

NOTE

SINTESI DELLE FORME DI GESTIONE

Ad oggi ed alla luce di quanto di seguito descritto, in materia di servizi pubblici locali le alternative per l'affidamento dei servizi risultano essere le seguenti:

1) affidamento del servizio con procedura di evidenza pubblica

ex art.30 DLgs 163 / 2006; nel rispetto dei principi del Trattato di funzionamento dell'Unione Europea (in via generale il TFUE si occupa del tema della concorrenza al Titolo VII [art. 101 – 109] e della disciplina del mercato unico rispettivamente negli artt. 14, 26 e 27 [mercato interno], 28 e 29 [libera circolazione delle merci], 45 – 66 – Titolo IV [libera circolazione di persone, servizi e capitali], 114 , 115 e 118 [riavvicinamento delle legislazioni]);

2) affidamento del servizio a società mista con socio appaltatore

come da: punto 2.2 e nota 18 della Comunicazione interpretativa della Commissione delle Comunità europee 5/2/2008 n. C [2007] 6661 sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati (PPPI); Risoluzione del Parlamento europeo del 18 Maggio 2010 sui nuovi sviluppi in materia di appalti pubblici (2009/2175(INI)), in Gazzetta ufficiale dell'Unione europea il 31.5.2011; sentenza Corte di Giustizia UE 15.10.2009 C-196/08; sentenza Consiglio di Stato, adunanza plenaria, sentenza 03.03.2008, n.1 e parere 18.04.2007, n.456;

3) affidamento del servizio *in house*

affidamento diretto a soggetto interamente pubblico (società o anche azienda speciale) *in house*, senza più alcun termine finale (alla luce dell'incostituzionalità dell'art.4, c.32, lettera a) DL 138 / 2011, che individuava il 31.12.2012 quale termine di cessazione degli affidamenti assegnati in assenza di evidenza pubblica) e senza limite di valore contrattuale (alla luce dell'incostituzionalità dell'art.4, c.13 DL 138 / 2011, che limitava il valore stesso entro i 200.000 euro / anno), purché la società disponga dei requisiti (capitale totalmente pubblico, esercizio del controllo analogo sulla società da parte degli enti soci come avviene su un proprio ufficio, più parte dell'attività svolta in relazione al territorio dei Comuni soci affidanti) individuati dalla storica sentenza Corte di Giustizia UE 18.11.1999, C-107/98, c.d. Teckal, e richiamati dall'art.113, c.5, lettera c) DLgs 267 / 2000, abrogato dall'art.12, c.1 DPR 168 / 2010, ma sempre valido quale riferimento.

LA RIAPERTURA DEI TERMINI DELL'ART. 3 COMMA 27 L 244 / 2007

In base all'articolo 3 comma 27 della L. 244/2007 gli enti erano chiamati, entro il 31.12.2010 ad effettuare una valutazione ed una ricognizione delle società partecipate "strategiche" e ad avviare il processo di dismissione/liquidazione di quelle valutate "non strategiche" da terminare entro "36 mesi" ovvero entro il 31.12.2013.

La L. 27 dicembre 2013, n. 147, come modificata dal D.L. 6 marzo 2014, n. 16, convertito con modificazioni dalla L. 2 maggio 2014, n. 68, ha disposto (con l'art. 1, comma 569) che *"Il termine di trentasei mesi fissato dal comma 29 dell'articolo 3 della legge 24 dicembre 2007, n. 244, è prorogato di dodici mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, decorsi i quali la partecipazione non alienata mediante procedura di evidenza pubblica cessa ad ogni effetto; entro dodici mesi successivi alla cessazione la società liquida in denaro il valore della quota del socio cessato in base ai criteri stabiliti all'articolo 2437-ter, secondo comma, del codice civile.*

Non risulta in discussione la valutazione della strategicità delle partecipazioni in società di servizio pubblico locale, in quanto l'articolo 3 comma 27 dispone che è sempre ammessa la costituzione di *società di servizi di interesse generale*

Gli enti locali sono quindi chiamati a terminare il processo di cessione delle partecipazioni ritenute non strategiche.

Entro i 12 mesi successivi e pertanto entro il 31.12.2015 si dovrà liquidare in denaro la quota di partecipazione all'ente locale a mezzo di cessione o, in mancanza, viene a configurarsi una sorta di recesso ex - lege che la dottrina aveva in precedenza messo in discussione in caso di mancata cessione della partecipazione non strategica.

ART.34, C.20 DL 179 / 2012 (CONVERTITO IN LEGGE 221 / 2012)

Per i servizi pubblici locali di rilevanza economica, al fine di assicurare il rispetto della disciplina europea, la parità tra gli operatori, l'economicità della gestione e di garantire adeguata informazione alla collettività di riferimento, l'affidamento del servizio è effettuato sulla base di apposita relazione, pubblicata sul sito internet dell'ente affidante, che dà conto delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta e che definisce i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e servizio universale, indicando le compensazioni economiche se previste.

SERVIZIO PUBBLICO (A RILEVANZA ECONOMICA)

Consiglio di Stato, Sez. V, 23/10/2012 n. 5409

... per qualificare un servizio pubblico come avente rilevanza economica o meno si deve prendere in considerazione non solo la tipologia o caratteristica merceologica del servizio (vi sono attività meramente erogative come l'assistenza agli indigenti), ma anche la soluzione organizzativa che l'ente locale, quando può scegliere, sente più appropriata per rispondere alle esigenze dei cittadini (ad esempio servizi della cultura e del tempo libero da erogare, a seconda della scelta dell'ente pubblico, con o senza copertura dei costi). Dunque, la distinzione può anzitutto derivare da due presupposti, in quanto non solo vi può essere un servizio che ha rilevanza economica o meno in astratto ma anche uno specifico servizio che, per il modo in cui è organizzato, presenta o non presenta tale rilevanza economica. Saranno, quindi, privi di rilevanza economica i servizi che sono resi agli utenti in chiave meramente erogativa e che, inoltre, non richiedono una organizzazione di impresa in senso obiettivo (invero, la dicotomia tra servizi a rilevanza economica e quelli privi di rilevanza economica può anche essere desunta dalle norme privatistiche, coincidendo sostanzialmente con i criteri che contraddistinguono l'attività di impresa nella previsione dell'art. 2082 Cod. civ. e, per quanto di ragione, dell'art. 2195 o, per differenza, con ciò che non vi può essere ricompreso). Per gli altri servizi, astrattamente di rilevanza economica, andrà valutato in concreto se le modalità di erogazione, ne consentano l'assimilazione a servizi pubblici privi di rilevanza economica.

... La qualificazione di un servizio pubblico a rilevanza economica è correlata alla astratta potenzialità di produrre un utile di gestione e, quindi, di riflettersi sull'assetto concorrenziale del mercato di settore

pareri dell'Autorità Garante per la Concorrenza ed il Mercato ("AGCM") AS705 - AS684 - AS678 - AS612 - AS604 - AS573 - AS570 - AS564 - AS558 - AS544 - AS530 - AS526 - AS562 - AS561 - AS548 - AS594 - AS599 - AS601 - AS620 - AS627 - AS706 - AS708 - AS726 - AS727 - AS728 - AS739 - AS740 - AS742 - AS743);

art.23bis, c.10 DL 112 / 2008 (ancorché abrogato), art.200, c.1 DLgs 152 / 2006 (Codice Ambientale), LR 24.02.2014, n.1, tra l'altro all'art.13 (Legge regionale Liguria in materia idrica ed ambientale).

EVOLUZIONE NORMATIVO – GIURISPRUDENZIALE NAZIONALE IN MATERIA DI FORME DI GESTIONE DEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI

- la sentenza Corte Cost. 199 / 2012 ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art.4 DL 138 / 2011, convertito in Legge 148 / 2011, ed anche delle modifiche ed integrazioni allo stesso apportate dall'art.9 Legge 183 / 2011, dall'art.25, c.1 DL 1 / 2012 convertito in Legge 27 / 2012, dall'art.53 DL 83 / 2012;

- il DPR 113 / 2011 (recependo i risultati del referendum del 12-13 Giugno 2011) ha abrogato l'art.23bis DL 112 / 2008 convertito in legge 133 / 2008, modificato ed integrato dall'art.15 DL 135 / 2009 convertito in Legge 166 / 2009, nonché ha abrogato il DPR 168 / 2010, regolamento di attuazione del citato art.23bis;

- l'art.12, c.1 DPR 168 / 2010 ha abrogato l'art.113, cc. 5, 5-bis, 6, 7, 8, 9, escluso il primo periodo, 14, 15-bis, 15-ter e 15-quater DLgs 267 / 2000;

- Consiglio di Stato, Sez. VI, 11/2/2013 n. 762

A seguito dell'abrogazione referendaria dell'art. 23-bis d.l. n. 112/2008, è venuto meno il principio della eccezionalità del modello in house per la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica.

Stante l'abrogazione referendaria dell'art. 23-bis d.l. n. 112/2008 e la declaratoria di incostituzionalità dell'art. 4, d.l. n. 138/2011, e le ragioni del quesito referendario (lasciare maggiore scelta agli enti locali sulle forme di gestione dei servizi pubblici locali, anche mediante internalizzazione e società in house) è venuto meno il principio, con tali disposizioni perseguito, della eccezionalità del modello in house per la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica.

Venuto meno l'art. 23-bis d.l. n. 112/2008 per scelta referendaria, e dunque venuto meno il criterio prioritario dell'affidamento sul mercato dei servizi pubblici locali di rilevanza economica e l'assoluta eccezionalità del modello in house, la scelta dell'ente locale sulle modalità di organizzazione dei servizi pubblici locali, e in particolare la opzione tra modello in house e ricorso al mercato, deve basarsi sui consueti parametri di esercizio delle scelte discrezionali, vale a dire:

- valutazione comparativa di tutti gli interessi pubblici e privati coinvolti;

- individuazione del modello più efficiente ed economico;

- adeguata istruttoria e motivazione.

Trattandosi di scelta discrezionale, la stessa è sindacabile se appaia priva di istruttoria e motivazione, viziata da travisamento dei fatti, palesemente illogica o irrazionale.

- Consiglio di Stato, Sez. V, 8/2/2011 n. 854

La decisione di un Comune di ricorrere ad una società "in house" invece che ad un soggetto terzo deve essere effettuata, previa valutazione comparativa dei rispettivi servizi offerti.

La scelta di un Comune di non trasferire ad un soggetto terzo la funzione amministrativa atta a soddisfare la domanda relativa ad un pubblico servizio costituisce per la P.A. una facoltà legittima (come previsto dal Trattato CE), ciò non esclude che comunque la decisione di ricorrere ad una società "in house" invece che ad un soggetto terzo debba essere effettuata, previa valutazione comparativa dei rispettivi servizi offerti. Posto che l'art. 113, V c., del D. Lgs. n. 267 del 2000, prevede che la gestione dei servizi pubblici locali avvenga secondo una delle alternative modalità ivi contemplate, tra cui quella che si sostanzia nel conferire il servizio a società a capitale interamente pubblico, e che il ricorso all'affidamento diretto è sempre consentito, alla sola condizione che sussistano i requisiti indicati nella lett. c) di detto quinto comma, può convenirsi che non sia necessaria un'apposita ed approfondita motivazione di tale scelta, ma solo dopo che sia stata dimostrata non solo la sussistenza dei presupposti richiesti per l'autoproduzione, ma anche la convenienza rispetto all'affidamento della gestione

del servizio a soggetti terzi, perché, in difetto, la scelta sarebbe del tutto immotivata e contraria al principio di buona amministrazione cui deve conformarsi l'operato della P.A.. Il principio che la scelta della forma di gestione per ciascun servizio deve essere effettuata previa valutazione comparativa tra le diverse forme di gestione previste dalle disposizioni in materia è applicabile ... in generale ed ovunque ogni qualvolta debba essere effettuata la scelta tra il ricorso alle ... forme di gestione di cui trattasi, anche se non espressamente previsto dall'art. 113 del D. Lgs. n. 267 del 2000, in ossequio al principio di buon andamento costituzionalmente previsto.

- TAR Lombardia, Sez. Brescia sez. II, 23/9/2013 n. 780

Sulla legittimità degli affidamenti in house e sul requisito del controllo analogo da parte di soci ultraminoritari.

Dal confronto tra i principi comunitari e la (ancora frammentaria) normativa interna, si possono desumere le seguenti indicazioni:

(a) l'affidamento in house nel rispetto dello schema comunitario è sempre legittimo;

(b) anche la partecipazione alle gare da parte di soggetti in house è legittima, come pure lo svolgimento di attività a favore di terzi, ma espone al rischio di fuoriuscire dallo schema comunitario (se la parte più importante dell'attività non è più svolta con gli enti che detengono il controllo)".

Fra gli strumenti che concorrono a garantire il requisito del "controllo analogo" da parte di soci ultraminoritari, vi è l'adeguatezza di patti parasociali attraverso i quali i soci pattisti "si impegnano a votare in assemblea, su questioni che riguardano i servizi prestati in uno specifico comune, in conformità alla volontà espressa dal comune direttamente interessato" in modo che sia assicurato "a ciascun comune il ruolo di dominus nelle decisioni circa il frammento di gestione relativo al proprio territorio".

- parere della Corte dei conti - Sezione delle Autonomie, 21/1/2014 n. 2

L'operazione di trasformazione eterogenea di una società di capitali che gestisce un servizio pubblico a rilevanza economica (nella specie, il servizio idrico) in azienda speciale consortile, è compatibile sia con le norme civilistiche, trattandosi di organismi entrambi dotati di patrimonio separato, a garanzia dei terzi e dei creditori, e sia con le disposizioni pubblicistiche, intese a ricondurre tali organismi ad un regime uniforme quanto al rispetto dei vincoli di finanza pubblica. A seguito dell'intervenuta abrogazione dell'art. 9, co. 6, d.l. n. 95/2012, è consentita la liquidazione di una società di capitali e la costituzione ex novo di un'azienda speciale consortile]

- parere della Corte dei conti, sez. regionale di controllo per la Regione Piemonte, 31/1/2014 n. 21

In seguito all'abrogazione dell'art. 23 bis del d.l. n. 112/2008, "con particolare riferimento alla gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica e alle modalità di affidamento, si è passati dall'esigenza di garantire la massima concorrenza e di contenere le ipotesi di affidamento diretto e di gestione in house alla piena riesplorazione delle norme comunitarie". Pertanto, essendo venuto meno ogni divieto assoluto alla gestione diretta, o mediante azienda speciale, dei servizi pubblici locali, si ritiene implicitamente abrogato l'art. 35, c. 8, della l. n. 448/2001. Gli stessi recenti interventi legislativi sull'art. 114 TUEL in materia di aziende speciali (e le previsioni contenute nella recente legge di stabilità n. 147/2013) confermano la natura istituzionale di tale ente strumentale e l'intenzione del legislatore di conservare (se non valorizzare) tale organismo. D'altra parte, va "sottolineata l'evoluzione del quadro normativo verso una regolamentazione più articolata che va oltre la definizione dei modelli di gestione dei servizi pubblici locali per focalizzare l'attenzione sulle ricadute economiche delle attività esternalizzate sui bilanci degli enti soci. In buona sostanza, l'ordinamento ha adottato misure di contenimento della spesa e di razionalizzazione dell'universo delle società partecipate, nel frattempo proliferate in modo esponenziale e con risultati di gestione non sempre positivi". In altri termini, l'attenzione del legislatore sembra spostarsi dalla scelta della struttura del

soggetto gestore ai controlli sui suoi rapporti finanziari con l'ente socio responsabile del servizio, controlli ormai così penetranti da escludere che la trasformazione di una società di capitali in azienda speciale possa nascondere un intento elusivo di normative finanziarie. Ne consegue che è ammissibile la trasformazione della di una s.p.a. in azienda speciale consortile. Analoga risposta positiva merita il quesito in ordine alla possibilità di procedere attraverso la liquidazione della società di capitali e la costituzione ex novo di un'azienda speciale cui affidare il servizio pubblico economico. A tale conclusione induce l'abrogazione, ad opera dell'art. 1, c. 562, l. n. 147/2013, del divieto posto dall'art. 9, co. 6, d.l. n. 95/2012, secondo cui "È fatto divieto agli enti locali di istituire enti, agenzie e organismi comunque denominati e di qualsiasi natura giuridica, che esercitino una o più funzioni fondamentali e funzioni amministrative loro conferite ai sensi dell'articolo 118, della Costituzione"].

ALCUNE NOVITÀ EX ART.1 LEGGE 147 / 2013 (LEGGE DI STABILITÀ 2014)

Il c.561 ha abrogato l'art.14, c.32 DL 78 / 2010, il quale prevedeva vincoli alla detenzione, da parte dei Comuni (in particolare con popolazione inferiore a 30000 abitanti), di quote di partecipazione in società.

I non più vigenti limiti alla partecipazione dei Comuni, per fasce di popolazione, rispetto alla partecipazione a società di capitali, paiono essere idealmente sostituiti dalle seguenti nuove norme di cui ai commi 551 e 552, in base alle quali (in estrema sintesi) in prospettiva, per articolate percentuali e solo in caso di in capienza del patrimonio netto delle società partecipate, i Comuni soci dovranno accantonare a proprio bilancio le eventuali perdite di esercizio.

Il c.553 introduce parametri standard dei costi e dei rendimenti costruiti nell'ambito della banca dati delle Amministrazioni pubbliche.

DIRETTIVA 2014/23/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO DEL 26 FEBBRAIO 2014 SULL'AGGIUDICAZIONE DEI CONTRATTI DI CONCESSIONE

... (46)

Le concessioni aggiudicate a persone giuridiche controllate non dovrebbero essere soggette all'applicazione delle procedure previste dalla presente direttiva qualora l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore di cui all'articolo 7, paragrafo 1, lettera a), eserciti sulla persona giuridica di cui trattasi un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, a condizione che la persona giuridica controllata svolga più dell'80 % delle proprie attività nell'esecuzione di compiti a essa affidati dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore che esercita il controllo o da altre persone giuridiche controllate da tale amministrazione aggiudicatrice o ente aggiudicatore, a prescindere dal beneficiario dell'esecuzione del contratto. ...

(47)

Le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori di cui all'articolo 7, paragrafo 1, lettera a), dovrebbero poter decidere di fornire congiuntamente i rispettivi servizi pubblici mediante cooperazione senza essere obbligate ad avvalersi di una forma giuridica particolare. Tale cooperazione potrebbe riguardare tutti i tipi di attività connesse alla prestazione di servizi e le responsabilità affidati alle amministrazioni partecipanti o da esse assunti, quali i compiti obbligatori o volontari di autorità regionali o locali o i servizi affidati a organismi specifici da norme di diritto pubblico. I servizi prestati dalle diverse amministrazioni partecipanti o dai diversi enti partecipanti non devono necessariamente essere identici; potrebbero anche essere complementari. I contratti per la fornitura congiunta di servizi pubblici non dovrebbero essere soggetti alla presente direttiva, a condizione che siano conclusi esclusivamente tra amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori, che l'attuazione di tale cooperazione sia

dettata solo da considerazioni legate al pubblico interesse e che nessun fornitore privato di servizi goda di una posizione di vantaggio rispetto ai suoi concorrenti.

Al fine di rispettare tali condizioni, la cooperazione dovrebbe fondarsi su un concetto cooperativistico. Tale cooperazione non comporta che tutte le amministrazioni partecipanti si assumano la responsabilità di eseguire i principali obblighi contrattuali, fintantoché sussistono impegni a cooperare all'esecuzione del servizio pubblico in questione. Inoltre, l'attuazione della cooperazione, inclusi gli eventuali trasferimenti finanziari tra le amministrazioni aggiudicatrici partecipanti, dovrebbe essere retta solo da considerazioni legate al pubblico interesse.

...

ALCUNI ESEMPI DI VINCOLI GIÀ ESISTENTI SULLE SOCIETÀ IN HOUSE

- remunerazione degli amministratori;
- nomina degli amministratori;
- reclutamento del personale e conferimento degli incarichi;
- trasparenza ed anticorruzione;