica, un criterio differenziale, questa volta, però, di tipo puramente quantitativo;
- **il divieto non si applica alle società con partecipazione paritaria ovvero con partecipazione proporzionale al numero di abitanti, costituite da più comuni la cui popolazione complessiva superi i 30 mila abitanti**;
- della concreta operatività della norma non può ancora dirsi; è evidente, però, come essa si inserisca nella tendenza alla valorizzazione dell’istituto delle società pluricomunali.

... segue.

Alcun profili di criticità:

- assenza di una scelta di “differenziazione”, ad esempio di natura territoriale, ovvero socio-economica;
- criterio esclusivamente “quantitativo” relativo al numero dei residenti;
- ambiguità relative all’ambito di applicazione.

L'ambito di applicazione ... il parere della Corte dei conti, Sezione regionale di controllo della Lombardia n. 959/2010

- “A seguito dell'entrata in vigore dell'articolo 14, comma 32 del d.l. n. 78, conv. in l. n. 122 del 2010 gli enti locali con popolazione inferiore ai 30.000 abitanti non possono procedere, in linea di massima, alla costituzione di società di capitali, se non associandosi con altri enti per raggiungere una quota minima di popolazione pari a 30.000 abitanti, **ad eccezione dei casi nei quali sia lo stesso legislatore, nazionale o regionale, a prevedere che specifiche attività siano svolte per il tramite della partecipazione a società di capitali**”.

... segue ...

- In sostanza, il comma 32 dell'art. 14 potrebbe essere oggetto di letture contrastanti, come peraltro è accaduto già nel breve periodo di vigenza della disposizione, destinate ad incidere profondamente sulla portata della norma e che, in linea di massima sono sintetizzabili nei termini che seguono.

1° tesi:

- Secondo una prima prospettazione avallata da numerosi commentatori, la norma in questione **limiterebbe ma non vieterebbe la possibilità per gli enti locali, anche con popolazione inferiore ai 30.000 abitanti, di costituire società di capitali e di detenere partecipazioni azionarie.**
- Infatti, siccome la norma fa salva la previsione contenuta nell'art. 3, co. 27 della legge n. 244 del 2007 che dispone che “è sempre ammessa la costituzione di società che producono servizi di interesse generale e l'assunzione di partecipazioni in tali società” **ne conseguirebbe che tali società potrebbero ancora essere costituite dagli enti locali e che il nuovo divieto opererebbe solo in relazione a partecipazioni di natura diversa.**

2° tesi

- Al contrario, in base ad una lettura letterale e restrittiva della norma è stato ritenuto che i Comuni e le Province con meno di 30.000 abitanti non possono detenere più alcuna nuova partecipazione azionaria e debbono dismettere, sia pure nei tempi previsti dalla norma, quelle che possiedono attualmente.
- A sostegno di questa posizione è stato richiamato il tenore letterale della disposizione in base al quale “i Comuni con popolazione inferiore a 30.000 abitanti non possono costituire società”, fatta salva la possibilità prevista dalla stessa norma (partecipazione di più enti con popolazione complessiva superiore ai 30.000 abitanti).

... e quindi?

- Per la Corte dei Conti, Sezione regionale di controllo della Lombardia ...
- **Una simile lettura (l' tesi) dell'inciso “fermo quanto previsto dall'art. 3, commi 27, 28 e 29, della legge 24 dicembre 2007, n. 244” è erronea poiché, al contrario, il legislatore ha voluto precisare che nei casi nei quali gli enti possono detenere partecipazioni azionarie in base all'art. 3, comma 27, i Comuni con meno di 30.000 abitanti da soli non possono costituire società ma debbono associarsi con altri enti, mentre i Comuni con popolazione compresa fra i 30.000 e i 50.000 abitanti possono detenere una sola partecipazione mentre non sono indicati limiti numerici per i Comuni con popolazione superiore ai 50.000 abitanti.**
- Pure la seconda prospettazione presenta qualche problema, anche se di minor rilievo, perché, nella sostanza, coglie il significato della norma che è quello di limitare la partecipazione azionaria degli enti locali ma non tiene conto, come accennato sopra, che in alcuni casi è lo stesso legislatore a prevedere che alcune attività debbano essere svolte per il tramite di società di capitali.

... segue ...

- Sia l'una che l'altra prospettazione sollevano qualche perplessità e dubbio perché sembrano trascurare, la prima, la finalità, che ha animato il legislatore in questi anni, di addivenire ad una progressiva limitazione dell'utilizzo dello strumento societario, e, la seconda, il fatto che lo stesso legislatore nazionale e regionale, in questi anni, ha previsto che in alcuni casi servizi od attività di pertinenza degli enti locali **debbano** essere svolti per il tramite di società di capitali.
- Inoltre, **la prima posizione interpretativa segnalata sopra fornisce una lettura contraddittoria della norma poiché se l'inciso "fermo quanto previsto dall'art. 3, commi 27, 28 e 29, della legge 24 dicembre 2007, n. 244 ..." significasse che il nuovo divieto non si applica alle società che si possono costituire in base alla disposizione contenuta nella legge finanziaria per il 2008 saremmo in presenza di una disposizione priva di contenuto perché già l'art. 3, co. 27, ha imposto la limitazione dell'uso dello strumento societario correlandolo alle finalità dell'ente.** In sostanza, saremmo in presenza di una disposizione contraddittoria e, nella sostanza, priva di rilievo poiché i Comuni con popolazione inferiore ai 50.000 abitanti potrebbero continuare a costituire e detenere partecipazioni societarie purché riconoscano la finalità disciplinata dall'art. 3, co. 27.

... segue ...

- Una simile lettura dell'inciso "fermo quanto previsto dall'art. 3, commi 27, 28 e 29, della legge 24 dicembre 2007, n. 244 " è erronea poiché, al contrario, il legislatore ha voluto precisare che nei casi nei quali gli enti possono detenere partecipazioni azionarie in base all'art. 3, comma 27, i Comuni con meno di 30.000 abitanti da soli non possono costituire società ma debbono associarsi con altri enti, mentre i Comuni con popolazione compresa fra i 30.000 e i 50.000 abitanti possono detenere una sola partecipazione mentre non sono indicati limiti numerici per i Comuni con popolazione superiore ai 50.000 abitanti.

... segue ...

- Peraltro, come anticipato, anche la seconda prospettazione presenta qualche problema, pur di minor rilievo, perché se, nella sostanza, coglie il significato della norma (che è quello di limitare la partecipazione azionaria degli enti locali), non tiene conto che in taluni casi è lo stesso legislatore a prevedere che alcune attività debbano essere svolte per il tramite di società di capitali.
- Ed è proprio partendo da questa seconda posizione, in larga massima condivisibile, che può raggiungersi un risultato ermeneutico rispettoso sia della lettera che dello spirito della disposizione che il legislatore ha introdotto nell'art. 14, comma 32 ...

La lettura della Corte dei conti della Lombardia, Sez. reg. di controllo ...

- “E’ indubbio che la norma in questione **ha carattere generale** ed è diretta a disciplinare la partecipazione dei Comuni nelle società di capitali”.
- Altrettanto certo è che **il legislatore non ha inteso abrogare la precedente normativa di carattere generale contenuta nell’art. 3, co. 27**, ma, al contrario, **ha inteso mantenere entrambe le discipline** prevedendo che da una loro lettura coordinata risulti la “regola aurea” che deve essere seguita dai Comuni.

... segue ...

- L'intento del legislatore è condivisibile poiché le due norme operano su piani diversi:
- **l'art. 3, comma 27** su quello della **finalità** e degli **scopi** che l'ente può raggiungere con la partecipazione societaria e
- **l'art. 14, comma 32** sul **piano numerico** ed **operativo**, con la previsione che, in ogni caso, ciascun ente non potrà detenere un numero di partecipazioni superiore a quello previsto dalla norma.

... segue ...

- Si tratta, in sostanza, di una valutazione con la quale il legislatore ha ritenuto importante non solo gli scopi perseguiti dagli enti locali (già disciplinati nell'art. 3, co. 27) ma anche le modalità di svolgimento dell'attività ritenendo che ...
- **il rapporto fra ente costituente e organismo societario per essere efficiente deve avvenire in un ambito più esteso ed articolato, quale è quello degli enti di maggiori dimensioni che proprio in considerazione di questa circostanza, da un lato, possono più agevolmente stabilire modalità di indirizzo e controllo dell'attività societaria e, dall'altro, dar vita a società dotate di una massa critica operativa più significativa, evitando il fenomeno della polverizzazione di società che non dispongono di risorse sufficienti per operare in modo soddisfacente ed autonomo all'esterno dell'ente costituente.**
- A dimostrazione di questa circostanza è la possibilità per gli enti di minori dimensioni di associarsi per dar vita ad aggregazioni societarie (sempreché la popolazione interessata complessiva sia superiore ai 30.000 abitanti).

... segue ...

- Con l'ovvia conseguenza che l'inciso "fermo quanto previsto dall'art. 3, commi 27, 28 e 29, della legge 24 dicembre 2007, n. 244 " non può che significare che nei limiti numerici delle partecipazioni che ciascun ente può detenere in base alla previsione contenuta nell'art. 14, comma 32 le stesse dovranno, comunque, essere conformi ai canoni previsti dall'art. 3, comma 27 della legge finanziaria per il 2008.
- In questo modo il legislatore chiude il cerchio collegando entità delle partecipazioni e numero delle stesse.

Tuttavia ...

- A questa conclusione occorre aggiungere, però, una specificazione che è imposta dallo stesso sistema normativo che disciplina le funzioni e le competenze degli enti locali.
- **In alcuni casi il legislatore ha previsto che alcune attività e funzioni dei Comuni debbano essere svolte per il tramite della costituzione di specifiche società di capitali ed è evidente che trattandosi di disposizioni normative di carattere speciale non risultano abrogate dal combinato disposto degli art. 3, co. 27 della legge n., 244 del 2007 e 14, co. 32 del d.l. n. 78, conv. in l. n. 122 del 2010, ma continuano ad esplicare i loro effetti.**

In conclusione ...

- A seguito dell'entrata in vigore dell'art. 14, comma 32 del d.l. n. 78, conv. in l. n. 122/2010 gli enti locali con popolazione inferiore ai 30.000 abitanti non possono procedere, in linea di massima, alla costituzione di società di capitali, se non associandosi con altri enti per raggiungere una quota minima di popolazione pari a 30.000 abitanti ...
- **ad eccezione dei casi nei quali sia lo stesso legislatore, nazionale o regionale, a prevedere che specifiche attività siano svolte per il tramite della partecipazione a società di capitali.**

2) Le società pubbliche: lo scenario di riferimento

- Per effetto dei processi di privatizzazione avviati negli anni '90, le società per azioni hanno acquisito una posizione sempre più di primo piano nel sistema locale.
- Secondo il rapporto Unioncamere del 2007 le società partecipate da Comuni, Province, Comunità montane alla fine del 2005 erano 4874 (+5,9% dal 2003).
- il 30% delle partecipazioni pubbliche locali è in società che si occupano di infrastrutture e servizi alle imprese (il 15,1% sono società che operano nel settore di energia, gas e acqua; l'8,9% in trasporti urbani e l'8,1% nello smaltimento rifiuti).

... segue ...

- Si tratta, dunque, di una realtà che proprio in ragione della sua incidenza sull'economia del sistema locale, continua ad essere oggetto di una pluralità di interventi normativi che però lungi dal rappresentare il risultato di un organico intervento di riforma, si limitano a ritoccare aspetti più o meno puntuali della disciplina delle società in questione,
 1. **a volte per ridimensionarne l'utilizzo,**
 2. **altre per adeguarle ai dettami dell'ordinamento comunitario,**
 3. **altre ancora per renderle più aderenti alle finalità per le quali vengono costituite.**

La diversificazione dei regimi giuridici

- Nella galassia delle partecipate pubbliche locali, si è progressivamente fatta strada la tendenza alla diversificazione del regime giuridico, in ragione dell'attività svolta dalla società e del contesto nel quale essa opera, in conseguenza dell'evidente impossibilità di ricondurre la molteplicità e varietà delle tipologie societarie utilizzate ad un'unica macrocategoria.

Il principio generale, espresso anche dalla Corte costituzionale (**Corte cost.**, 1 agosto 2008, n. 326 in riferimento all'art. 13 del d.l. Bersani), è

quello secondo cui alla distinzione:

- tra attività amministrativa (finale o strumentale) svolta in forma di impresa per conto di una pubblica amministrazione e;
- attività d'impresa rivolta al pubblico ...

debba corrispondere un diverso regime giuridico.

La Corte costituzionale ...

L'attività svolta dalla Pa in forma di diritto privato, e più precisamente con il modulo societario, va infatti distinta in due aree che debbono restare ben separate:

- l'attività amministrativa di natura finale o strumentale, che in quanto tale poggia o comunque può godere dei privilegi della pubblica amministrazione;
- l'attività di impresa che, al di fuori del caso della gestione di servizi pubblici, va svolta invece in regime di concorrenza e di perfetta parità con le altre imprese, e senza alcuna peculiarità che possa pregiudicare quest'ultima.

E' cambiato l'atteggiamento del legislatore ...

- Mutato atteggiamento del legislatore nei confronti delle società pubbliche, arrivate ad essere considerate una delle voci principali della spesa pubblica.
- E' intervenuto sulla disciplina delle società in questione, essenzialmente con l'obiettivo di ridimensionarne l'utilizzo attraverso due direttrici fondamentali ...

Direzione n. 1 ...

1. Cerca di ridurre i privilegi di cui le società pubbliche godono; lo si è fatto, in particolare, attraverso la riduzione del numero dei componenti del consiglio di amministrazione delle partecipate. Sull'ipotesi in esame si considerino, ad esempio:
 - commi 725 e ss. della legge n. 296 del 27 dicembre 2006, finanziaria per il 2007, ovvero;
 - l'articolo 6 del decreto legge 31 maggio 2010, convertito in legge 30 luglio 2010, n. 122.

Direzione n. 2

- Dall'altro lato, si è cercato di stringere il “nodo” della relazione tra ente partecipante e società costituita e di irrigidirne il regime giuridico, cercando di equipararlo a quello delle pubbliche amministrazioni,
- con l'obiettivo di evitare che le società in esame, potessero utilizzare la condizione di privilegio di cui dispongono, (avvalendosi di risorse pubbliche) sul libero mercato, in condizione di evidente disparità rispetto alle imprese private
- Esempi:

3) La legge finanziaria per il 2008

- Legge 24 dicembre 2007, n. 244, comma 27 dell'articolo 3, il cui obiettivo espresso è proprio quello di limitare il ricorso allo strumento societario alla costituzione di società “strettamente necessarie al perseguimento delle finalità istituzionali”,
- ... salvo - poi – al comma 28 lasciare alla delibera consiliare il compito di giustificare che la scelta di utilizzare il modello societario si rende necessaria ai fini di perseguire finalità istituzionali.

... l'articolo 3, comma 27 e s.m.i. ...

- **Al fine di tutelare la concorrenza e il mercato, le amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165,**
- **non possono costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e di servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali,**
- **né assumere o mantenere direttamente partecipazioni, anche di minoranza, in tali società.**

- **E' sempre ammessa la costituzione di società che producono servizi di interesse generale** e che forniscono servizi di committenza o di centrali di committenza a livello regionale a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici di cui all'articolo 3, comma 25, del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e l'assunzione di partecipazioni in tali società da parte delle amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, nell'ambito dei rispettivi livelli di competenza.

... segue

- Il comma 28 dell'art. 3 prevede, poi, che l'assunzione di nuove partecipazioni e il mantenimento delle attuali debba essere autorizzato, **dall'organo consiliare, con delibera motivata, che accerti la sussistenza dei presupposti di cui al comma 27.**

La *ratio* della norma

La *ratio* della norma è, dunque, quella:

- di circoscrivere il fenomeno della proliferazione di società pubbliche o miste,
- al fine di prevenire un ricorso a tale strumento elusivo delle discipline pubblicistiche in materia contrattuale o di finanza pubblica
- e soprattutto per assicurarne un utilizzo correlato alle reali necessità degli enti.

- Ne deriva che **le uniche tipologie di società partecipate di cui il legislatore espressamente consente la costituzione e il mantenimento sono quelle che svolgono attività strettamente necessarie alle finalità istituzionali degli Enti e le società che producono servizi di interesse generale.**

... segue ...

- **La riconducibilità di una società al modello astrattamente prefigurato dal legislatore dipende, peraltro, dalla valutazione (discrezionale) del consiglio comunale.**
- Sulla base dei principi richiamati è stato, ad esempio, sostenuto che in merito alla partecipazione ad una costituenda banca di credito cooperativo, il consiglio comunale è chiamato a verificare quali finalità intenda perseguire con tale strumento, se queste siano da considerarsi fra i compiti riservati dall'ordinamento all'ente comunale e soprattutto se l'attività della costituenda società possa considerarsi strettamente necessaria alle finalità dell'Ente stesso, anche alla luce del proprio statuto (si cfr., in tal senso, Corte dei conti, sez. regionale di controllo per la Regione Piemonte, 3/12/2008, n. 33).

Due interpretazioni ...

- **La prima, più estesa, che vorrebbe in qualche modo limitare la possibilità stessa della pubblica amministrazione di fare impresa, con ciò ponendo evidenti questioni di legittimità costituzionale (riduzione della capacità di iniziativa economica della Pa).**
- **La seconda, più ristretta, secondo la quale sarebbe il modello societario, salve le deroghe ammesse dai commi 27 e 28, a rimanere escluso dalle formule organizzative a disposizione dell'ente locale.**
- Sul punto si è pronunciata la Corte costituzionale chiamata a verificare se il legislatore statale, affermando di intervenire a tutela della concorrenza e del mercato, abbia violato il riparto di competenze tra Stato e Regioni fissato dal titolo V della Costituzione e se, in particolare, ne sia risultata vulnerata la riserva di organizzazione amministrativa stabilita in favore di queste ultime (cfr. **Corte cost. n. 148 dell'8 maggio 2009**, commentata da M. Cammelli, *Legislature, giudici e società in mano pubblica: buone intenzioni, impropri strumenti, discutibili risultati*, in *Le Regioni*, 2009, 1071 ss).

... segue ...

- La Corte ha concluso per l'infondatezza delle q.l.c. dell'art. 3, commi da 27 a 29 della l. n. 244/2007, sul presupposto della riconducibilità delle suddette norme all'ambito della tutela della concorrenza, rispetto alla quale il legislatore statale ha titolo a porre in essere una disciplina dettagliata.
 - Inoltre, aggiunge la Corte, in virtù del criterio della prevalenza, è anche palese l'appartenenza a detta materia del nucleo essenziale della disciplina stabilita dalle norme richiamate, con conseguente infondatezza della denuncia di violazione del principio di leale collaborazione.
- In questi termini la Corte si era già espressa nella sentenza n. 411 del 2008.

- **Oltre ai profili di ordine generale, relativi alla legittimità dell'intervento statale sulla materia in questione (di fatto riconducibile alla organizzazione degli enti territoriali), le norme in commento pongono anche questioni di stretta interpretazione del dato letterale.**
- **In altre parole, il riferimento alle società "strettamente necessarie al perseguimento delle finalità istituzionali" dell'ente locale, risente di una tendenza diffusa in tema di partecipazioni pubbliche al bilanciamento tra la definizione di macrocategorie, entro le quali collocare le molteplici tipologie societarie esistenti, e l'obiettiva necessità della differenziazione delle fattispecie**
- **Lo stesso riferimento alle finalità istituzionali dell'ente locale è ambiguo, può voler dire tutto e niente.**
- Si pensi, ad esempio, alle finalità istituzionali, come definite dall'art. 13 del d. lgs. n. 267/2000.

4) Le società strumentali e l'articolo 13 del decreto legge n. 223/2006

- Al fine di evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità degli operatori nel territorio nazionale,
- **le società, a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali**
- **per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti in funzione della loro attività,**
- con esclusione dei servizi pubblici locali e dei servizi di committenza o delle centrali di committenza apprestati a livello regionale a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici di cui all'articolo 3, comma 25, del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163,
- **nonché, nei casi consentiti dalla legge, per lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative di loro competenza ...**

... segue ...

- **devono operare [esclusivamente] con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti,**
- non possono svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati,
- né in affidamento diretto,
- né con gara,
- e non possono partecipare ad altre società o enti aventi sede nel territorio nazionale.

- Le società che svolgono l'attività di intermediazione finanziaria prevista dal testo unico di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, sono escluse dal divieto di partecipazione ad altre società o enti.

... segue ...

- Le società di cui al comma 1 **sono ad oggetto sociale esclusivo e non possono agire in violazione delle regole di cui al comma 1.**
- Al fine di assicurare l'effettività delle precedenti disposizioni, le società di cui al comma 1 cessano **entro quarantadue mesi dalla data di entrata in vigore del presente decreto le attività non consentite.**
- **A tale fine possono cedere, nel rispetto delle procedure ad evidenza pubblica, le attività non consentite a terzi ovvero scorporarle, anche costituendo una separata società** [da collocare sul mercato, secondo le procedure del decreto-legge 31 maggio 1994, n. 332, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 1994, n. 474, entro ulteriori diciotto mesi].
- I contratti relativi alle attività non cedute o scorporate ai sensi del periodo precedente perdono efficacia alla scadenza del termine indicato nel primo periodo del presente comma.

... segue.

- **I contratti conclusi, dopo la data di entrata in vigore del presente decreto, in violazione delle prescrizioni dei commi 1 e 2 sono nulli.**
- Restano validi, fatte salve le prescrizioni di cui al comma 3, i contratti conclusi dopo la data di entrata in vigore del presente decreto, ma in esito a procedure di aggiudicazione bandite prima della predetta data.

Alcune osservazioni ...

- La Corte Costituzionale nella sentenza n. 326/2008 (rel. Cassese).
- Il Giudice delle leggi, nel respingere le questioni di legittimità costituzionale, ha osservato come detta disposizione **definisca il relativo ambito di applicazione in relazione all'oggetto sociale delle società a partecipazione pubblica e risulti fondata sulla distinzione tra attività amministrativa in forma privatistica e attività di impresa di enti pubblici.**
- Secondo la Consulta, l'una e l'altra possono essere svolte attraverso società di capitali, ma le condizioni di svolgimento sono differenti:
 1. nel primo caso, vi è attività amministrativa di natura finale o strumentale, posta in essere da società di capitali che operano per conto di una Pubblica Amministrazione;
 2. mentre, nel secondo caso, vi è erogazione di servizi rivolta al pubblico (consumatori o utenti), in regime di concorrenza.

... segue ...

- La Corte ha concluso nel senso di ritenere che le disposizioni impugnate mirano a separare le due sfere di attività per evitare che un soggetto, **che svolge attività amministrativa, eserciti allo stesso tempo attività d'impresa, beneficiando dei privilegi dei quali esso può godere in quanto “quasi-amministrazione”** [1].
- In tal modo, non è negata né limitata la libertà di iniziativa economica degli enti territoriali, ma è imposto loro di esercitarla distintamente dalle proprie funzioni amministrative, rimediando ad una frequente commistione, che il legislatore statale ha reputato distorsiva della concorrenza [2].

[1] Per una compiuta definizione dei cd. “vantaggi competitivi” detenuti dalle società a partecipazione pubblica, si veda: T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. III, 18 giugno 2009, n. 1161.

[2] In termini sostanzialmente analoghi rispetto alle finalità pro-concorrenziali dell'art. 13, si veda anche il parere dell'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici n. 213/2008.

Il problema dell'ambito applicativo ...

- Comprende: le società costituite o partecipate da enti regionali o locali (ivi comprese le Camere di commercio^[1]) per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti ...
- Sono espressamente escluse dall'ambito applicativo della norma le società (a partecipazione pubblica) che, tra le altre, gestiscono servizi pubblici locali e le centrali di committenza regionali.

^[1] In senso conforme, si segnalano: Cons. Stato, Sez. III, 25 settembre 2007, n. 322 e T.A.R. Toscana, Firenze, Sez. I, 13 marzo 2009, n. 417.

La giurisprudenza amministrativa ...

- La giurisprudenza amministrativa ha progressivamente **accordato maggior rilievo al concetto di “strumentalità” che deve caratterizzare l’attività della società partecipata rispetto alle finalità perseguite dall’ente partecipante.**
- Si è, quindi, chiarito che possono definirsi strumentali all’attività di tali enti in funzione della loro attività, tutti quei beni e servizi erogati da società a supporto di funzioni amministrative di natura pubblicistica, di cui resta titolare l’ente di riferimento e con i quali l’ente stesso provvede al perseguimento dei suoi fini istituzionali.
- Le società strumentali sono, dunque, strutture costituite per svolgere attività strumentali rivolte essenzialmente alla Pubblica Amministrazione e non al pubblico, diversamente da quelle costituite - ad esempio - per la gestione dei servizi pubblici locali, che mirano a soddisfare direttamente ed in via immediata esigenze generali della collettività.
- T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 5 gennaio 2010, n. 36

... segue ...

- Alla luce di quanto esposto, il Giudice Amministrativo ha riconosciuto che la portata della disposizione di cui all'art. 13 attiene non al titolo giuridico, in base al quale le società operano, bensì all'oggetto sociale delle stesse, con la conseguenza che solo le società costituite o partecipate per lo svolgimento di attività amministrativa in forma privatistica rientrano nel campo di applicazione del cit. art. 13. del decreto Bersani.
- Corte Cost. n. 326/2008.
- T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 6 novembre 2009, n. 10891.

... segue ...

- Problema della “partecipazione diretta o anche indiretta”
- Orientamento estensivo: più risalente.
- Il Giudice Amministrativo ha, più di recente, ritenuto che, per il legislatore, la separatezza delle società operanti sul mercato con soggetti terzi (e dei rispettivi bilanci) rispetto a quelle direttamente partecipate dagli enti locali (e dirette fornitrici di beni e servizi strumentali agli stessi) sembra costituire – di per sé – una sufficiente garanzia di non distorsione della concorrenza, in quanto il capitale apportato dagli enti locali non affluisce direttamente nel capitale di rischio delle imprese operanti in regime di concorrenza.
- T.A.R. Liguria, Genova, n. 39/2009 cit.; T.A.R. Lazio, Roma, n. 36/2010 cit.; Cons. Stato, Sez. V, 5 marzo 2010, n. 1282.

Infine ...

- Ulteriori dubbi interpretativi (invero, ancora irrisolti e, probabilmente, irrisolvibili in difetto di un intervento normativo *ad hoc*) si sono registrati a causa della oggettiva difficoltà, in assenza di una precisa definizione legislativa (che non è dato rinvenire nell'art. 112 T.U.E.L.), di individuare un'univoca linea di demarcazione che distingua i servizi pubblici locali, esclusi dal campo di applicazione del cit. art. 13, da quelli cd. "strumentali".
- Relativamente a tale annosa questione, si v. i contributi di: Dugato M., *Il servizio pubblico locale: realtà e virtualità nei criteri di classificazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2003, 9, 1289; Caia G., *I servizi pubblici nell'attuale momento ordinamentale (note preliminari)*, in *Scritti in onore di Vincenzo Spagnuolo Vigorita*, Ed. Scientifica, Napoli, 2007, 145; Police A., *Spigolature sulla nozione di "servizio pubblico locale"*, in *Dir. amm.*, 2007, 1, 79; Piperata G., *Gli incerti confini del servizio pubblico locale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2007, 5, 498.

5) Cenni ai S.p.I: l'articolo 23 *bis* del D.L. n. 112/2008 e s.m.i.

- Complessiva manovra di riforma dei servizi pubblici locali di rilevanza economica.
 1. Si introduce, tra l'altro, un sistema di limiti e preclusioni di inedita portata per le società, le loro controllate, controllanti e controllate da una medesima controllante che, in Italia e all'estero, gestiscono (di fatto o per disposizioni di legge, di atto amministrativo o per contratto) servizi pubblici locali in virtù di un affidamento diretto,
 2. nonché per i soggetti cui è affidata la gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali degli enti locali, qualora separata dall'attività di erogazione dei servizi.
(cfr. comma 9)

...il comma 2...

il conferimento della gestione dei spl con modalità ordinaria

- **Il conferimento della gestione dei servizi pubblici locali avviene, in via ordinaria:**
- **a) 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 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 e proporzionalità;
- **b) a società a partecipazione mista pubblica e privata, a condizione che la selezione del socio avvenga mediante procedure competitive ad evidenza pubblica**, nel rispetto dei principi di cui alla lettera a), **le quali abbiano ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio e che al socio sia attribuita una partecipazione non inferiore al 40 per cento.**

..i commi 3 e 4...

la deroga dell' *in house*

- **In deroga** alle modalità di affidamento ordinario di cui al comma 2, **per situazioni eccezionali 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 a favore di società a capitale interamente pubblico**, partecipata dall'ente locale, **che abbia i requisiti richiesti dall'ordinamento comunitario per la gestione cosiddetta "in house"** e, comunque, **nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria in materia di controllo analogo sulla società e di prevalenza dell'attività svolta dalla stessa con l'ente o gli enti pubblici che la controllano** (comma 3).
- Nei casi di cui al comma 3, **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 per l'espressione di un parere preventivo, da rendere entro sessanta giorni dalla ricezione della predetta relazione. Decorso il termine, il parere, se non reso, si intende espresso in senso favorevole** (comma 4).

... il comma 8 ...

il regime transitorio

- Il regime transitorio degli affidamenti non conformi a quanto stabilito ai commi 2 e 3 e' il seguente:
- a) le gestioni in essere alla data del 22 agosto 2008 affidate conformemente ai principi comunitari in materia di cosiddetta "in house" cessano, improrogabilmente e senza necessità di deliberazione da parte dell'ente affidante, alla data del 31 dicembre 2011. Esse cessano alla scadenza prevista dal contratto di servizio a condizione che entro il 31 dicembre 2011 le amministrazioni cedano almeno il 40 per cento del capitale attraverso le modalità di cui alla lettera b) del comma 2;
- 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 di cui alla lettera a) del comma 2, le quali non abbiano avuto ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio, cessano, improrogabilmente e senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante, alla data del 31 dicembre 2011;

... il comma 8 ...

... segue ...

- 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, nel rispetto dei principi di cui alla lettera a) del comma 2, 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'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 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.

... il comma 9 ...

le preclusioni

- Le società, le loro controllate, controllanti e controllate da una medesima controllante, anche non appartenenti a Stati membri dell'Unione europea, che, in Italia o all'estero, gestiscono di fatto o per disposizioni di legge, di atto amministrativo o per contratto servizi pubblici locali in virtù di affidamento diretto, di una procedura non ad evidenza pubblica ovvero ai sensi del comma 2, lettera b), nonché i soggetti cui è affidata la gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali degli enti locali, qualora separata dall'attività di erogazione dei servizi,
 1. **non possono acquisire la gestione di servizi ulteriori ovvero in ambiti territoriali diversi,**
 2. **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 tramite loro controllanti o altre società che siano da essi controllate o partecipate, né partecipando a gare.**

... segue ...

- Il divieto di cui al primo periodo opera per tutta la durata della gestione e non si applica alle società quotate in mercati regolamentati **e al socio selezionato ai sensi della lettera b) del comma 2.**
- **I soggetti affidatari diretti di servizi pubblici locali possono comunque 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.**

... segue ...

Da notare che, anche se coesistono letture differenti in sede dottrinale, il Tar Calabria con sentenza del 16/6/2010 n. 561 ha ritenuto che:

- L'affidamento a società mista costituita con le modalità indicate dal c. 2, lett. b) dell'art. 23-bis del D.L. n. 112/2008, convertito con Legge n. 133/2008 e ss.mm., **si appalesa, ai fini della tutela della concorrenza e del mercato, del tutto equivalente a quello mediante pubblica gara, sicché risulterebbe irragionevole ed immotivata - anche alla luce dei principi dettati dall'Unione Europea in materia di partenariato pubblico privato** (v. Comunicazione interpretativa della Commissione sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico - privati istituzionalizzati (PPPI) 2008/C91/02 in G.U.C.E. del 12 aprile 2008 - **l'applicazione nei confronti di società della specie del divieto di partecipazione alla gare bandite per l'affidamento di servizi diversi da quelli in esecuzione.**
- **Va dunque preferita l'interpretazione della disposizione - pure consentita dalla sua lettera - nel senso che il divieto in parola si applica solamente alle società che già gestiscono servizi pubblici locali a seguito di affidamento diretto o comunque a seguito di procedura non ad evidenza pubblica, con la precisazione che rientrano nel concetto di evidenza pubblica ("ovvero") anche le società previste dal c.2, lett. b), dell'art. 23 bis, cit.**

Il regolamento attuativo (d.P.R. n. 168/2010)

- Il presente regolamento, in attuazione dell'articolo 23-*bis* del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, e successive modificazioni, si applica ai servizi pubblici locali di rilevanza economica, denominati “servizi pubblici locali”.

N.b.: ambito di applicazione

Sono esclusi dall'applicazione del regolamento:

- il servizio di **distribuzione di gas naturale**, di cui al decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164;
- il servizio di **distribuzione di energia elettrica**, di cui al decreto legislativo 16 marzo 1999, n. 79 e alla legge 23 agosto 2004, n. 239;
- il servizio di **trasporto ferroviario regionale**, di cui al decreto legislativo 19 novembre 1997, n. 422;
- la **gestione delle farmacie comunali**, di cui alla legge 2 aprile 1968, n. 475;
- **i servizi strumentali all'attività o al funzionamento degli enti affidanti di cui all'articolo 13, comma 1, del decreto-legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 agosto 2006, n. 248, e successive modificazioni.**

Il regolamento: profili di interesse

- misure di liberalizzazione: articolo 2;
- modalità di affidamento: articolo 3;
- gli affidamenti di servizi pubblici locali assumono rilevanza ai fini dell'espressione del parere di cui all'articolo 23 *bis*, comma 4, se il valore economico del servizio oggetto dell'affidamento supera la somma complessiva di 200.000,00 euro annui (articolo 4, comma 1);
- disposizioni relative all'*in house* (ass. patto di stabilità interno); nonché *in house* e società miste (**acquisto beni e servizi - codice contratti pubblici**); personale (norme d. lgs. n. 165/2001, escluse le quotate);
- disposizioni su tutela non giurisdizionale.

MISURE IN TEMA DI LIBERALIZZAZIONE

- Viene previsto l'**obbligo** in capo agli **enti locali di verificare**, entro dodici mesi dall'entrata in vigore del regolamento e, poi, periodicamente, e comunque prima di procedere al conferimento o al rinnovo della gestione dei servizi, **la realizzabilità di una gestione concorrenziale dei servizi pubblici locali**;
- Ciò al fine di **limitare l'attribuzione di diritti di esclusiva** ai casi in cui, in base ad un'analisi di mercato, **la libera iniziativa economica non risulti idonea**, secondo principi di proporzionalità, sussidiarietà orizzontale ed efficienza, **a garantire un servizio corrispondente ai bisogni della comunità**;
- Con il conseguente obbligo di **liberalizzare in tutti gli altri casi le attività economiche compatibilmente con le caratteristiche di universalità e accessibilità del servizio**.

In particolare l'esito della verifica

- All'esito della verifica, l'ente adotta una delibera **quadro** che:
- **illustra l'istruttoria compiuta;**
- **evidenzia, per i settori sottratti alla liberalizzazione, i fallimenti del sistema concorrenziale ed i benefici, per la stabilizzazione, lo sviluppo e l'equità all'interno della comunità locale, del mantenimento di un regime di esclusiva del servizio;**
- alla quale viene data **adeguata pubblicità** e che è **inviata alla Autorità garante della concorrenza e del mercato** ai fini della relazione al Parlamento di cui alla legge 10 ottobre n. 287.

Modalità di affidamento

- L'art. 3 del regolamento prevede che **le procedure competitive** di cui all'art. 23 – bis, comma 2, della legge **siano indette nel rispetto:**
- **degli standard qualitativi, quantitativi, ambientali;**
- **di equa distribuzione sul territorio e di sicurezza definiti dalla legge, ove esistente, dalla competente autorità di settore, o, in mancanza di essa, dagli enti affidanti.**
- L'art. 3, al comma 2, prevede, poi, che **le società a capitale interamente pubblico possono partecipare alle procedure competitive ad evidenza pubblica** di cui all'art. 23 – bis, comma 2, lett. a), **in assenza di specifici divieti previsti dalla legge** (es. il co. 9, art 23 bis)

Il contenuto del bando o della lettera di invito

- Al fine di promuovere e proteggere l'assetto concorrenziale dei mercati interessati, il comma 3 dell'art. 3 prevede che bando o lettera di invito:
- **escludano che la disponibilità, a qualunque titolo, delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali non duplicabili, possa essere elemento discriminante per la valutazione delle offerte** (lett. a);
- **garantiscano che i requisiti tecnici ed economici di partecipazione alla gara siano proporzionali alle caratteristiche ed al valore del servizio e che l'oggetto della gara assicuri la più ampia partecipazione ed economie di scale e di gamma** (principio di *favor participationis* di cui alla lettera b);
- **indichino una durata dell'affidamento comunque non superiore al periodo di ammortamento degli investimenti in immobilizzazioni di materiali gravanti sul soggetto gestore** (lett. c).

Il contenuto del bando o lett. di invito

...segue...

- **possano escludere forme di aggregazione o collaborazioni** tra soggetti che possiedono singolarmente i requisiti tecnici ed economici di partecipazione alla gara, **qualora**, in base ad un'oggettiva e motivata analisi che consideri struttura – dimensioni – e numero di operatori del mercato di riferimento, **l'aggregazione o collaborazione sia idonea a produrre effetti restrittivi della concorrenza** (lett. d);
- **prevedano che la valutazione delle offerte** sia effettuata da **una commissione** nominata dall'ente affidante e **composta da soggetti esperti nella specifica materia** (lett. e);
- **indichino criteri e modalità di individuazione dei beni strumentali** e loro pertinenze di cui all'art. 10, **nonché per la determinazione dell'eventuale importo di cessione** (lett. f);
- **prevedano l'obbligo di adozione della carta dei servizi da parte dell'ente gestore.**

Il bando o lettera di invito in caso di gara per la scelta del socio privato

- Il comma 4 dell'art. 3 prevede che **le procedure aventi ad oggetto, contemporaneamente la qualità di socio e l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione** (art. 23 bis, comma 2, lett.b), oltre a quanto previsto dal comma 3, **bando o lettera di invito assicurino che:**
- **i criteri di valutazione delle offerte basati su qualità e corrispettivo del servizio prevalgano, di norma, su quelli riferiti al prezzo delle quote societarie;**
- **Il socio privato selezionato svolga specifici compiti operativi connessi alla gestione per l'intera durata del servizio** e che, ove ciò non avvenga, si proceda ad un nuovo affidamento ex art. 23 bis comma 2;
- siano previsti **criteri e modalità di liquidazione** del socio privato dalla cessazione della gestione.

Il parere dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato

- L'art. 4 prevede che gli affidamenti dei servizi pubblici locali ai sensi dell'art 23 bis, comma 4, (id est affidamenti diretti *in house*) **assumano rilevanza** ai fini dell'obbligatorietà della **richiesta di parere** all'AGCM se il **valore economico del servizio oggetto dell'affidamento supera la somma complessiva di 200.000, euro annui.**
- Il comma 2 dell'art. 4, **in riferimento al solo settore idrico**, prevede che nella richiesta di parere l'ente affidante possa rappresentare, quali specifiche condizioni di efficienza che rendono la gestione *in house* non distorsiva della concorrenza: *a) la chiusura dei bilanci in utile....b) il reinvestimento nel servizio di almeno l'80% degli utili per l'intera durata dell'affidamento....c) l'applicazione di una tariffa media inferiore alla media di settore.*

L'assoggettamento al patto di stabilità interno delle società *in house*

- L'art. 5 sancisce l'**obbligo del rispetto del patto di stabilità interno** da parte degli **affidatari in house** di servizi pubblici locali ai sensi dell'art. 23 – bis, commi 3 e 4;
- peraltro, il comma 3 del detto articolo **rinvia l'effettività di tale previsione alla definizione delle modalità e della modulistica** in sede di attuazione di quanto previsto dall'art. 2, comma 2, lett. h, della **legge 5/5/2009 n. 42 recante Delega al Governo in materia di federalismo fiscale**.
- **Allo stato, dunque, mancano gli elementi necessari per determinare le modalità di rispetto dei vincoli del Patto di stabilità da parte delle società *in house*.**

Acquisto di beni e servizi da parte delle società *in house* e delle società miste

- L'art. 6 prevede che **le società *in house* e le società miste, affidatarie dei servizi pubblici locali, per l'acquisto di beni e servizi devono applicare le disposizioni di cui al D.lgs. n. 163/2006;**
- Il comma 2 del richiamato articolo, provvede, invece, ad attuare un **coordinamento fra la previsione di cui all'art. 23 bis, comma 2, lett b e l'art. 32, comma 3, n.1) del D.lgs. n. 163/2006 statuendo che sono le sole società miste il cui socio sia stato scelto con la c.d. gara a doppio oggetto non sono tenute ad applicare la disciplina del codice degli appalti: ciò ovviamente limitatamente alla gestione del servizio per il quale le società stesse sono state costituite.**

Assunzione di personale da parte delle società “in house” e delle società miste

- L'art. 7 prevede che ***“le società a partecipazione pubblica – quindi sia in house che miste – che gestiscono servizi pubblici locali adottano, con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi nel rispetto dei principi di cui al comma 3 dell’art. 35 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165”***.
- Tali società devono, quindi, dotarsi di **regolamenti** che contengano criteri e modalità **per attuare procedure selettive per l’assunzione di personale e l’affidamento di incarichi in linea con i principi posti dal richiamato comma 3 dell’articolo 35 (ossia con i principi in tema di reclutamento nelle pubbliche amministrazioni)**.
- Peraltro, **le disposizioni dell’art. 7 non si applicano alle società quotate.**

L'incompatibilità tra funzioni di regolazione e gestione nei servizi pubblici locali

- L'art. 8 persegue l'obiettivo di fissare regole certe nella delicata materia delle **incompatibilità fra funzioni di regolazione e di gestione nei servizi pubblici locali**. A tal fine, la norma prevede che:
- **gli amministratori, i dirigenti e i responsabili degli uffici o dei servizi dell'ente locale**, nonché degli altri organismi che espletano funzioni di stazione appaltante, di regolazione, di indirizzo e di controllo di servizi pubblici locali, **non possono svolgere incarichi inerenti la gestione dei servizi affidati da parte dei medesimi soggetti**. Il divieto si applica anche nel caso in cui le dette funzioni sono state svolte **nei tre anni precedenti** il conferimento dell'incarico inerente la gestione dei servizi pubblici locali. Alle società quotate nei mercati regolamentari si applica la disciplina definita dagli organismi di controllo competenti (comma 1);

Il regime delle incompatibilità

...segue...

- Il **divieto** di cui al comma 1 **si applica anche** nei confronti del **coniuge, dei parenti, degli affini entro il quarto grado dei soggetti indicati nel medesimo comma 1**, nonché nei confronti di coloro che prestano, o hanno prestato nel triennio precedente, a qualsiasi titolo, **attività di consulenza o collaborazione** nei confronti degli enti locali o dei soggetti che hanno affidato la gestione dei servizi pubblici locali (comma 2);
- viene, altresì, **esclusa la possibilità di nominare amministratore di società partecipate, coloro che**, negli enti che detengono quote di partecipazione nella società stessa, **siano stati, nel triennio precedente: Sindaci**, anche metropolitani, **Presidenti di Provincia, Consiglieri di Comuni** anche metropolitani e **di Province, componenti delle giunte comunali – metropolitane e provinciali, Presidenti, Consiglieri ed Assessori delle Comunità Montane, componenti degli organi delle Unioni di Comuni e di consorzi fra enti locali, nonché componenti degli organi di decentramento** (comma 3);

Il regime delle incompatibilità

...segue...

- con riferimento alle **commissioni di gara per l'affidamento della gestione dei servizi pubblici locali**, si prevede che **i commissari non devono avere svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente alla gestione del servizio di cui si tratta (comma 4);**
- **i commi 5, 6, 7 ed 8 sanciscono le incompatibilità per la costituzione della commissione di gara**, prevedendo, tra l'altro che: **non possono essere nominati commissari coloro che, nel biennio precedente, hanno rivestito la carica di amministratore locale di cui al precedente comma 3 (che richiama l'art. 77 del d.lgs. n. 267/00) nell'ente locale che si accinge ad affidare il servizio pubblico locale (comma 5) e che, qualora alla gara concorra una società partecipata dall'ente locale che la indice, i componenti della commissione non possono essere né dipendenti, né amministratori dell'ente stesso (comma 8);**
- Importante la precisazione di cui al comma 9, a norma del quale **le incompatibilità ed i divieti di cui ai commi precedenti si applicano alle nomine e agli incarichi da conferire successivamente alla data di entrata in vigore del presente regolamento;**
- il comma 10, da ultimo, prevede che – **nel caso in cui la gestione sia affidata a società in house – l'organo titolare della verifica del rispetto del contratto di servizio**, nonché di ogni altro eventuale aggiornamento o modifica, **sia il collegio di revisore dell'ente locale.**

Il principio di reciprocità

- Importante segnalare anche il **principio di reciprocità** introdotto dall'art. 9, secondo cui ***“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.*”**

Disciplina di cessione dei beni in caso di subentro

- L'art. 10 prevede che **alla scadenza della gestione del servizio pubblico locale o in caso di sua cessazione anticipata**, il precedente gestore **cede al gestore subentrante** (a titolo gratuito e liberi da pesi e gravami) i **beni strumentali e le loro pertinenze necessari, in quanto non duplicabili a costi socialmente sostenibili, per la prosecuzione del servizio**, come individuati, ai sensi dell'articolo 3, comma 3, lettera f), dall'ente affidante (comma 1);
- è prevista **un'eccezione alla gratuità** laddove, al momento della cessazione della gestione, i **beni non siano stati interamente ammortizzati**: in tal caso, il gestore subentrante corrisponde al precedente gestore un importo pari al valore contabile originario non ancora ammortizzato, al netto di eventuali contributi pubblici direttamente riferibili ai beni stessi. Restano ferme le disposizioni contenute nelle discipline di settore, anche regionali, vigenti alla data di entrata in vigore del regolamento, nonché restano salvi eventuali diversi accordi tra le parti stipulati prima dell'entrata in vigore del presente regolamento (comma 2);
- **l'importo di cui al comma 2 e' indicato nel bando o nella lettera di invito** relativi alla gara indetta per il successivo affidamento del servizio pubblico locale a seguito della scadenza o della cessazione anticipata della gestione.

La tutela non giurisdizionale

- L'art. 11 prevede che **i contratti di servizio e, se emanate, le carte dei servizi concernenti la gestione di servizi pubblici locali** prevedano la possibilità, **per l'utente o la categoria di utenti che lamenti la violazione di un diritto o di un interesse giuridico rilevante, di promuovere la risoluzione non giurisdizionale delle controversie, che avviene entro trenta giorni successivi al ricevimento della richiesta** (comma 1);
- All'uopo viene, altresì, previsto che la **procedura conciliativa** venga avviata secondo un **apposito schema tipo di formulario costituente l'allegato A al regolamento** (comma 2);
- **Ciò salve**, comunque, le disposizioni di cui all'art. 2, comma 461, legge 24 dicembre 2007 n. 244 in tema di "Emanazione da parte degli enti locali, in sede di stipula dei contratti di servizio, di una Carta della qualità dei Servizi", nonché **le procedure di monitoraggio e verifica** della qualità disciplinate dal richiamato articolo e dalle altre discipline di settore **vigenti alla data di entrata in vigore del regolamento** (comma 3).

Abrogazioni e disposizioni finali

- **L'art. 12 del regolamento in esame reca l'elenco delle norme che, alla sua entrata in vigore, sono o restano abrogate;**
- pur rimandando alla imprescindibile lettura dell'articolo, preme rilevare come dall'articolo in esame derivi **l'abrogazione:**
- **dell'art. 113, commi 5, 5 bis, 6, 7, 8 e 9 escluso il primo periodo, 14, 15 bis e 15 quater, del d.lgs. n. 267/2000;**
- **dell'art. 150, comma 1, del d.lgs. n. 152/2006,** in tema di “Scelta delle forme di gestione e procedure di affidamento” nel Servizio Idrico Integrato, ad eccezione della parte in cui si individua l'Autorità d'Ambito quale competente per l'affidamento e l'aggiudicazione;
- **dell'art. 202, comma 1, del d.lgs. n. 152/2006** in tema di “Affidamento del servizio” di Gestione dei Rifiuti, ad eccezione della parte in cui individua la competenza dell'Autorità d'Ambito per l'affidamento e l'aggiudicazione.

Spl di rilevanza economica e Spl privi di rilevanza economica ...

Di recente, anche ai fini dell'applicazione dell'articolo 23 *bis*, Cons. Stato, sez. V, 10/09/2010, n. 6529.

- **“Ai fini della distinzione tra servizi pubblici locali di rilevanza economica e servizi pubblici locali privi di tale rilevanza, a fronte della rilevata inidoneità di criteri distintivi di natura astratta, sostanzialistica e/o ontologica,**
- **occorre far ricorso ad un criterio relativistico, che tenga conto delle peculiarità del caso concreto, quali la concreta struttura del servizio, le concrete modalità del suo espletamento, i suoi specifici connotati economico-organizzativi, la natura del soggetto chiamato ad espletarlo, la disciplina normativa del servizio”.**

Un caso *aperto*: le farmacie comunali e l'articolo 14, comma 32 ...

- Rif.: articolo 9, comma 1, della legge 2 aprile 1968, n. 475 e s.m.i.

Corte dei conti, sez. regionale di controllo per la Regione Puglia,
27/2/2008 n. 3

- Rispetto al rapporto tra disciplina introdotta dall'art. 3, commi 27-32, della n. 244/2007, recante la legge finanziaria per il 2008, deve essere interpretata nel senso che non impedisce al Comune di assumere, ai sensi dell'art. 9, c. 1, lett. d) della L. 02/04/1968 n. 475 come sostituito dall'art. 10 della L. 08/11/1991 n. 362, la gestione delle farmacie di cui l'Ente abbia la titolarità mediante la costituzione di società di capitali.

... segue ...

- “L’attività di gestione delle farmacie comunali costituisce esercizio di un pubblico servizio trattandosi, in particolare, di un’attività rivolta a fini sociali, secondo il disposto dell’art. 112 del d. lgs. 18/08/2000 n. 267 che consente agli Enti locali, nell’ambito delle rispettive competenze, di provvedere alla gestione dei servizi pubblici che abbiano ad oggetto la produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali ed a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali”.
- “Il concreto inquadramento della farmacia comunale tra le società che perseguono finalità istituzionali dell’Ente o tra le società rivolte alla produzione di servizi di interesse generale è rimessa all’esclusiva valutazione dell’Organo consiliare; tuttavia, l’evidente connotazione delle farmacie comunali destinate a fornire un pubblico servizio in favore della collettività generale esclude che tale partecipazione possa ritenersi vietata”.

... segue ...

- Alla luce della posizione espressa dalla Corte dei conti, Sezione regionale di Controllo per la Lombardia (si v. *supra*), secondo cui “a seguito dell’entrata in vigore dell’art. 14, comma 32 del d.l. n. 78, conv. in l. n. 122/2010 gli enti locali con popolazione inferiore ai 30.000 abitanti non possono procedere, in linea di massima, alla costituzione di società di capitali, se non associandosi con altri enti per raggiungere una quota minima di popolazione pari a 30.000 abitanti ...
- **ad eccezione dei casi nei quali sia lo stesso legislatore, nazionale o regionale, a prevedere che specifiche attività siano svolte per il tramite della partecipazione a società di capitali”.**
- **Criterio ipotizzabile: norma generale/norma speciale, in attesa del regolamento attuativo-integrativo e al netto delle problematiche relative alla coppia obbligo società di capitali/possibilità di gestire tramite società di capitali.**

6) Alcune considerazioni a mo' di conclusione ...

- Le società pubbliche, soprattutto, quelle degli enti locali ... appaiono strumenti dal futuro incerto.
- Venti anni fa, con la l. 8 giugno 1990, n. 142, il legislatore apriva l'ordinamento degli enti locali alla possibilità di organizzare compiti pubblici attraverso società di diritto privato dagli stessi enti costituite e partecipate.
- Ne scaturiva un ampio processo legislativo di *favor* verso tale modello, caratterizzato da un contesto normativo che in alcuni casi prevedeva persino l'obbligatoria trasformazione di strutture amministrative preesistenti in società di capitali.

... segue ...

- Oggi, questa spinta sembra essersi esaurita, al punto che, attualmente, è facile cogliere l'esistenza di un atteggiamento legislativo di diverso tenore, tendente soprattutto a ridurre il potere degli enti locali, in particolare, nella costituzione di società partecipate ed a restringerne il campo di azione.
- Tale inversione di tendenza, peraltro, avviene in un momento in cui le società in mano pubblica operanti in diversi settori di intervento hanno fatto registrare anche alcuni dati che mettono in evidenza molteplici aspetti positivi di tale modello di azione.

Due domande legittime ...

- Quale ruolo può essere riconosciuto nel governo locale alle società partecipate?
- Le società pubbliche sono destinate ad occupare limitati e residuali spazi di intervento o rappresentano ancora un importante strumento per l'azione locale?

Le risposte ...

- Non è facile rispondere a questi interrogativi, considerato che il processo di trasformazione che interessa il contesto giuridico di riferimento delle società pubbliche locali è ancora in corso.
- Può essere utile, invece, provare a descrivere i tratti portanti di tale processo, sforzandosi di cogliere quei punti di svolta che sembrano caratterizzarne l'andamento e che possono aiutare a vederne in anticipo il possibile esito.

Alcune linee di tendenza: 1) la differenziazione dei regimi societari

- La diffusione dello strumento societario e la moltiplicazione dei modelli, dalla quale è derivata anche una differenziazione dei regimi societari.
- Già prima delle ultime riforme di settore, un minimo di diversità nel regime giuridico di riferimento esisteva e dipendeva principalmente dal diverso ruolo spettante al privato nella composizione dell'assetto societario (società a capitale pubblico o a capitale con prevalenza del pubblico o viceversa).

... segue ...

- Oggi, viceversa, i momenti di differenziazione sono aumentati significativamente, in quanto non solo si dà importanza alla natura del capitale sociale (ad esempio, società *in house* e società miste),
- ma si diversificano i modelli anche alla luce degli ambiti in cui agiscono (a seconda che operino nella gestione di servizi pubblici locali o esercitino funzioni pubbliche o forniscano servizi di committenza o, ancora, operino come soggetti strumentali nella produzione di beni e servizi) ...
- nel senso che le regole che ne governano la costituzione e l'azione sono più o meno permissive a seconda dell'attività che queste società dovranno svolgere.

... 2) I limiti

- Il dato più significativo e di maggiore attualità che si coglie attraverso l'analisi dei più recenti interventi legislativi e giurisprudenziali è, poi, rappresentato dall'insieme dei limiti che oggi caratterizzano le società pubbliche ed, in particolare, quelle partecipate dagli enti locali.
- Si deve notare, in via riepilogativa, che questi “paletti” si muovono lungo due principali direzioni:
 1. a volte, hanno il compito di fissare dei limiti alla costituzione o al funzionamento della società;
 2. altre volte, invece, si pongono l'obiettivo di “rendere pubblico” lo strumento societario, in modo da evitare eccessivi allontanamenti del modello organizzativo prescelto dalle tradizionali caratteristiche degli apparati pubblici.

Alcuni esempi ...

- Se un ente locale vuole costituire una società strumentale deve non solo motivarne la scelta, ma anche dimostrare che la società è strettamente necessaria al perseguimento delle sue finalità istituzionali; la società, poi, avrà un'organizzazione interna disegnata secondo precisi caratteri.
- Se, invece, è intenzione dell'ente dar vita ad un modello *in house*, bisognerà rispettare particolari requisiti (quello del controllo analogo e dell'attività prevalente), in modo da poter giustificare un successivo affidamento diretto di servizi pubblici o altre attività. La partecipazione pubblica, infine, determina il divieto per la società di agire al di fuori del “mercato domestico” e anche alcune estensioni del regime pubblicistico, ad esempio, a proposito di personale o di sottoposizione al diritto di accesso.

3) Il ruolo della giurisprudenza

- Il tema delle società pubbliche è un argomento costantemente sotto tensione, in quanto oggetto, da un lato, di ripetuti interventi legislativi, dall'altro, di numerose pronunce interpretative.
- La cosa, però, che colpisce è che mentre il legislatore sembra essere in difficoltà nel trovare una precisa linea di intervento in materia, essendo numerosi i ripensamenti e le indecisioni regolative, **viceversa, il giudice amministrativo ha saputo sfruttare gli spazi di incertezza, intervenendo in via interpretativa sulle questioni più delicate e ricucendosi un ruolo che, in alcuni casi, è stato sussidiario e finalizzato a colmare alcune lacune dell'ordinamento (es. società miste).**

4) Il meccanismo di controllo degli enti locali sulle società ...

- Si tratta, a ben vedere, di soggetti sui quali si spostano rilevanti pezzi di governo locale ed ingenti risorse pubbliche.
- Stando così le cose è evidente che appare fondamentale capire in che modo garantire sempre un raccordo tra le società e i loro enti di riferimento.
- Sul punto il legislatore italiano ha ancora molto da fare.
- Non basta certo il meccanismo del controllo analogo nel caso delle società *in house* o il contratto di servizio o altri strumenti più o meno efficaci attualmente previsti dall'ordinamento per far sì che le società rispondano sempre agli enti pubblici che le partecipano e che rimangono comunque titolari dell'attività affidata.

Emblematica, vicenda estensione giurisdizione contabile ad amministratori di società pubbliche.

Le società pubbliche ...

Grazie per l'attenzione

giovanni.govi@studiobonettipaolo.191.it