

GUIDA AGLI
EntiLocali
www.entilocali.ilsole24ore.com

Il Sole **24 ORE**

L'inserto



Servizi locali cosa cambia

FOCUS
n. **29-2011**



L'inserto

Servizi locali cosa cambia

SERVIZI LOCALI, PER LE GESTIONI SI TORNA AL PASSATO
IN HOUSE E MODELLI SOCIETARI, MANI LIBERE AGLI ENTI

III
XI

Servizi locali, per le gestioni si torna al passato

Focus a cura di Federico Fontana e Marco Rossi - Prima parte

La vittoria dei Sì (di per sé ovvia) e il superamento del quorum (meno scontato, soprattutto nell'ampio livello di partecipazione registrato) al referendum del 12 e 13 giugno determina effetti potenzialmente rilevanti sui servizi pubblici locali, sia sul piano delle forme di gestione, sia nei confronti degli attori coinvolti, siano essi gli Enti locali committenti ovvero i gestori, in cui ambito un ruolo centrale giocano, tradizionalmente, le società a partecipazione pubblica locale.

L'ABROGAZIONE

In particolare, l'abrogazione dell'articolo 23-bis del DL 112/2008, convertito in legge 133/2008, e successive modifiche e integrazioni (ivi compresa quella recata dall'articolo 15 del DL 135/2009, convertito in legge 166/2009), come chiarito dalla stessa Corte costituzionale con la sentenza 24/2011 che ha sancito l'ammissibilità dello specifico quesito referendario, determina un ampio vuoto normativo nazionale, che risulta colmato dalla disciplina comunitaria e, all'occorrenza, dalle sopravvissute norme di settore (quantomeno transitoriamente, nelle more di un eventuale nuovo intervento in materia da parte del legislatore). In proposito giova innanzitutto ricordare come, nonostante la campagna referendaria sia stata principalmente condotta facendo riferimento al principio dell'"acqua pubblica", l'effetto abrogativo riguarda la generalità dei servizi pub-

blici locali di rilevanza economica, compresi, tra gli altri, il trasporto pubblico locale e i servizi in campo ambientale. Sono sottratti da questo effetto solo i settori già esclusi dall'applicazione dell'articolo 23-bis citato, ossia la distribuzione di gas naturale e di energia elettrica, la gestione delle farmacie comunali e il trasporto ferroviario regionale. In tutti gli altri casi, l'esito del referendum determina un allentamento dei vincoli che il legislatore nazionale aveva inteso introdurre nelle forme di gestione dei servizi pubblici locali, rendendo, in particolare, meno restrittivo il ricorso al modello dell'in house providing e relativamente più elastico quello al modello del partenariato pubblico-privato istituzionalizzato. Infatti, l'articolo 23-bis prevedeva che, in via ordinaria, l'affidamento della gestione dei servizi locali avvenisse:

a) mediante procedure competitive a evidenza pubblica, a favore di imprenditori o società in qualunque forma costituite;

b) ovvero, attraverso affidamento diretto a società a capitale misto pubblico-privato, purché il socio operativo fosse selezionato mediante gara "a doppio oggetto" (per l'acquisizione della qualità di socio e lo svolgimento di specifici compiti operativi) ed acquisisse una partecipazione non inferiore al 40 per cento. Soltanto in via residuale e in deroga a tali modalità ordinarie, la norma consentiva l'affidamento in house, nel rispet-

to delle condizioni fissate in materia dalla disciplina comunitaria (ossia in favore di società a capitale interamente pubblico, sottoposte a "controllo analogo" ed esercenti l'attività prevalente in favore dell'ente o degli enti pubblici controllanti), ma con l'ulteriore condizione della ricorrenza di «situazioni eccezionali che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace ed utile ricorso al mercato». Per rendere effettiva quest'ultima restrizione, compatibile ma eccedente i vincoli comunitari in materia, era altresì prevista una procedura tutt'altro che agevole, consistente nell'obbligo di una preventiva adeguata pubblicità, nella necessità di motivare la scelta sulla base di un'apposita analisi di mercato, da formalizzare in una relazione da trasmettere all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, per un parere obbligatorio ancorché non vincolante. E per cogliere l'essenza della restrizione è sufficiente notare come la pressoché totalità dei pareri rilasciati dall'Agcm ha registrato esito negativo.

Stante l'impatto piuttosto rilevante della disciplina recata dall'articolo 23-bis, lo stesso introduceva un regime transitorio per gli affidamenti già in essere al momento della sua entrata in vigore che, in assenza dell'esito referendario, avrebbe determinato l'automatica cessazione di buona

L'esito del voto referendario dello scorso giugno determina effetti rilevanti sull'intero settore delle utilities. Perché azzera passaggi fondamentali della riforma e apre un vuoto normativo di difficile soluzione. Conseguenze per gli Enti



Il vuoto normativo



parte delle attuali gestioni entro la fine dell'anno in corso, non senza qualche criticità. Un'ulteriore previsione contenuta nella norma abrogata riguardava i bacini di gara per i diversi servizi, da definire, nel rispetto delle discipline di settore, dalle Regioni e dagli Enti locali, secondo specifiche finalità funzionali (come il conseguimento di economie di scala e di scopo, efficienza ed efficacia; l'integrazione dei servizi a domanda debole nel quadro dei servizi più redditizi; la dimensione minima efficiente a livello di impianto per più soggetti gestori; la copertura degli obblighi di servizio universale).

L'articolo 23-bis conferiva altresì al Governo una specifica potestà regolamentare, effettivamente esercitata con il Dpr 168/2010, al fine di dare concreta attuazione alle norme in esso contenute, ivi compresa, tra l'altro, la definizione di un severo regime di incompatibilità finalizzato a garantire la distinzione tra le funzioni di regolazione (di competenza

dell'Ente locale) e quelle di gestione. Da ultimo, ma non per importanza, merita sottolineare l'esplicita abrogazione, da parte dell'articolo 23-bis e del relativo regolamento attuativo, di buona parte delle norme recate dalla previgente disciplina, contenuta nell'articolo 113 del Dlgs 267/2000.

GLI EFFETTI

Questo vuoto normativo indotto dal referendum abrogativo determina una pluralità di effetti, tra cui i principali sono riconducibili:

a) alla scelta delle forme di gestione dei servizi pubblici locali, tenendo conto della disciplina comunitaria, delle vigenti norme di settore, ma altresì del quadro piuttosto restrittivo in materia di società (e non solo) a partecipazione pubblica;

b) al venire meno del periodo transitorio definito dall'articolo 23-bis DI 112/2008, con conseguenze, peraltro, di segno alterno;

c) alla cancellazione delle norme, contenute nel regolamento attuativo di cui al Dpr 168/2010, in tema di modalità di affidamento dei servizi e relative procedure di gara;

d) al superamento del regime delle incompatibilità recato dall'articolo 8 del Dpr 168/2010 e inteso a mantenere nettamente distinte le funzioni di regolazione da quelle di gestione.

Tutti aspetti meritevoli di distinta considerazione.

Sul piano delle forme di gestione accoglibili per l'esercizio dei servizi locali di rilevanza economica, l'esito referendario determina, in prima approssimazione e quantomeno sul piano teorico, un ampliamento degli spazi di autonomia a disposizione degli Enti locali. Infatti, la disciplina recata dall'articolo 23-bis

del DI 112/2008, convertito in legge 133/2008 era molto netta nell'individuare, quale soluzione privilegiata, il ricorso al mercato, o per l'affidamento del servizio o per la selezione del socio operativo nell'ambito di un partenariato pubblico-privato. La sua abrogazione, ferma restando comunque la possibilità di ricorrere al mercato, consente, rendendolo meno restrittivo e vincolato, anche l'accoglimento del modello dell'in house. Conseguentemente, le forme di gestione a disposizione degli Enti locali per i servizi pubblici di rilevanza economica diventano:

a) l'affidamento competitivo del servizio, mediante gara ad evidenza pubblica;

b) l'affidamento diretto a società mista, con socio privato scelto con gara a evidenza pubblica;

c) l'affidamento diretto a società a capitale interamente pubblico, secondo il modello in house.

La prima delle tre soluzioni elencate rimane quindi disponibile e non viene, sostanzialmente, influenzata o modificata dall'esito del referendum. Del resto, è la soluzione comunque privilegiata anche nell'ambito dell'ordinamento comunitario e di molteplici discipline settoriali, a tutela della concorrenza e del mercato. La seconda soluzione, quella relativa alla società mista, rimane anch'essa disponibile, ma l'abrogazione dell'articolo 23-bis ne rende più elastica l'applicazione. In primo luogo, viene meno la soglia minima di partecipazione al capitale sociale fissata dalla norma cancellata dall'esito referendario. Quest'ultima, infatti, per le società miste di nuova istituzione (erano fatte salve quelle preesistenti), prevedeva che il socio operativo ac-



quisisse almeno il 40% del capitale aziendale. Tale soglia di partecipazione era finalizzata a determinare un effettivo interesse e impegno nella gestione da parte del socio operativo, cui era, tra l'altro, assicurata la rilevanza deliberativa in seno all'assemblea straordinaria, tendendo nel contempo a evitare soluzioni di partenariato solo nominale, non caratterizzate da un effettivo apporto di energie, risorse e competenze da parte dell'operatore selezionato sul mercato. La rimozione dell'indicata soglia minima di partecipazione rende possibili operazioni in cui il controllo societario rimane più saldamente in mano pubblica (con quote di controllo che possono eccedere il 60%), il che può essere utile soprattutto nei casi di società la cui proprietà è condivisa da una pluralità di enti. Alcuni, seppure lievi, ulteriori elementi di flessibilità riguardano l'estensione spaziale e operativa della gestione. Mentre, infatti, la disciplina recata dall'articolo 23-bis DI 112/2008, come novellata dall'articolo 15 DI 135/2009, tendeva a imporre l'esclusività territoriale e gestionale della società mista, la sua abrogazione e il conseguente riferimento all'ordinamento comunitario consente l'esercizio di attività extra-territoriali e, comunque, aggiuntive rispetto a quelle affidate dall'Ente locale socio, purché acquisite in modo competitivo sul mercato e coerenti con gli interessi della comunità di riferimento.

Più significativo è, in ogni caso, il ripristino, per così dire, della possibilità di procedere ad affidamenti diretti in house. Questi ultimi, fortemente avversati dal legislatore nazionale e previsti come del tutto eccezionali, grazie all'esito

Colpo di spugna



RIORSE IDRICHE



TRASPORTO LOCALE



SERVIZI AMBIENTALI

del referendum tornano nella disponibilità degli Enti locali. Infatti, la disciplina comunitaria, a cui occorre adesso riferirsi, tende a coniugare tre ordini di esigenze: quella di tutelare il mercato e la concorrenza, quella di assicurare la pubblicità e la trasparenza delle procedure di affidamento nonché quella di garantire il potere di organizzazione alle autorità pubbliche. E proprio con riferimento a quest'ultima esigenza, l'autoproduzione, ossia il ricorso al modello dell'in house providing, diviene o, per meglio dire, torna a essere disponibile per gli Enti locali. Nondimeno, rimanendo in vigore le norme recate in materia dalla legge 448/2001, pare necessario, comunque, fare riferimento a una società di capitali (Spa o Srl) non essendo disponibili, per i servizi pubblici locali di rilevanza economica, altre soluzioni quali, ad esempio, le aziende speciali o consortili. Inoltre, occorrono tre requisiti, essenziali per la qualificazione in house della società: il capitale sociale deve essere interamente detenuto da amministrazioni pubbliche (e lo statuto della società non deve consentire l'ingresso nella compagine proprietaria di soggetti privati); la società deve essere sottoposta, da parte dell'ente proprietario (o degli enti soci), a un controllo ana-

logo a quello che l'ente esercita sulle proprie strutture interne; l'attività aziendale deve essere prevalentemente svolta in favore dell'ente partecipante e committente. Tutti aspetti essenziali per qualificare l'autoproduzione cui la società è diretta, ma tutt'altro che semplici da realizzare, sia per la possibile divergenza tra le norme civilistiche e la disciplina pubblicistica (in specie in materia di poteri riconosciuti agli amministratori della società), sia per la carenza di risorse e competenze specializzate da parte degli Enti locali ai fini dell'efficace esercizio delle attività di indirizzo e controllo sulle società partecipate.

ALCUNI VINCOLI

Tuttavia, giova ricordare che l'articolo 18 DI 112/2008, non interessato dall'abrogazione referendaria e da cui sono escluse le sole società quotate, prevede, al comma 2, che le società a totale partecipazione pubblica che gestiscono servizi pubblici locali devono adottare, con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi nel rispetto dei principi di cui all'articolo 35, comma 3, del Dlgs 165/2001. Il che, se garantisce opportunamente la pubblicità e la trasparenza delle pro-



Gli effetti del referendum

SERVIZI PUBBLICI LOCALI



Maggiore discrezionalità nella scelta delle forme di gestione dei servizi pubblici locali

Cancellazione delle norme procedurali per gli affidamenti e la selezione del socio operativo

Abrogazione del regime dell'incompatibilità (tra ruoli e funzioni di regolazione e di gestione)

Viene meno il periodo transitorio definito dall'articolo 23-bis del DL 112/2008

cedure di assunzione, le rende necessariamente strutturate e inevitabilmente piuttosto lunghe da attuare, contrastando le esigenze di immediatezza decisionale e operativa. Ancor più rilevante e stringente è il comma 2-bis, introdotto dall'articolo 19 del DL 78/2009, convertito in legge 102/2009, che estende (tra l'altro) alle società a partecipazione pubblica totale o di controllo che siano titolari di affidamenti diretti di servizi senza gara, ossia alle società in house, ma, a rigore, anche alle società miste a controllo pubblico, le disposizioni che stabiliscono, a carico degli enti soci, divieti o limitazioni alle assunzioni di personale, ma altresì vincoli in tema di contenimento degli oneri contrattuali e delle altre voci di natura retributiva o indennitaria e per consulenze. Sul punto, per effetto delle norme di finanza pubblica (in specie a seguito del DL 78/2010, convertito in legge 122/2010), gli indicati condizionamenti riguardano l'obbligo di progressiva diminuzione delle spese per il personale, il par-

ziale blocco del turn over (con un tetto fissato al 20% in termini di spesa), il blocco triennale (2011-2013) delle retribuzioni e dei fondi per il trattamento economico accessorio nonché la riduzione dell'80% delle spese per consulenze (rispetto al dato 2009). Queste restrizioni, già piuttosto rilevanti per gli Enti locali, divengono assolutamente critiche per le società che producono servizi pubblici locali, soprattutto per quelle caratterizzate da una struttura efficiente, per le quali (in particolare) il blocco del turn over rischia di compromettere l'operatività. Con il paradosso, oltretutto, che si tratta di norme che colpiscono più duramente proprio le aziende pubbliche e miste più sane, risultando per contro meno incisive nei confronti delle aziende meno efficienti e produttive.

Un ulteriore aspetto che merita di essere considerato concerne il patto di stabilità interno, a cui rimarrebbero assoggettate le società in house e, stando alla lettera della norma, le società miste a control-

lo pubblico, nonostante l'abrogazione dell'articolo 23-bis (la cui disposizione in materia era stata, tra l'altro, cassata dalla Corte Costituzionale, con la sentenza 325/2010, ritenendola incostituzionale, rientrando nella materia della finanza pubblica, di competenza legislativa concorrente). Ciò, in forza del previgente e non abrogato articolo 18, comma 2-bis, dello stesso DL 112/2008, inserito dall'articolo 19 del DL 78/2009 (e che, a differenza dell'omologa previsione dell'articolo 23-bis, non è stato, quantomeno sinora, oggetto di giudizio di legittimità costituzionale). Quest'ultimo, infatti, sottopone alla disciplina del patto di stabilità, tra le altre, le società a partecipazione pubblica locale totale o di controllo che siano titolari di affidamenti diretti di servizi senza gara. Peraltro, a fini applicativi, avrebbe dovuto essere emanato un apposito decreto ministeriale che, sinora, non ha visto la luce (e che, in vigenza del regolamento attuativo dell'articolo 23-bis, non risultava neppure stretta-



mente necessario). Quali che siano le modalità attuative eventualmente definite, è in ogni caso evidente che l'assoggettamento al patto di stabilità interno rappresenta una forte criticità per attività di tipo imprenditoriale, soprattutto rispetto alla possibilità di effettuare investimenti strutturali.

Con riferimento sia ai vincoli assunzionali che all'assoggettamento al patto di stabilità, di cui è comprensibile, ma non per questo meno critica, l'applicazione alle società in house che, sul piano logico, rappresentano "semplici appendici" dell'Ente locale, merita sottolineare che l'esito referendario risulta potenzialmente penalizzante per le società miste. Infatti, con l'articolo 23-bis (anche per la sua natura di *lex specialis*) queste ultime vedevano attenuati gli accennati condizionamenti, ma la sua abrogazione referendaria determina il necessario riferimento a norme di carattere generale che, per come sono formulate, coinvolgono tutte le società a controllo pubblico affidatarie dirette di servizi. In questa accezione rientrano ovviamente le società a capitale integralmente pubblico in house, ma, alla lettera, anche le società miste a capitale prevalentemente pubblico frutto di partenariati pubblico-privato. Infatti, queste ultime sono di norma affidatarie dirette dei servizi gestiti, in quanto la gara (ancorché "a doppio oggetto") ha riguardato la selezione del socio operativo e non già l'affidamento alla società del servizio. Nelle more di un eventuale (e di per sé opportuno) intervento normativo che modifichi questo quadro di riferimento, le società miste risultano quindi influenzate negativamente dall'esito del referen-

dum.

Un ulteriore vincolo meritabile di menzione è contenuto nell'articolo 6 del DL 78/2010, secondo cui le amministrazioni pubbliche non possono effettuare aumenti di capitale, trasferimenti straordinari, aperture di credito, né rilasciare garanzie a favore di società partecipate (sia pubbliche che miste) non quotate che abbiano registrato, per 3 esercizi consecutivi, perdite di esercizio ovvero che abbiano utilizzato riserve disponibili per il ripiano di perdite (salvo nel caso di riduzione del capitale sotto il limite legale, ex articolo 2447 c.c.). Si tratta di una restrizione che, sebbene sul piano teorico potrebbe apparire coerente con l'esigenza di salvaguardare solo le aziende sane, finisce per penalizzare tutte le aziende che subiscono perdite d'esercizio non a causa della propria inefficienza, ma come conseguenza dell'inadeguatezza delle risorse previste nei contratti di servizio (tipico il caso del trasporto locale).

TRANSITORIO

L'abrogato articolo 23-bis del DL 112/2008, come novellato dall'articolo 15 del DL 135/2009, definiva uno specifico periodo transitorio che, alla stregua delle altre norme ivi contenute, viene meno per effetto dell'esito referendario. La transizione considerata era così modulata:

a) le gestioni in essere alla data del 22 agosto 2008 affidate conformemente ai principi comunitari in materia di in house sarebbero cessate, improrogabilmente e senza necessità di deliberazione da parte dell'ente affidante, alla data del 31 dicembre 2011; le stesse avrebbero potuto proseguire sino alla scadenza previ-

Le forme di gestione possibili

Principi comunitari:		
Tutela del mercato e della concorrenza		
Garanzia di pubblicità e trasparenza		
Potere di auto-organizzazione della P.a.		
↓		
Forme di gestione possibili:		
↓	↓	↓
SOCIETÀ IN HOUSE	SOCIETÀ MISTA	AFFIDAMENTO A TERZI

sta dal contratto di servizio a condizione che entro il 31 dicembre 2011 le amministrazioni avessero ceduto almeno il 40% del capitale attraverso gara "a doppio oggetto", per l'acquisizione della qualità di socio e per l'assunzione di specifici compiti operativi;

b) le gestioni affidate direttamente a società a partecipazione mista pubblica e privata, qualora la selezione del socio sia avvenuta mediante procedure competitive a evidenza pubblica, le quali non abbiano avuto a oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio, sarebbero cessate, improrogabilmente e senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante, alla data del 31 dicembre 2011;

c) le gestioni affidate direttamente a società a partecipazione mista pubblica e privata, qualora la selezione del socio sia avvenuta mediante procedure competitive a evidenza pubblica, le quali abbiano avuto a oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio, sarebbero cessate alla scadenza prevista nel contratto di servizio;

d) gli affidamenti diretti assentiti alla data del 1° ottobre 2003 a società partecipate già



I passaggi azzerati

Le norme procedurali abrogate dal referendum

- Disponibilità reti e impianti non costituisce elemento discriminante per la valutazione delle offerte
- Requisiti tecnici ed economici proporzionati alle caratteristiche e valore del servizio e oggetto della gara consenta la più ampia partecipazione anche per economie di scala e gamma
- Durata dell'affidamento coerente con la consistenza degli investimenti in immobilizzazioni materiali
- Eventuale esclusione delle forme di aggregazione o di collaborazione tra soggetti che singolarmente possiedono i requisiti tecnici ed economici di partecipazione alle gare
- Valutazione delle offerte da parte di una commissione nominata dall'ente e composta da soggetti esperti
- Criteri e modalità per l'individuazione dei beni in caso di subentro e la determinazione dell'importo spettante al gestore uscente
- Adozione delle carte dei servizi per garantire la trasparenza informativa e qualità del servizio

quotate in borsa a tale data e a quelle da esse controllate ai sensi dell'articolo 2359 c.c., sarebbero cessate alla scadenza prevista nel contratto di servizio, a condizione che la partecipazione pubblica si fosse ridotta anche progressivamente, attraverso procedure a evidenza pubblica ovvero forme di collocamento privato presso investitori qualificati e operatori industriali, a una quota non superiore al 40% entro il 30 giugno 2013 e non superiore al 30% entro il 31 dicembre 2015; in assenza di tali condizioni, gli affidamenti sarebbero cessati improrogabilmente e senza necessità di 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 precedenti (può trattarsi di affidamenti diretti a società non in house, ovvero a società miste dove il socio privato non sia stato scelto mediante gara) sarebbero cessate comunque entro e non oltre la data del 31 dicembre 2010, senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante. L'esito referendario risulta so-

stanziamente neutrale rispetto alle fattispecie sub c) ed e). Nel primo caso, relativo alle società miste con socio operativo selezionato mediante "gara a doppio oggetto", la prosecuzione della gestione sino alla scadenza naturale del contratto di servizio, già assentita dall'abrogato articolo 23-bis, non è ovviamente messa in discussione dal referendum. Nel secondo caso, riferito ad affidamenti illegittimi sia rispetto alla previgente normativa nazionale sia rispetto alla disciplina comunitaria, l'esito referendario giunge quando il termine di cessazione fissato dalla norma abrogata è già scaduto e in un contesto in cui le norme si applicassero puntualmente risulterebbe ininfluente; nondimeno, anche negli eventuali casi in cui il termine del 31 dicembre 2010 non sia stato rispettato, l'esito referendario non risulta formalmente salvifico, in quanto l'illegittimità degli affidamenti considerati permanerebbe e le gestioni considerate dovrebbero, comunque, al più presto essere superate.

Negli altri casi, l'esito del referendum esplica alcuni effetti meritevoli di sottolineatura. A partire dal possibile mantenimento, oltre il 31 dicembre 2011, delle gestioni in house, senza vincolo di cessazione o di conversione in miste delle società pubbliche interessate. Per proseguire con il venire meno dell'obbligo di progressiva riduzione della partecipazione pubblica in seno alle società di servizi pubblici locali già quotate in borsa. Per concludere con qualche incertezza sulla possibile permanenza degli affidamenti a società miste con socio operativo non selezionato mediante "gara a doppio oggetto". In quest'ultimo caso, infatti, oc-

corre tenere conto del fatto che la disciplina in materia è andata affinandosi progressivamente e solo negli ultimi anni (a partire dal 2004) è emersa l'esigenza di impostare la relativa procedura avendo riguardo al tempo stesso alla acquisizione della qualità di socio ed all'assunzione di compiti operativi. Conseguentemente, potrebbero ritenersi salve, sino alla scadenza dell'attuale contratto di servizio, le società miste i cui partner industriali siano stati legittimamente scelti, sulla base della normativa all'epoca vigente, mediante gara avente ad oggetto la sola qualità di socio.

NORME PROCEDURALI

Per rafforzare il principio di liberalizzazione, il regolamento attuativo dell'articolo 23-bis conteneva una pluralità di disposizioni, che risultano ora abrogate, riguardanti in via generale l'affidamento, con particolare riguardo ad alcuni criteri e regole per la predisposizione dei bandi o delle lettere d'invito. Tra queste rientravano:

a) l'esclusione che la disponibilità a qualunque titolo delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali non duplicabili a costi sostenibili potesse costituire elemento discriminante per la valutazione delle offerte dei concorrenti;

b) l'assicurazione che i requisiti tecnici ed economici di partecipazione alla gara fossero proporzionati alle caratteristiche e al valore del servizio e che la definizione dell'oggetto della gara garantiscesse la più ampia partecipazione e il conseguimento di appropriate economie di scala e di gamma (garantendo così la maggiore accessibilità alle procedure da parte dei poten-



ziali concorrenti);

c) l'indicazione della durata dell'affidamento commisurata alla consistenza degli investimenti in immobilizzazioni materiali previsti nei capitoli di gara a carico del soggetto gestore (garantendo una remuneratività del servizio per il gestore e la possibilità di sfruttare, anche in termini economici, gli investimenti effettuati nel periodo di gestione del servizio);

d) la possibile esclusione di forme di aggregazione e di collaborazione tra soggetti che possiedono singolarmente i requisiti tecnici ed economici di partecipazione alla gara, qualora siano in grado di produrre effetti restrittivi sulla concorrenza;

e) la previsione che la valutazione delle offerte fosse effettuata da una commissione nominata dall'ente affidante e composta da soggetti esperti nella specifica materia;

f) l'indicazione di criteri e modalità per l'individuazione dei beni da devolvere gratuitamente al gestore subentrante ovvero per la determinazione dell'importo spettante al gestore al termine del periodo di affidamento;

g) la previsione dell'adozione di carte dei servizi. L'esito del referendum determina l'abrogazione di queste norme procedurali, le quali non rappresentano più un quadro di regole rigido, ma possono essere più discrezionalmente definite da parte del singolo Ente locale, tenendo conto delle indicazioni provenienti dalla disciplina comunitaria. Specifiche indicazioni riguardavano poi il ricorso a società miste, da attuare mediante "una gara a doppio oggetto" per la selezione del socio operativo, secondo i consolidati orientamenti della giurisprudenza nazionale e co-

munitaria. In quest'ambito rientravano:

a) la definizione dei criteri di valutazione delle offerte relative alla qualità e al corrispettivo dei servizi, che dovrebbero prevalere su quelli riferiti al prezzo delle quote di partecipazione al capitale aziendale;

b) l'individuazione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio che il socio selezionato dovrebbe garantire per l'intera durata dell'affidamento;

c) la previsione della liquidazione del socio alla cessazione della gestione, prevedendo nel bando di gara i criteri e le modalità.

Anche in questo caso, l'esito del referendum determina l'abrogazione, quantomeno formale, di queste norme procedurali, le quali, tuttavia, sono pressoché integralmente rinvenibili anche nella disciplina comunitaria in materia e mantengono, sostanzialmente, la loro validità.

INCOMPATIBILITÀ

Il regolamento attuativo dell'articolo 23-bis aveva anche introdotto, tra gli altri aspetti disciplinati, una serie di divieti e obblighi finalizzati a rendere tendenzialmente netta la distinzione tra le funzioni di regolazione, di competenza degli Enti locali, e le funzioni di gestione, spettanti alle società (pubbliche, private o miste), affidatarie di servizi pubblici locali. In particolare, tali divieti e obblighi riguardavano alcuni limiti all'assunzione di incarichi inerenti la gestione dei servizi pubblici locali, inclusi quelli di amministratore di società partecipate dagli Enti locali, e una serie di prescrizioni relative alla composizione delle commissioni di gara per l'affidamento dei servizi pubblici locali e

I vincoli che vengono meno

Le incompatibilità abrogate dal referendum

- Divieto per amministratori, dirigenti e responsabili dei servizi degli enti affidanti (attuali e degli ultimi tre anni) e per i loro parenti e affini entro il quarto grado di svolgere incarichi inerenti i servizi affidati
- Divieto a essere nominati amministratori di società partecipate da Enti locali coloro che nei tre anni precedenti sono stati amministratori degli enti locali che detengono quote di partecipazione al capitale della stessa società
- Molteplici vincoli per la composizione delle commissioni di gara per l'affidamento della gestione di servizi pubblici locali e per la selezione dei soci operativi di società miste
- Vigilanza dell'organo di revisione dell'ente locale del rispetto del contratto di servizio in caso di affidamento in house e in tutti i casi in cui la gestione sia affidata ad una società partecipata

per la scelta dei soci operativi di società miste. Erano norme complessivamente ragionevoli, finalizzate a garantire la correttezza e la trasparenza delle procedure competitive per l'affidamento dei servizi o per la selezione dei partner operativi, che potevano anche indurre un positivo "salto di qualità".

L'effetto abrogativo del referendum, che si estende dall'articolo 23-bis del DL 112/2008 al Dpr 168/2010 che vi dà attuazione, determina il venire meno di tali incompatibilità. Cosicché, gli amministratori (e quindi sindaci o presidenti, assessori e consiglieri), i dirigenti e i responsabili degli uffici e dei servizi degli Enti locali e degli altri organismi che espletano funzioni di stazione appaltante, regolazione, indirizzo e controllo di servizi pubblici locali (e quindi di agenzie, consorzi e autorità d'ambito, quantomeno nelle more della loro prevista soppressione) e coloro che lo siano stati negli ultimi 3 anni, nonché i relativi coniugi, parenti e affini entro il quarto grado, possono tornare a svolgere incarichi riguardanti la gestione dei servizi affidati da parte degli enti medesimi. Viene altresì meno l'impedimento, per gli amministratori degli Enti locali e



Piccoli enti, operazioni complesse

Alla luce dell'evoluzione intervenuta nella materia dei servizi pubblici e delle società partecipate dagli Enti locali non si può non richiamare l'impatto generato nei Comuni di modesta dimensione, che costituiscono la stragrande maggioranza delle realtà presenti sul territorio nazionale. Rileva *in primis* la notevole complessità delle problematiche da affrontare, alla luce dell'influenza della regolamentazione comunitaria e delle specificità dei settori interessati, che impongono conoscenze specialistiche e una cultura (anche manageriale) di rilievo. Vi è poi da evidenziare la sussistenza di una disciplina, soprattutto in materia di ricorso al modello societario, piuttosto restrittiva, che impone il coinvolgimento di una molteplicità di enti per giungere al conseguimento della dimensione (minima) individuata dal legislatore. In aggiunta, l'abrogazione dell'articolo 23-bis e, soprattutto, del Regolamento attuativo di cui al Dpr 168/2010 determina una complessiva assimilazione della disciplina, nella quale viene meno la distinzione procedurale (per gli affidamenti in house) legata alla dimensione economica del servizio pubblico da affidare. Ancora, va ricordata la problematica della gestione degli affidamenti in essere, per i quali occorre verificare l'eventuale operatività della scadenza al 31 dicembre 2010 ovvero la prosecuzione degli stessi in relazione alla conformità rispetto alla disciplina da applicare a seguito degli esiti referendari. Il tutto nell'ambito di una cronica carenza di risorse finanziarie e di una sistematica difficoltà a effettuare una programmazione di medio/lungo periodo degli obiettivi da conseguire e delle attività da svolgere, che rende oggi la gestione dei servizi pubblici locali sempre più ardua nella generalità degli enti e in particolare nelle realtà di modesta dimensione. ●

per coloro i quali lo siano stati nel triennio precedente, a essere nominati amministratori di società partecipate dagli enti stessi. Analogamente, vengono meno, se non altro formalmente, alcuni limiti riguardanti la composizione delle commissioni di gara disciplinate dal Dpr 168/2010. Questi riguardavano, in particolare:

a) i soggetti interessati da altri incarichi tecnici o amministrativi relativamente alla gestione del servizio di cui si tratta;

b) coloro i quali abbiano rivestito, nel biennio precedente, la carica di amministratore locale;

c) quanti, in qualità di componenti di commissioni di ga-

ra, abbiano concorso, con dolo o colpa grave accertati in sede giurisdizionale con sentenza non sospesa, all'approvazione di atti dichiarati illegittimi;

d) i dipendenti e amministratori dell'Ente locale, nell'ipotesi in cui alla gara concorra una società partecipata dall'ente.

Nonostante l'espresso richiamo contenuto nel regolamento abrogato, vanno ritenute invece salve le cause di astensione previste per il giudice dall'articolo 51 c.p.c., proprio per il carattere generale delle stesse (tra queste rientrano: l'aver interesse nell'affidamento; l'aver relazioni di parentela o affinità fino al quarto grado o vincoli di affiliazione, convivenza o frequentazione abituale con uno dei concorrenti; l'aver una causa pendente o grave inimicizia o rapporti di credito o debito con uno dei concorrenti; l'aver svolto attività di consulenza e simili per uno dei concorrenti; l'essere tutore, curatore, procuratore, agente o datore di lavoro di uno dei concorrenti; l'essere amministratore o garante di un ente, associazione, comitato, società o stabilimento che abbia interesse nell'affidamento).

In quest'ambito, merita altresì segnalare che l'esito del referendum fa venire meno l'obbligo per l'organo di revisione economico-finanziaria dell'Ente locale di vigilare sul rispetto del contratto di servizio in caso di affidamento in house e in tutti i casi in cui la gestione sia affidata a una società partecipata dall'ente. L'auspicio è ovviamente che, nonostante l'abrogazione referendaria, non vengano meno i criteri di autonomia, indipendenza, trasparenza, competenza ed efficienza che dovrebbero caratterizzare

i servizi pubblici locali e che il richiamato regime di incompatibilità tendeva a garantire. Il referendum abrogativo ha quindi determinato una pluralità di effetti, di segno peraltro alterno, aventi un raggio probabilmente più esteso rispetto a quello esplicitato. Sicuramente risulta ampliato lo spazio di discrezionalità degli Enti locali nella scelta delle forme di gestione dei servizi pubblici locali, con il possibile "ritorno" anche all'*in house providing* e la possibilità di impostare in modo meno rigido (se non altro sul piano della distribuzione delle quote di partecipazione) le società miste pubblico-privato. Tuttavia, a fronte di tale possibile estensione delle soluzioni accoglibili, merita ricordare i forti vincoli in materia di spesa di personale e, quanto meno potenzialmente, di patto di stabilità, cui va assoggettata la gestione sia delle società in house, sia delle società miste. Vincoli che, oltretutto, paiono persino acuitizzati dall'esito referendario (quanto meno nelle more di un eventuale ulteriore intervento normativo).

Quest'ultimo, tra l'altro, cancella una pluralità di norme, riguardanti le modalità procedurali da seguire e la separazione tra le funzioni di regolazione e di gestione, con il rischio di ridurre, anziché di ampliare, il grado di trasparenza e di pubblicità, ma altresì di efficacia e di efficienza, delle gestioni (private, pubbliche e miste) attivate. Ne consegue che gli effetti reali del referendum sono tutt'altro che scontati, in quanto il controllo pubblico delle società di gestione potrebbe finire per essere un limite più che un'opportunità alla qualità e all'economicità dei servizi pubblici locali. ●



In house e modelli societari, mani libere agli Enti

Il freno applicato dal referendum alla liberalizzazione del settore delle local utilities e alla privatizzazione delle realtà aziendali in esso impegnate modifica lo scenario di riferimento e le relative prospettive di sviluppo. Torna di attualità il modello dell'in house providing, che il legislatore aveva cercato di relegare a un ruolo marginale, e cambiano, seppure con effetti di segno alterno, le condizioni e modalità di attuazione dei partenariati pubblico-privato. Entrambi questi modelli meritano quindi di essere analizzati alla luce della disciplina comunitaria da cui traggono origine e delle norme nazionali che, nonostante l'esito referendario, mantengono la loro validità in materia.

MODALITÀ

Il vuoto normativo nazionale indotto dall'esito referendario rende necessario (per meglio dire, ancor più necessario) fare riferimento alle modalità di affidamento dei servizi pubblici locali via via individuate e affinate in ambito comunitario (in specie a opera della giurisprudenza comunitaria, a partire dalla sentenza CG CE 17/11/1999 - Teckal, passando per la sentenza CG CE 13/10/2005 - Parking Brixen, sino alla sentenza CG CE 11/05/2006 - Carbotermo, solo per citare le pronunce principali), le quali tendono a conciliare la tutela del mercato e della concorrenza, la tutela della pubblicità e della trasparen-

za e il potere di organizzazione delle pubbliche amministrazioni.

In quest'ambito, il modello dell'in house providing, mutuato dall'esperienza anglosassone e accolto dalla giurisprudenza comunitaria prima ancora che dal nostro ordinamento nazionale, risponde alla possibile esigenza delle autorità pubbliche di disporre di strumenti operativi di natura aziendale, in grado di soddisfare, meglio rispetto all'intervento diretto (in economia) dell'ente, criteri-obiettivo di rispondenza, efficacia, efficienza, economicità, flessibilità, tempestività, trasparenza. A questo modello sono riconducibili, tra le altre (oltre, cioè, a istituzioni, aziende speciali e consorzi, agenzie e simili), società a capitale pubblico totalitario affidatarie dirette della gestione di impianti e reti, della erogazione di servizi pubblici, siano essi dotati o privi di rilevanza economica, nonché della produzione di attività strumentali. Nel caso dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, tuttavia, le norme contenute nella legge 448/2001 hanno determinato il necessario ricorso alla forma societaria.

Per essere qualificate in house, le società partecipate dagli Enti locali devono tuttavia rispondere a tre requisiti:

a) Il capitale sociale deve essere totalmente pubblico, sia all'atto della costituzione sia durante la successiva vita societaria, e deve essere detenuto, anche con possibili evo-

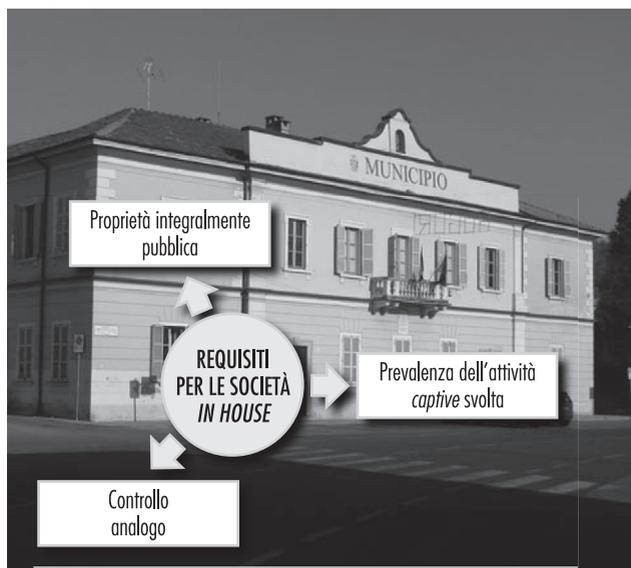
luzioni temporali, da un unico Ente locale (società totalitaria o unipersonale) o da una pluralità di Enti locali, con eventuale partecipazione anche di enti pubblici diversi. La scelta degli eventuali soci, trattandosi di enti pubblici, non richiede l'espletamento di procedure di gara. In ogni caso, la giurisprudenza comunitaria evidenzia che la partecipazione, anche minoritaria, di un'impresa privata al capitale di una società alla quale partecipi anche l'amministrazione pubblica aggiudicatrice, sottrae la società partecipata dal modello dell'in house providing, in quanto, per le diverse finalità perseguite dai soci, è esclusa la possibilità per l'amministrazione di esercitare sulla società partecipata un controllo analogo a quello che esercita sui propri servizi (altra condizione indispensabile).

b) L'attività della società deve essere prevalentemente rivolta agli enti partecipanti e committenti. Ne consegue che sia l'oggetto, sia l'ambito territoriale di attività della società devono essere circoscritti e trovare prevalente corrispondenza nei servizi affidati dagli Enti locali di riferimento. Secondo i principi comunitari ciò non esclude né lo svolgimento di attività differenti, né l'esercizio di servizi extra-territoriali, ma impone che tali eventuali estensioni operative abbiano carattere limitato e accessorio. La questione della prevalenza è stata analizzata sia

Torna alla ribalta l'impostazione che il legislatore aveva relegato a un ruolo marginale per sostenere la liberalizzazione del settore e cambiano le norme procedurali per gli affidamenti e la selezione del socio operativo



Tutto pubblico



dalla dottrina che dalla giurisprudenza italiana: buona parte della prima, ritenendo necessario almeno l'80% di attività svolta nei confronti dell'ente proprietario, in analogia con l'articolo 8, comma 3, del Dlgs 158/1995; la seconda, in particolare con la sentenza Tar Sicilia (CT) n. 198/2006, ritenendo insufficiente il 62% quale parametro di riferimento. Entro questi limiti è quindi possibile, per le società in house impegnate in servizi pubblici locali, svolgere attività ulteriori rispetto a quelle affidate dagli enti soci, essendo venuto meno il vincolo di esclusività precedentemente contenuto nel comma 9 dell'articolo 23-bis del DI 112/2008, convertito in legge 133/2008, abrogato dal referendum del 12 e 13 giugno scorso. Nondimeno, per completezza, merita ricordare che il vincolo di esclusività permane in capo alle società strumentali, ai sensi dell'articolo 13 del DI 223/2006 (anche dopo che l'articolo 48 della legge

99/2009 ha cancellato l'avverbio "esclusivamente", senza eliminare tuttavia lo stringente elenco di divieti operativi previsti).

c) L'ente o gli Enti locali proprietari devono esercitare sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri uffici e servizi. Ne consegue che non è sufficiente il controllo proprietario, ma si rendono necessari metodi, strumenti, tecniche e procedure specifiche. Si tratta, non a caso, del requisito di cui sono più incerti il significato e l'applicazione, in quanto occorre configurare un controllo gestionale e finanziario stringente, con elementi comuni con quello svolto dagli enti proprietari sulle proprie strutture organizzative, da realizzarsi tuttavia non secondo relazioni gerarchiche e soluzioni strumentali di tipo pubblicistico, bensì con le modalità consentite dal diritto societario. Si rende quindi necessario impostare in modo appropriato lo statuto della società, il contratto di servizio e il ruolo degli organi sociali, affinché consentano di ricondurre alla delegazione interorganica il rapporto intercorrente tra gli Enti locali proprietari e la società partecipata. Il tutto reso complesso da una pluralità di circostanze; tra queste meritano di esserne ricordate almeno due: il fatto che nel caso delle società per azioni, a seguito della riforma del diritto societario (Dlgs 6/2003), la gestione spetta in via esclusiva agli amministratori, i quali compiono le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale (articolo 2380-bis c.c.) e non sono facilmente assoggettabili a forme di controllo sistematico né da parte dell'assemblea, né tanto meno

da parte di singoli soci, ancorché di controllo; inoltre, il fatto che il modello dell'in house providing viene consentito anche nel caso di società partecipate da una pluralità di enti, dei quali, nella migliore delle ipotesi, al massimo uno detiene il controllo proprietario, per cui risulta obiettivamente improbabile, salvo prevedere discutibili procedure decisionali unanimistiche, che gli altri soci pubblici possano concretamente esercitare il controllo analogo sulla società (uno dei principi base dell'organizzazione chiarisce che è possibile che ad un soggetto sovraordinato corrispondano più soggetti subordinati, ma non il contrario). Ciò posto, e in parte ciò nondimeno, la giurisprudenza ha definito alcuni requisiti necessari per l'esercizio del controllo analogo, soffermandosi in particolare sui meccanismi societari (tralasciando invece i possibili strumenti di natura economico-finanziaria); in quest'ambito rientrano i seguenti:

- lo statuto non deve consentire l'ingresso di soggetti privati (la cui presenza nella compagine societaria, come si è detto, determinerebbe l'impossibilità di esercitare il controllo analogo da parte dell'Ente locale);
- la società non deve avere una vocazione commerciale tale da pregiudicarne il controllo pubblico, attraverso l'eventuale ampliamento dell'oggetto sociale, l'apertura ad altri capitali, l'espansione territoriale dell'attività (torna, quindi, anche sotto questo profilo, il tema della prevalenza dell'attività svolta in favore degli enti soci);
- l'organo amministrativo



della società non deve avere rilevanti poteri gestionali (il che è strumentale all'esercizio del controllo analogo, ma, soprattutto nelle società per azioni, incoerente con i poteri attribuitigli dal diritto societario);

- le decisioni più importanti devono essere sottoposte al vaglio preventivo dell'ente affidante (il che, analogamente al precedente requisito, è sicuramente funzionale al controllo analogo, ma tutt'altro che pacifico rispetto alle prerogative dell'organo amministrativo della società).

Questi requisiti sono stati, nel tempo, motivati, chiariti, circostanziati e affinati attraverso indicazioni via via più puntuali da parte della giurisprudenza, sia comunitaria che nazionale. Le pronunce in materia sono effettivamente molto numerose. A livello comunitario si ricordano, tra le altre e oltre a quelle già citate, le sentenze: CG CE 11/01/2005 - Stadt Halle, CG CE 21/07/2005 - Consorzio Corame, CG CE 10/11/2005 - Mödling e CG CE 19/04/2007 - Trasca. A livello nazionale, in ordine cronologico, meritano di essere segnalate le sentenze: Cds, sezione VI, n. 168/2005, Cds, sezione V, n. 4440/2006, Cds, sezione V, n. 5072/2006, Cds, sezione V, n. 5/2007, Cds, sezione V, n. 1514/2007, Tar (CA), sez. I, n. 2407/2007 e Cds, Adunanza plenaria, n. 1/2008.

Giova anche segnalare che la corretta applicazione dei principi comunitari è tanto più importante a seguito della legge 34/2008 (legge comunitaria 2007) che, in particolare all'articolo 6, prevede che lo Stato potrà esercitare

il diritto di rivalsa nei confronti degli Enti locali che venissero riconosciuti responsabili di violazioni che, avendo determinato l'attivazione di procedure di infrazione dell'Unione europea contro l'Italia, dovessero concludersi con la condanna del nostro Paese.

IL MODELLO

Passando al modello del partenariato pubblico-privato istituzionalizzato, anch'esso di origine anglosassone e oggetto di attenzione soprattutto a livello comunitario, è possibile osservare come si traduca in società miste che consentono di coniugare due tipi di esigenze tra loro altrimenti inconciliabili: il mantenimento del controllo sullo specifico servizio da parte dell'amministrazione pubblica (più o meno pregnante a seconda della quota, maggioritaria o minoritaria, di partecipazione) e l'acquisizione sul mercato di risorse e competenze altrimenti non disponibili (apportate da partner privati aventi ruolo finanziario od operativo).

Anche questo modello gestionale ha registrato, nel tempo, un progressivo affinamento delle norme e delle indicazioni giurisprudenziali, nazionali e comunitarie, le quali hanno delineato una serie di condizioni e limiti ai fini del suo corretto utilizzo. Particolarmente significativa risulta la Comunicazione interpretativa sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati emessa dalla Commissione Europea (C(2007)6661 del 5 febbraio 2008).

La Commissione spiega quali sono le possibili modalità attraverso cui instaurare un

Vincoli rigidi



Meccanismi societari per l'esercizio del controllo analogo:

lo statuto non deve consentire l'ingresso di soggetti privati

la società non deve avere una vocazione commerciale tale da pregiudicarne il controllo pubblico

l'organo amministrativo della società non deve avere rilevanti poteri gestionali

le decisioni più importanti devono essere sottoposte al vaglio preventivo dell'ente affidante

tale partenariato: costituzione di una nuova impresa il cui capitale è detenuto congiuntamente dalla amministrazione aggiudicatrice e dal partner privato (in alcuni casi da più amministrazioni aggiudicatrici e/o più partner privati) e nell'aggiudicazione di un appalto pubblico o di una concessione a tale società a capitale misto di nuova costituzione; oppure partecipazione di un partner privato a un'impresa pubblica già esistente che esegue appalti pubblici o concessioni ottenuti in passato nell'ambito di una relazione in house.

In ogni caso, le condizioni e i limiti di maggiore rilievo riguardano:

1) Le modalità di scelta del socio privato e di affidamento del servizio alla società mista; avendo riguardo alla scelta del socio, le indicazioni più recenti, sia normative che giurisprudenziali, convergono e rendono ormai pacifica la necessità di una procedura di gara a evidenza pubblica; con riferimento al-



Partenariato istituzionalizzato



l'affidamento del servizio, a un precedente orientamento favorevole alla procedura diretta si è ormai sostituito un orientamento che impone una procedura a evidenza pubblica; quest'ultima, tuttavia, potrebbe avvenire secondo modalità e tempi differenti:

- potrebbe trattarsi di una procedura distinta e successiva a quella di scelta del socio privato (questa soluzione, tra l'altro, viene ammessa dalla sentenza Cds, Adunanza plenaria, n. 1/2008), la quale, tuttavia, suscita alcune perplessità, ivi comprese quella relativa al dubbio interesse dell'operatore privato ad aderire ad una società di cui sia incerta la sorte successiva e quella relativa alla stessa utilità, per l'ente pubblico, di promuovere la costituzione di una società mista che potrebbe, non aggiudicandosi il servizio, risultare inattiva e pertanto inutile;
- in alternativa, potrebbe

trattarsi di una procedura unitaria (in questo senso, tra l'altro, la Comunicazione interpretativa della Commissione europea precedentemente ricordata, cui aveva altresì aderito il nostro legislatore con l'articolo 23-bis del DL 112/2008 ora abrogato), trasparente e concorrenziale, avente a oggetto sia l'acquisizione della qualità di socio, sia lo svolgimento di compiti operativi nell'ambito dell'appalto pubblico o della concessione da affidare alla società mista ("gara a doppio oggetto"); in questo modo verrebbero meno le criticità della procedura duplice, in quanto la selezione del socio privato sarebbe accompagnata dalla costituzione del partenariato pubblico-privato e dall'affidamento del servizio considerato alla società mista.

Questa seconda soluzione pare più efficace, garantendo dall'origine la fungibilità, di per sé non scontata, ma nella fattispecie indispensabile, tra contratto sociale e contratto di appalto; ovviamente, ponendo i due tipi di contratto avere durate differenti, quale che sia la modalità procedurale prescelta, si rende necessario procedere al rinnovo della procedura selettiva al termine del periodo di affidamento, prevedendo dall'inizio la possibilità e la modalità di uscita del partner privato dalla società mista alla scadenza, fissando, in particolare, i parametri per procedere alla eventuale liquidazione della sua quota di partecipazione (aspetto che era affrontato dall'ormai abrogato regolamento di attuazione dell'articolo 23 bis, ma che ha anche formato oggetto della

sentenza Costituzionale n. 401/2007 e del parere Cds, sezione II, n. 456/2007).

ii) La seconda questione riguarda, anche in questo caso, gli eventuali limiti all'operatività della società mista, con particolare riguardo alla destinazione della propria attività nei confronti dell'ente (o degli enti) partecipante e committente. Secondo i principi comunitari (ricordati dalla richiamata Comunicazione), la società a capitale misto è libera, come qualsiasi altro operatore, di svolgere qualsiasi attività economica, inclusa la partecipazione a gare di appalto pubbliche, e non è quindi soggetta a limiti operativi o territoriali.

Più restrittive risultavano, per contro, le scelte operate dal nostro legislatore che prescriveva l'esclusività operativa e territoriale per le società miste di produzione di servizi pubblici locali di rilevanza economica; scelte ora superate per effetto dell'esito referendario. Anche in questo caso, merita ricordare come il vincolo di esclusività permanga per le società miste che svolgono attività strumentali (ai sensi dell'articolo 13 del DL 223/2006). In ogni caso, lo svolgimento di attività ulteriori e in altri ambiti territoriali, il cui affidamento nel caso può avvenire esclusivamente per mezzo di gara a evidenza pubblica, è ammesso solo se compatibile con gli interessi della comunità di riferimento (in questo senso, in particolare, la sentenza Cds, sezione VI, n. 5843/2004).

HOLDING

Un cenno, per completezza, merita infine il modello della società holding, ossia una società che, in via esclusiva o



non, detiene partecipazioni in altre società controllate o collegate, rispetto alle quali esercita il ruolo di "capogruppo". Il riferimento a questo modello è di qualche rilievo, in quanto, soprattutto per Enti locali di grandi dimensioni o, comunque, caratterizzati da un elevato numero di partecipazioni, esso è stato individuato, soprattutto dalla dottrina, tanto giuridica quanto aziendale, quale interessante soluzione per la governance complessiva delle società partecipate.

Si tratta, infatti, di un modello che consente di conseguire contestualmente tre condizioni rilevanti:

1) il migliore indirizzo, coordinamento e controllo sistematico del proprio bouquet di partecipazioni da parte dell'Ente locale (in virtù del rapporto diretto con un'unica società all'uopo individuata, in luogo di una pluralità, talora dispersiva, di rapporti con un numero potenzialmente elevato di società distinte);

2) il migliore coordinamento operativo, bilanciamento economico-finanziario e sfruttamento di sinergie tecniche, tecnologiche e commerciali tra le diverse realtà aziendali partecipate da parte della società holding (in virtù della detenzione, da parte della stessa, delle partecipazioni nelle varie società operative e con possibilità di sviluppo, da parte della stessa, più di quanto possa normalmente avvenire in seno all'ente locale, di spiccate competenze aziendali e giuridiche, in specie in materia societaria);

3) un adeguato livello di autonomia gestionale nei diversi ambiti di intervento, di attività e di servizio, presidiati da società operative distin-

te (con più agevole sviluppo di competenze specialistiche settoriali, rispetto a quanto potrebbe altrimenti avvenire in capo a una sola società multiutility).

Ovviamente, a fronte di questi potenziali benefici, si riduce, entro certi limiti, la possibilità di controllo diretto sulle singole società e linee di attività da parte dell'Ente locale. Merita anche sottolineare che la società holding potrebbe presentare diversi caratteri:

- quello della "holding pura", finanziaria o, nella fattispecie, più verosimilmente gestionale, qualora persegua un oggetto sociale esclusivamente rappresentato dalla gestione strategica delle partecipazioni alla stessa conferite o dalla stessa assunte;
- quello della "holding mista" od operativa, qualora, oltre alla gestione delle partecipazioni detenute, produca anche direttamente attività, opere o servizi.

Sul piano normativo, a differenza di quanto avviene per le società in house e per le società miste, la società holding non è espressamente considerata; tuttavia, una serie di norme, in specie quelle contenute nell'articolo 13 del Dl 223/2006, finiscono per rendere scarsamente fruibile questo modello (sul punto rilevano anche le considerazioni sviluppate dalla Corte dei Conti, Sezione Controllo Lombardia, con la delibera 270/2008).

Infatti, la holding pura, stante il proprio ruolo di regia delle partecipazioni detenute, realizzato per conto dell'Ente locale, si configurerebbe come una società strumentale di quest'ultimo. Tuttavia, in quanto società strumentale, sarebbe soggetta ai vincoli,

Modalità di gestione

Non affidato	21%
IPPP	13%
Società quotate	14%
Concessione a terzi	7%
In house	37%
Altro	8%

Fonte: *Blue Book 2010*

già richiamati, recati dall'articolo 13 del Dl 223/2006, ivi compreso quello di non potere detenere partecipazioni in altre società, vedendo così giuridicamente preclusa la propria essenza e funzionalità. Analoga considerazione vale per la holding mista, qualora, oltre alla gestione delle partecipazioni, svolga altre attività strumentali, ricadendo anch'essa nei limiti imposti dall'articolo 13 del Dl 223/2006.

La holding mista operante, direttamente e attraverso le società partecipate, nel settore dei servizi pubblici locali di rilevanza economica era stata altresì esclusa dall'articolo 23-bis del Dl 112/2008, non potendo né rispondere al modello dell'in house providing, né a quello del partenariato pubblico-privato, per il divieto imposto sia alle società in house che alle società miste di svolgere, direttamente o indirettamente, altre attività e di detenere partecipazioni in altre società. L'abrogazione referendaria dell'articolo 23 bis riapre tuttavia la possibilità di ricorrere a una holding mista, in specie se a partecipazione pubblico-privata, per i servizi pubblici locali, gestendo il ruolo di cerniera tra l'ente locale e le società operative controllate e collegate.



Il Comune in copertina

● piazze

● monumenti

● paesaggi

● arte

● curiosità

Inviare
a Guida agli
Enti Locali
le foto
del vostro
Comune.
Le migliori
saranno
pubblicate



indirizzo E-mail per l'invio del materiale fotografico:
materiali.entilocali@ilsole24ore.com

Specifiche tecniche per l'invio del materiale:
Formato Jpg 210x135mm a 300 dpi per pollice