

# **Nuova disciplina e adeguamento statutario delle società prestatrici di servizi pubblici**

*di Fabio Dani*

## **Sommario**

**1. Servizi pubblici e servizi strumentali** – **2. Le norme della riforma** – **3. La disciplina regolatrice dei servizi pubblici locali** – **4. La disciplina regolatrice dei servizi strumentali** – **5. In house e controllo analogo** – **6. La prevalenza** – **7. Società miste ed esclusività**

## **1. Servizi pubblici e servizi strumentali**

Tentare di definire la natura e l'estensione degli adeguamenti statutari che si rendessero necessari a seguito dell'entrata in vigore delle recenti disposizioni emanate circa le modalità di svolgimento dei servizi pubblici locali, e degli orientamenti giurisprudenziali sino ad oggi emersi, è compito assai arduo, poichè sia la normativa di settore che la giurisprudenza fanno riferimento a principi del tutto generici.

Il quadro normativo è per la verità frammentato e non chiaro ed è interpretato ed integrato dalla giurisprudenza europea e nazionale, non sempre univocamente schierate.

È opportuno, in primo luogo, tentare di chiarire e definire il concetto di “servizio pubblico locale”, spesso opposto a quello di “servizio strumentale”, e, poi, definire quando tali servizi possano essere qualificati “a rilevanza economica” e quando invece siano privi di tale rilievo.

Seppure in modo schematico e semplicistico, si può ritenere che il servizio pubblico sia quello prestato all'utenza, che ne sopporta i costi, direttamente dall'Amministrazione o da un suo concessionario, in presenza di una domanda diffusa e di una conseguente offerta indifferenziata.

Viceversa, i servizi strumentali sono quelli prestati alla

Amministrazione, che utilizza tale prestazione ai fini dell'eventuale erogazione di servizi pubblici comunque per il perseguimento dei fini che le sono propri, e ne sopporta il costo.

Quanto alla "rilevanza economica" tale nozione si richiama al concetto economico di imprenditore e dunque all'art. 2082 del cod. civ., secondo il quale "è imprenditore chi esercita professionalmente una attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi". Tale norma richiede l'economicità in aggiunta allo scopo produttivo dell'attività; quindi al concetto di "attività economica" corrisponde un proprio ed autonomo significato.

Invero, ciò che qualifica un'attività come economica non è solo il fine produttivo cui essa è indirizzata. È anche il modo, il metodo con cui essa è svolta.

L'attività produttiva può dirsi condotta con metodo economico quando è tesa al procacciamento di entrate remunerative dei fattori produttivi impiegati; cioè quando è svolta con modalità che consentano nel medio-lungo periodo la copertura dei costi con i ricavi, altrimenti si ha consumo e non produzione di ricchezza.

Questo significato dell'espressione attività economica è chiaramente presente agli aziendalisti, che su di esso fondano la distinzione tra aziende di erogazione ed aziende di produzione. È altresì recepito sul piano legislativo per gli enti pubblici. La produzione di beni e servizi da parte degli stessi in tanto è qualificabile quale attività imprenditoriale in quanto essi siano per legge tenuti ad operare secondo criteri di economicità, con una accezione del concetto di economicità che va tenuta distinta dal principio di economicità del procedimento amministrativo introdotto dalla legge n. 241/1990: in tale ultima enunciazione infatti l'economicità si traduce nell'esigenza di non aggravamento del procedimento se non per straordinarie e motivate esigenze imposte dallo svolgimento dell'istruttoria. Nella nozione generale di imprenditore per aversi impresa è invece essenziale che l'attività produttiva sia condotta con metodo economico secondo modalità che consentano quanto meno la copertura dei costi con i ricavi ed assicurino l'autosufficienza economica: da-

ti questi da valutare oggettivamente, sulla base di indici esteriori percepibili dai terzi e con riferimento all'attività nel suo complesso e non ai singoli atti di impresa. Non è perciò imprenditore chi, soggetto pubblico o privato, produca beni o servizi che vengono erogati gratuitamente o a "prezzo politico", tale cioè da far oggettivamente escludere la possibilità di coprire i costi con i ricavi.

Così, non è imprenditore l'ente pubblico o l'associazione privata che gestiscano gratuitamente o a prezzo simbolico un ospedale, una scuola, una mensa ecc. È invece imprenditore chi gestisce i medesimi servizi con metodo economico (copertura dei costi con i ricavi) anche se ispirato da un fine pubblico o ideale ed anche se, ovviamente, le condizioni di mercato non consentano poi, in fatto, di remunerare i fattori produttivi.

Neanche lo scopo di lucro è essenziale per qualificare l'attività di impresa; il nostro ordinamento conosce infatti l'impresa cooperativa e l'impresa consortile, laddove l'esercizio dell'attività, pur perseguito con metodo economico, è orientato a fini mutualistici, e non di lucro.

Quindi potranno essere qualificati quali servizi, a rilevanza economica, tutti quei servizi pubblici locali, che siano gestiti con metodo economico, laddove la tariffa richiesta all'utente assolve allo scopo di, quanto meno, coprire integralmente i costi di gestione.

Consegue dalla riportata distinzione anche un fondamentale rilievo di carattere costituzionale.

Si è infatti osservato (Corte costituzionale, sent. n. 27 del 27 luglio 2004) che l'intervento statale in ordine alla regolazione delle modalità di espletamento dei servizi pubblici locali è giustificato unicamente per quelli "a rilevanza economica" (dizione che ha preso il posto di "a rilevanza industriale", in ossequio alla denominazione adottata in sede europea) come esplicitazione della potestà legislativa esclusiva che l'art. 117, secondo comma, lett. e) della Costituzione attribuisce allo Stato in tema di "tutela della concorrenza".

A questo proposito, inoltre, è necessario ulteriormente precisare che la tutela della concorrenza "non può essere intesa sol-

tanto in senso statico, come garanzia di interventi di regolarizzazione e ripristino di un equilibrio perduto, ma anche in quell'accezione dinamica, ben nota al diritto comunitario, che giustifica misure pubbliche volte a ridurre squilibri, a favorire le condizioni di un sufficiente sviluppo del mercato o ad instaurare assetti concorrenziali" (Corte costituzionale, sentenza n. 14 del 2004). In altri termini, la tutela della concorrenza riguarda nel loro complesso i rapporti concorrenziali sul mercato e non esclude perciò anche interventi promozionali dello Stato.

È dunque del tutto conseguente precisare che l'indicato titolo di legittimazione statale è riferibile solo alle disposizioni di carattere generale che disciplinano le modalità di gestione dei servizi a rilevanza economica e che solo le predette disposizioni non possono essere derogate da norme regionali, proprio perché per i servizi privi di rilevanza economica non è dato rinvenire confronto concorrenziale circa il loro espletamento.

A questo proposito, già la Commissione europea, nel "Libro Verde sui servizi di interesse generale" (COM-2003-270) del 21 maggio 2003, ha affermato che le norme sulla concorrenza si applicano soltanto alle attività economiche, e che la distinzione tra attività economiche e non economiche ha carattere dinamico ed evolutivo, cosicché non sarebbe possibile fissare a priori un elenco definitivo dei servizi di interesse generale di natura "non economica". Secondo la costante giurisprudenza comunitaria spetta infatti al giudice nazionale e cioè all'interprete) valutare circostanze e condizioni in cui il servizio viene prestato, tenendo conto, in particolare, dell'assenza di uno scopo precipuamente lucrativo, della mancata assunzione dei rischi connessi a tale attività ed anche dell'eventuale finanziamento pubblico dell'attività in questione (Corte di giustizia CE, sentenza 22 maggio 2003, causa 18/2001).

Per i servizi locali che, quindi, in relazione al soggetto erogatore, ai caratteri ed alle modalità della prestazione, ai destinatari, appaiono privi di "rilevanza economica", ci sarà dunque spazio per una specifica ed adeguata disciplina di fonte regionale ed anche locale e sono per questo motivo a loro estranei i limiti e le prescrizioni oggetto di esame in questa sede.

## *2. Le norme della riforma*

Il quadro normativo appare, come detto, non lineare.

Già l'art. 113 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (T.U. delle leggi sull'ordinamento degli enti locali) aveva dettato disposizioni sulla "gestione delle reti ed erogazione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica".

Tale norma è stata oggetto di innumerevoli modifiche, dapprima con la l. n. 448 del 28 dicembre 2001, poi con il d.l. 30 settembre 2003, n. 269, e ancora con la l. 15 dicembre 2004, n. 308 e con la l. 350 del 24 dicembre 2003.

Da ultimo, la norma è stata abrogata "nelle parti incompatibili", dall'art. 23 *bis*, comma 11, del d.l. 25 giugno 2008, n. 112 conv. con legge n. 133 del 6 agosto 2008.

Non è necessario spendere molte parole nella considerazione che la mancanza di stabilità normativa in un settore di tale delicatezza comporta di per sé effetti assolutamente negativi, amplificati dall'abrogazione "nelle parti non conformi", che obbliga l'interprete ad una affannosa attività ricostruttiva del testo, esposta comunque al vaglio giurisdizionale, e, dunque, anche al rischio di protrarre l'incertezza applicativa ancora per chissà quanto tempo.

Tanto più che tra le due norme (art. 113 del d.lgs. n. 267/2000, come modificato e art. 23-*bis* del d.l. n. 112/2008) permane in vigore l'art. 13 del d.l. 4 luglio 2006 n. 223 (conv. con modificazioni in legge 4 agosto 2006 n. 248).

## *3. La disciplina regolatrice dei servizi pubblici locali*

Tentando di ricondurre ad unità il disorganico quadro normativo, relativamente ai servizi pubblici locali a rilevanza economica, è possibile affermare che:

**a.** le disposizioni ricordate al paragrafo che precede si applicano a tutti i servizi pubblici locali di rilevanza economica, e prevalgono sulle relative discipline di settore;

**b.** il conferimento della gestione del servizio pubblico lo-

cale a rilevanza economica avviene, normalmente, con gara;

**c.** è possibile derogare al regime *sub b)* solo in presenza di particolari situazioni che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali e geomorfologiche del contesto locale di riferimento, non permettano con efficacia il ricorso al mercato, comunque sempre nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria degli obblighi di pubblicità e motivazione, e previa acquisizione del parere dell'Autorità per la tutela della concorrenza e del mercato e dell'Autorità di regolazione del settore, ove costituita;

**d.** l'affidamento di più servizi, simultaneamente con gara, è consentito, previa dimostrazione della sua convenienza economica: in questo caso la durata dell'affidamento è unica per tutti i servizi, e non può essere superiore alla media calcolata sulla base della durata degli affidamenti indicati dalla disciplina di settore;

**e.** le Regioni e gli enti locali possono definire ambiti ottimali e bacini d'utenza;

**f.** l'attività di gestione delle reti qualora sia separata dall'attività di erogazione del servizio, o l'attività di erogazione del servizio può essere affidata:

**1.** direttamente a società di capitali con partecipazione totalitaria di capitale pubblico, qualora gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, e a condizione che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano;

**2.** a imprese idonee, da individuare mediante procedure di evidenza pubblica;

**g.** i soli servizi possono essere affidati anche a società con capitale misto, pubblico o privato, nelle quali il socio privato sia scelto con gara (sul che, vedi *infra* al par. V, lett. d);

**h.** le società che gestiscono servizi pubblici locali per affidamento diretto, non possono partecipare a gare per l'affidamento dell'attività di gestione delle reti, o dei servizi, o delle reti e dei servizi;

**i.** i rapporti tra enti locali e società di erogazione del ser-

vizio o di gestione delle reti o degli impianti sono regolati da contratti di servizio, da allegarsi ai capitolati di gara;

**j.** la cessione di quote di partecipazione pubblica, è consentita solo con gara, senza che ciò abbia effetto sulla durata degli affidamenti o concessioni in essere;

**k.** se le reti o gli impianti sono di proprietà di soggetti diversi dagli enti locali, questi possono essere autorizzati a gestire i servizi a loro assegnati, a condizione di predeterminarne le tariffe e gli standards;

**l.** i soggetti titolari della gestione di servizi pubblici locali non affidati mediante procedure competitive, nonché i soggetti cui è affidata la gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali degli enti locali, qualora sia separata dall'attività di erogazione dei servizi, non possono acquisire la gestione di servizi ulteriori ovvero in ambiti territoriali diversi, né svolgere servizi o attività per altri enti pubblici o privati né direttamente né tramite loro controllanti o altre società che siano da essi controllate o partecipate, né partecipando a gare;

**m.** i soggetti affidatari diretti di servizi pubblici locali possono comunque concorrere alla prima gara svolta per l'affidamento mediante procedura comparativa ad evidenza pubblica, dello specifico servizio a loro affidato;

**n.** in ogni caso, per l'affidamento dei servizi, entro la data del 31 dicembre 2010 si procede mediante procedura competitiva ad evidenza pubblica;

**o.** entro il 27 febbraio 2009 il Governo dovrà emanare decreti attuativi delle norme cui ho fatto riferimento, al fine fra l'altro, di:

**1.** prevedere l'assoggettamento dei soggetti affidatari diretti al patto di stabilità interno;

**2.** prevedere l'osservanza da parte di società affidatarie e di società miste, di procedure ad evidenza pubblica per l'acquisto di beni e servizi per l'assunzione di personale;

**3.** prevedere che i Comuni possano svolgere le funzioni di gestione dei servizi pubblici, in forma associata;

**4.** prevedere una netta distinzione tra le funzioni di regolazione e funzioni di gestione dei servizi pubblici;

5. prevedere che la durata degli affidamenti non sia mai superiore ai tempi di recupero degli investimenti;
6. disciplinare la cessione dei beni, in caso di subentro.

#### 4. *La disciplina regolatrice dei servizi strumentali*

Le disposizioni citate hanno tuttavia anche interferito in ordine alla disciplina dei servizi pubblici strumentali, sempre con la finalità di evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza e del mercato.

Anche in questo particolare ambito dunque le società a capitale interamente pubblico o misto, costituite per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti (con esclusione dunque dei servizi pubblici locali) e, nei casi consentiti dalla legge per lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative:

- a. devono operare esclusivamente con gli enti costituenti, o partecipanti o affidanti (viene dunque affermato il principio dell'esclusività, in luogo di quello della prevalenza di cui al precedente par. 3, lett. f n. 1);
- b. non possono svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, né in affidamento diretto né con gara;
- c. non possono partecipare ad altre società o enti;
- d. sono ad oggetto sociale esclusivo;
- e. le attività non consentite devono cessare entro il 19 febbraio 2009;
- f. le attività *sub e)* possono essere cedute o scorporate, nel rispetto di procedure ad evidenza pubblica.

#### 5. *In house e controllo analogo*

Alcune delle nozioni cui ho fatto riferimento, devono essere ulteriormente approfondite.

- a) Quanto al "*in house providing*" : è espressione spesso impropriamente usata quale sinonimo di "affidamento diretto"

ossia dell'affidamento operato al di fuori non solo di procedure comparative di evidenza pubblica, ma anche prescindendo dal rispetto di particolari oneri di pubblicità o trasparenza, comportando solo l'esistenza dell'onere di motivare compiutamente in ordine alla sussistenza dei requisiti legittimanti tale tipo di affidamento. In realtà non si tratta di "affidamento diretto", bensì di una scelta organizzativa di autoproduzione del bene o del servizio che è alternativa al mercato, con il che risulta anche chiarita la portata del non perspicuo ultimo capoverso del comma 9 del citato art. 23 bis, nel senso che il termine in esso indicato è riferito agli affidamenti diretti e non agli affidamenti "in house".

b) Quanto al "controllo analogo", l'espressione è nuova per il nostro ordinamento, e deriva direttamente dalla giurisprudenza comunitaria, la quale però non ne ha definito gli elementi costitutivi. Ad oggi, si può ritenere che l'affidamento diretto di un servizio al di fuori del sistema di gara ad una società esterna possa essere ammissibile quando (ma non solo) tale società abbia caratteristiche tali da poterla qualificare come una "derivazione" o una "longa manus" dell'ente stesso. In altri termini, si sia dunque in presenza di un modello di erogazione meramente interno, qualificabile in termini di delegazione interorganica. Poiché si tratta di sistema in deroga all'ordinario regime di libera concorrenza, l'ente affidatario non può ritenersi terzo rispetto all'Amministrazione controllante, ma deve considerarsi come uno dei servizi propri dell'Amministrazione stessa, con l'ulteriore conseguenza che i requisiti dell'*in house providing*, costituendo un'eccezione alle regole generali del diritto comunitario vanno interpretati restrittivamente (C. giust. CE, 6 aprile 2006, C-410/04 e Cons. Stato, sez. II, n. 456/2007).

La sussistenza del controllo analogo viene esclusa in presenza di una compagine societaria composta anche da capitale privato, essendo necessaria la partecipazione pubblica totalitaria. Infatti la partecipazione (pure minoritaria) di un'impresa privata al capitale di una società, alla quale partecipi anche l'amministrazione aggiudicatrice, esclude in ogni caso che tale amministrazione possa esercitare su detta società un controllo

analogo a quello che essa svolge sui propri servizi [C. giust. CE, sez. II, 19 aprile 2007, C-295/05, Asociación de Empresas Forestales c. Transformación Agraria SA (TRASGA); 21 luglio 2005, C-231/03, Consorzio Corame; 11 gennaio 2005, C-26/03, Stadt Halle]. Occorre, quindi, che l'ente posseda l'intero pacchetto azionario della società affidataria (Corte di Giustizia, sent. 8 aprile 2008, C-337/05, caso "Agusta"; Cons. Stato, sez. V, 13 luglio 2006, n. 4440; in precedenza Cons. Stato, sez. V, 22 dicembre 2005, n. 7345 aveva ritenuto che la quota pubblica dovesse essere comunque superiore al 99%):

Tuttavia, la partecipazione pubblica totalitaria è necessaria ma non sufficiente (C. giust. CE, 11 maggio 2006, C-340/04; Cons. Stato, sez. VI, 1° giugno 2007, n. 2932 e 3 aprile 2007, n. 1514), servendo maggiori strumenti di controllo da parte dell'ente rispetto a quelli previsti dal diritto civile. In particolare:

**1.** lo statuto della società non deve consentire che una quota del capitale sociale, anche minoritaria, possa essere alienata a soggetti privati (Cons. Stato, sez. V, 30 agosto 2006, n. 5072);

**2.** il consiglio di amministrazione della società non deve avere rilevanti poteri gestionali e all'ente pubblico controllante deve essere consentito esercitare poteri maggiori rispetto a quelli che il diritto societario riconosce normalmente alla maggioranza sociale (Cons. Stato, sez. VI, 3 aprile 2007, n. 1514);

**3.** l'impresa non deve avere acquisito una vocazione commerciale che rende precario il controllo dell'ente pubblico e che risulterebbe, tra l'altro: dall'ampliamento dell'oggetto sociale, dall'apertura obbligatoria della società ad altri capitali, dall'espansione territoriale dell'attività della società a tutta l'Italia e all'estero (C. giust. CE, 10 novembre 2005, C-29/04, Mòdling o Commissione c. Austria; 13 ottobre 2005, C-458/03, Parking Brixen);

**4.** le decisioni più importanti devono essere sottoposte al vaglio preventivo dell'ente affidante (Cons. Stato, sez. V, 8 gennaio 2007, n. 5).

In sostanza si ritiene che il solo controllo societario totalitario non sia garanzia della ricorrenza dei presupposti dell' *in*

*house*, occorrendo anche un'influenza determinante da parte del socio pubblico, sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti (C. giust. CE, 11 maggio 2006, C-340/04, società Carbotermo e Consorzio Alisei c. Comune di Busto Arsizio). In altri termini la P.A. deve poter condizionare le decisioni dell'ente *in house*, avendo influenza dominante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni importanti. Ne consegue che l'*in house* esclude la terzietà, poiché l'affidamento avviene a favore di un soggetto il quale, pur dotato di autonoma personalità giuridica, si trova in condizioni di soggezione nei confronti dell'ente affidante che è in grado di determinarne le scelte, e l'impresa è anche sotto l'influenza dominante dell'ente.

Da ultimo (Cons. giust. amm. reg. sic. 4 settembre 2007, n. 719), sempre in aggiunta alla necessaria totale proprietà del capitale da parte del soggetto pubblico, si è ritenuto essenziale, il concorso dei seguenti ulteriori fattori, tutti idonei a concretizzare una forma di controllo che sia effettiva, e non solo formale o apparente:

5. il controllo del bilancio;
6. il controllo sulla qualità della amministrazione;
7. la spettanza di poteri ispettivi diretti e concreti;
8. la totale dipendenza dell'affidatario diretto in tema di strategie e politiche aziendali.

L'*in house*, così come costruito dalla giurisprudenza comunitaria, rappresenta dunque un modello di organizzazione dell'amministrazione in deroga alle regole generali del diritto comunitario, le quali richiedono la previa gara.

Naturalmente, la necessaria sussistenza del requisito del "controllo analogo" non comporta la non ammissibilità della partecipazione di più soggetti pubblici a comporre il capitale azionario della società *in house*, ma questa circostanza formale deve essere accompagnata da una verifica sostanziale in ordine alla effettiva sussistenza dei presupposti che realizzano il "controllo analogo".

Occorre dunque "*che quelle condizioni legittimanti l'affidamento in house providing, quali il controllo sul bilancio, il con-*

*trollo strategico-aziendale, il potere ispettivo ed altre forme sintomatiche del più ampio “controllo strutturale” ; siano non solo sussistenti ma condivise da tutti i soggetti pubblici proprietari della società affidataria, in quanto tutti portatori dei medesimi interessi. Se invece gli interessi che i differenti azionisti pubblici perseguono sono diversi, non si potrà mai realizzare un controllo penetrante o un indirizzo strategico condiviso nei confronti della società appositamente costituita, con conseguente venir meno della fattispecie del controllo analogo.* “. (Corte Conti, Sez. Controllo Sicilia, 2 aprile 2008 n. 10).

Così, in concreto, è stato ritenuto che “*sussiste il “controllo analogo” ; nel caso in cui, nello statuto societario e nei contratti di servizio si rinvengono clausole attributive agli enti locali di alcune prerogative esercitabili ai fini del controllo sullo svolgimento del servizio. Segnatamente: riconoscimento a ciascun ente locale di un ruolo propulsivo nei confronti dell’organo amministrativo consistente in proposte di iniziative attuative del contratto di servizio; diritto di veto sulle deliberazioni assunte in modo difforme dal contenuto delle proposte; riserva all’assemblea ordinaria di trattazione di argomenti inerenti a pretese o diritti delle società sugli enti locali nascenti dal contratto di servizio e corrispondente diritto di veto di ciascun ente locale interessato sulle relative determinazioni; diritto di recesso dalla società (con conseguente revoca dell’affidamento del servizio) nei casi in cui il Comune ha diritto a far valere la risoluzione o comunque lo scioglimento del contratto di servizio ed altresì nel caso di violazione di competenza assembleare allorquando l’organo di amministrazione assuma iniziative rientranti nella competenza dell’assemblea, senza autorizzazione di quest’ultima.*” (TAR Lazio, Roma, Sez. II ter, 16 ottobre 2007 n. 9988; TAR Lombardia, Milano, Sez. III, 10 dicembre 2008 n. 5758).

## 6. La prevalenza

Quanto allo svolgimento della “parte più importante dell’attività con l’ente concedente” esso realizza un requisito funzionale, in quanto attiene alla determinazione dell’attività di impresa svolta dalla società *in house*, esigendo appunto che tale attività sia indirizzata in modo prevalente all’ente o agli enti pubblici controllanti.

Anche in questo caso, si tratta di accezione direttamente derivante dalla giurisprudenza comunitaria, che il nostro legislatore non si è curato di precisare, così omettendo di risolvere importanti problemi applicativi.

Così, ci si è chiesti se la “prevalenza” debba essere intesa in senso quantitativo o qualitativo, quale sia il parametro idoneo a misurarla in concreto e soprattutto in che senso l’attività prevalente debba essere realizzata “con” l’ente locale, potendo ciò significare che essa deve essere svolta “a favore” dell’ente locale ovvero “per conto” dello stesso.

La soluzione dei problemi indicati è stata impostata in base alla *ratio* della previsione in esame, individuata nella opportunità di limitare la deroga al regime concorrenziale a società che di fatto non stanno sul mercato o vi stanno in misura trascurabile, quali appunto quelle che operano esclusivamente o quasi per gli enti pubblici che le controllano.

Se ne ricava che, per essere indice di estraneità al mercato, la prevalenza debba essere intesa in senso quantitativo piuttosto che qualitativo, traducendosi in buona sostanza nella misura del fatturato derivante dall’attività espletata all’interno dei rapporti con l’ente controllante: occorre, in ultima analisi, che la parte prevalente del fatturato della società provenga dall’attività svolta con l’ente locale.

Circa la misura della prevalenza, si è affermata la tesi dell’applicabilità in via analogica delle disposizioni interne e comunitarie che consentono, nei settori cd. esclusi o speciali, l’affidamento senza gara di appalti pubblici (di servizi, lavori e forniture) ad imprese collegate a condizione che almeno l’80% del fatturato medio da queste realizzato nella comunità

Europea nel corso dell'ultimo triennio provenga da servizi, lavori e forniture erogati alle Amministrazioni collegate. Si è infatti osservato che l'affidamento senza gara di un pubblico appalto ad un'impresa collegata risponde alla medesima logica dell'affidamento senza gara di un pubblico servizio ad una società *in house*, poiché in entrambi i casi l'Amministrazione sceglie di non rivolgersi al mercato e di avvalersi di un organismo formalmente privato ad essa strettamente legato dal punto di vista sia strutturale che funzionale. Analoga soluzione è stata accolta dalla giurisprudenza interna, la quale ha escluso la sussistenza del requisito in esame qualora la società destinataria dell'affidamento svolga un'attività esterna pari a circa il 40% del fatturato.

Un intervento chiarificatore della Corte di Giustizia è infine giunto con la decisione sul caso del Comune di Busto Arsizio (Corte Giustizia, CE, Sez. 1, 11 maggio 2008, n. C-240/04), secondo cui nel valutare se un'impresa svolga la parte più importante della sua attività con l'ente pubblico che la detiene, "si deve tener conto di tutte le attività realizzate da tale impresa sulla base di un affidamento effettuato dall'Amministrazione aggiudicatrice, indipendentemente da chi remunera tale attività, potendo trattarsi della stessa Amministrazione aggiudicatrice o dell'utente delle prestazioni erogate, mentre non rileva il territorio in cui è svolta l'attività".

Circa le modalità di verifica del requisito dell'attività prevalente, si è precisato che non è decisivo tanto il potenziale raggio d'azione della società risultante dallo statuto, normalmente assai più ampio di quello effettivamente e concretamente coperto dalle attività sociali, quanto la concreta sfera d'azione nella quale si muove la società controllata. L'eventuale svolgimento di un'attività affidata da terzi (soggetti diversi dall'Amministrazione controllante) non preclude dunque il rapporto *in house* solo se riveste un'importanza meramente subordinata.

Un indizio della prevalenza può essere costituito, come detto, dalla quota del volume d'affari realizzata con gli appalti affidati dall'azionista pubblico: se l'impresa agisce in nume-

rosi settori occorre poi accertare in quanti di tali settori essa svolga la maggior parte della sua attività per l'ente pubblico e quale importanza ciascun settore rivesta per la controllata. La possibilità prevista dallo statuto che l'impresa agisca anche oltre i confini del territorio comunale (c.d. *estraterritorialità*) non esclude che essa svolga la sua attività in prevalenza per quel Comune, se l'attività *estraterritoriale* resta secondaria dal punto di vista sia quantitativo che qualitativo.

Resta ancora da capire se ai sensi della disposizione in esame l'attività prevalente debba essere svolta "a favore" o piuttosto "per conto" dell'ente controllante. Nel primo caso vi sarebbe qualche problema nell'interpretazione complessiva della disposizione, dal momento che essa si riferisce ad uno dei possibili modi di organizzare l'attività di erogazione all'utenza di un servizio pubblico locale facente capo, come tale, ad un Comune o ad una Provincia. L'attività di erogazione del servizio, una volta affidata alla società, deve essere da questa svolta direttamente in favore della collettività che risiede nel territorio dell'ente locale, dunque per conto dell'ente locale e non già in suo favore. La possibilità di qualificare come in *house* la società in questione dipende quindi dall'importanza che per essa riveste l'attività – costituente il servizio pubblico – erogata per conto dell'ente locale; mentre non è detto che la medesima società svolga anche attività (lavori, servizi, forniture) rivolte ad immediato beneficio dell'Amministrazione pubblica, come avviene nei contratti d'appalto. Deve quindi concludersi che l'espressione "con l'ente o gli enti pubblici che la controllano" sta a significare "per conto" di detti enti.

In sostanza, e conclusivamente sul punto, nel caso in cui diversi enti detengano un'impresa, la condizione relativa all'attività può ricorrere qualora tale impresa svolga la parte più importante della propria attività non necessariamente con questo o con quell'ente, ma con tali enti complessivamente considerati. Di conseguenza, l'attività da prendere in considerazione nel caso di un'impresa detenuta da vari enti è quella realizzata da detta impresa con tutti questi enti (v. sentenza Corte di Giustizia, 11 maggio 2006, C-340/04 *Carbotermo e Consorzio Ali-*

sei, punti 70 e 71; id., 11 luglio 2008, C-371/05).

### *7. Società miste ed esclusività*

Quanto alle modalità di selezione del socio privato e di affidamento del servizio, nei termini esposti più sopra, anche le società miste sono soggette al rispetto nelle norme comunitarie e interne, come avviene per l'affidamento a terzi di servizi, mandati, concessioni.

La necessità di ricorrere a procedure selettive per la scelta del partner privato con il quale costituire le società miste, costituisce una regola oramai acquisita nel nostro ordinamento, codificata dall'art. 1, comma 2 del d.lgs. n. 163/2006: ciò tuttavia non significa che le società, il cui socio privato sia stato selezionato mediante il ricorso a procedura di evidenza pubblica, possa essere affidataria diretta di servizi pubblici a rilevanza economica.

A questo proposito, la più recente ed autorevole giurisprudenza (Cons. Stato, Ad. Plen. n. 01/2008 cit.) ha ritenuto che il modello organizzativo della c.d. società mista debba almeno contemplare il ricorrere di due garanzie:

1. che vi sia una sostanziale equiparazione tra gara per l'affidamento del servizio pubblico e gara per la scelta del socio, in cui quest'ultimo si configuri come un "socio industriale od operativo", il quale concorre materialmente allo svolgimento del servizio pubblico o di fasi dello stesso; il che vuol dire effettuazione di una gara che con la scelta del socio definisca anche l'affidamento del servizio operativo;

2. che si preveda un rinnovo della procedura di selezione "alla scadenza del periodo di affidamento", evitando così che il socio divenga "socio stabile" della società mista, possibilmente prescrivendo che sin dagli atti di gara per la selezione del socio privato siano chiarite le modalità per l'uscita del socio stesso (con liquidazione della sua posizione), per il caso in cui all'esito della successiva gara egli risulti non più aggiudicatario.

In questo senso, per i servizi pubblici locali parte della giurisprudenza ha ritenuto che la scelta del socio con gara, non esima dallo svolgimento di una seconda gara per l'affidamento del servizio (Cons. Giust. Amm. Reg. Sic. sent. n. 589/2006): si tratta di soluzione a mio avviso non condivisibile e incongrua (ma, in ogni caso, relativa solo ai servizi pubblici locali, e non anche a quelli strumentali).

La soluzione a mio avviso più rispondente alle norme e invece quella accolta dalla citata Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, che presuppone la fungibilità tra contratto di appalto e contratto sociale, e si fonda sulla necessità che la gestione del servizio venga prevista allorquando si costituisce la società: in altri termini, che la procedura di evidenza pubblica indetta per la scelta del socio sia rispettosa delle garanzie cui mi riferivo più sopra e definisca con precisione le modalità di gestione del servizio. Il che vuol dire avere stabilito, contestualmente alla scelta (con gara) del socio "operativo", quanto meno le caratteristiche della gestione stessa (circa condizioni, modalità e durata), affidando altresì la correlativa gestione, con l'ulteriore precisazione che trattandosi di norme poste a tutela della concorrenza, esse trovano applicazione anche nei confronti dei c.d. "contratti sotto-soglia" e anche ai contratti diversi dall'appalto, come ad esempio le concessioni, e dunque, anche all'affidamento di gestione dei servizi pubblici locali (v. le considerazioni svolte dalla cit. decisione dell'Ad. Plen. n. 01/2008).

Recentemente siffatti principi sono stati ribaditi dalla Corte costituzionale, con la sentenza 22 novembre 2007, n. 401.

Nell'ambito dei contratti pubblici, ad avviso della Consulta, viene soprattutto in rilievo l'aspetto della tutela della concorrenza, che si concretizza, in primo luogo, nell'esigenza di assicurare la più ampia apertura del mercato a tutti gli operatori economici del settore; in ossequio ai principi comunitari della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi. Le procedure di evidenza pubblica nella scelta del contraente devono essere idonee a garantire, in particolare, il rispetto dei principi di parità di tratta-

mento, di non discriminazione, di proporzionalità e di trasparenza. La Corte ha quindi evidenziato che la nozione comunitaria di concorrenza, che si riflette su quella di cui all'art. 117, comma 2, lett. e), della Costituzione, è definita come concorrenza "per" il mercato, la quale impone che il contraente venga scelto mediante procedure di garanzia che assicurino il rispetto dei valori comunitari e costituzionali sopra indicati.

Sul piano interno, l'osservanza di siffatti principi costituisce anche attuazione delle stesse regole costituzionali di buon andamento e imparzialità, le quali, ai sensi dell'art. 97 della Costituzione, devono guidare tutta l'azione dell'amministrazione. Anzi, è proprio l'esigenza di uniformare la normativa interna a quella comunitaria – sul piano della disciplina del procedimento di scelta del contraente – nel perseguimento della tutela della concorrenza, ad avere determinato il definitivo superamento della concezione che vedeva la procedimentalizzazione dell'attività di scelta del contraente dettata nell'esclusivo interesse dell'amministrazione.

Si perviene così con la tutela degli interessi degli operatori ad accedere al mercato e a concorrere per il mercato, alla tutela dell'obiettivo primario, di attuare la regolarizzazione del mercato e la regolamentazione dell'attività. Il che realizza pur sempre le medesime finalità.

e) Quanto all' "esclusività" dell'oggetto sociale, si tratta di accezione che deve essere anch'essa inquadrata nei principi cui abbiamo fatto riferimento. L'oggetto sociale esclusivo non va infatti inteso come divieto delle società così dette *multiutilities*, ma rafforza la regola dell'esclusività (o meglio della prevalenza dell'attività) evitando che dopo l'affidamento la società possa andare a fare altro (Cons. Stato, Sez. III, 25 settembre 2007, n. 322 e Sez. II, 18 aprile 2007, n. 456).

In altri termini l'esclusività dell'oggetto sociale va opportunamente riferita ad un duplice aspetto:

- le società a partecipazione pubblica devono indicare nell'oggetto sociale in maniera determinata e specifica l'attività produttiva o funzionale che svolgeranno;
- gli stessi soggetti – a tutela dei terzi – devono precisare

nell'oggetto sociale che possono operare esclusivamente con i soggetti costituenti, partecipanti o affidanti.

L'esclusività dell'oggetto sociale richiesta dalla norma non è ostativa ad una società che operi sia nel campo dei servizi pubblici locali, che nel campo dei servizi strumentali. Una volta ammesso (comma primo dell'art. 13) che le società costituite o partecipate da amministrazioni pubbliche possono liberamente operare solo con le amministrazioni socie, limitarne l'oggetto ad una sola attività economica non significherebbe altro che spingere alla costituzione di una pluralità di società monoservizio, controllate da un medesimo soggetto pubblico, in totale spregio ai canoni di efficienza, efficacia ed economicità il cui rigoroso rispetto è principio generale dell'ordinamento.