

La società *in house* tra modelli nazionali e ripensamenti comunitari

Chiara Alberti

Sommario

1. *Il modello dell'in house nell'elaborazione della Corte di Giustizia* – 2. *In particolare, il controllo analogo* – 3. *Il caso del Regolamento Trasporti* – 4. *La dimensione nazionale dell'in house* – 5. *Gli interventi normativi in materia di SPL e di in house in particolare.*

1. *Il modello dell'in house nell'elaborazione della Corte di Giustizia*

In questo ultimo decennio, si è affermato, fra le modalità gestorie dei servizi pubblici locali, il modello dell'*in house providing*, espressione che descrive un fenomeno di “autoproduzione”, in cui l'amministrazione, nell'ambito della libertà di scelta fra i modelli organizzativi e gestori, decide di attingere a risorse proprie, ovvero di ricorrere ad amministrazioni ad essa collegate in maniera così profonda da indurre a ritenere che si tratti di proiezioni organizzative dell'amministrazione stessa, come nel caso delle società *in house*. Il ricorso a tale sistema si pone in contrapposizione al modello dell'esternalizzazione e rappresenta una ipotesi residuale in quanto derogatoria rispetto al ricorso al mercato, la cui definizione e “perimetrazione” sono state affidate, da parte dei giudici nazionali, all'opera interpretativa della Corte di Giustizia.

Ferma restando la neutralità dell'ordinamento comunitario rispetto alle scelte interne, l'unico limite imposto è che l'affidamento *in house* avvenga in presenza di un effettivo rapporto di delegazione interorganica e l'opera quasi nomopoietica dei giudici comunitari si è sviluppata per individuare gli indici rivelatori della sussistenza del suddetto legame.

È possibile individuare tre filoni della giurisprudenza comunitaria in

materia, sintomatici del carattere dinamico ed evolutivo dell'istituto dell'*in house*, difficilmente inquadrabile in schemi logico-giuridici rigidi e precostituiti.

Se nelle prime sentenze (dalla fine del 1990 al 2005), la Corte di Giustizia ha progressivamente enucleato una serie di indici ampi e flessibili, non ritenendo necessaria una specificazione più stringente, a fronte di un fenomeno ritenuto (erroneamente) limitato, è con la sentenza *Teckal* che sono stati codificati i due requisiti rivelatori della sussistenza di tale rapporto di delegazione interorganica. Un primo requisito di tipo strutturale, quale il controllo analogo operato dall'ente pubblico sul soggetto aggiudicatario e un secondo requisito di tipo funzionale, quale il prevalente svolgimento dell'attività da parte del soggetto aggiudicatario in favore dell'ente controllante, entrambi, ancorché non dettagliatamente declinati, sono stati oggetto di una interpretazione restrittiva, proprio in ragione della eccezionalità dell'*in house providing*. A partire dal 2005, constatato il crescente ricorso a tale figura e al prisma di ipotesi possibili che si andavano prefigurando, la Corte ha provveduto ad individuare in modo più dettagliato e stringente le condizioni di ammissibilità, per evitare elusioni dei limiti generici indicati nelle prime pronunce, con particolare riferimento all'ipotesi di società mista. Con riferimento al requisito del controllo analogo, se inizialmente la Corte riteneva che, affinché una società mista a prevalente capitale pubblico potesse considerarsi come facente parte della pubblica amministrazione, era determinante la concreta configurazione del rapporto, mentre non era di per sé decisiva l'entità della partecipazione, successivamente ha mutato la propria posizione, ritenendo necessario un potere di ingerenza nell'organizzazione della produzione del bene o del servizio e non solamente un controllo sull'attività, quale presidio esterno alla conformità dell'azione del controllato (*Parking Brixen*; *Carbotermo*; *Consorzi Alisei*), attraverso una partecipazione pubblica totalitaria (*Asociación de Empresas Forestales c. Transformación Agraria SA (TRASGA)*; *Stadt Halle*). Inoltre, 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, a breve termine, ad altri capitali e dall'espansione

territoriale dell'attività della società a tutto il territorio nazionale ed estero (*Mödling; Parking Brixen*).

2. In particolare, il controllo analogo

I giudici comunitari hanno, poi, preso esplicitamente posizione sulla complessa quanto dibattuta ipotesi di controllo analogo congiunto, chiarendo che, affinché il controllo che le autorità pubbliche socie di detta società esercitano su quest'ultima risulti analogo al controllo che esse esercitano sui propri servizi, non è necessario che il singolo socio affidante disponga di un potere di controllo individuale sulla società, ben potendo essere svolto tale controllo, anche congiuntamente da parte di più autorità socie che deliberano, se necessario, a maggioranza, rilevando unicamente la effettività del controllo esercitato sull'ente concessionario (*Coditel*).

Il pietrificato orientamento comunitario circa le condizioni necessarie per la sussistenza del requisito strutturale del controllo analogo ha cominciato gradualmente ad incrinarsi e si è inaugurato il terzo filone giurisprudenziale. A partire dal 2008, nel definire il requisito del controllo analogo, i giudici comunitari hanno affrontato la questione di una possibile partecipazione di privati, ipotesi fino ad ora assolutamente esclusa. La Corte ha affermato che l'esistenza effettiva di una partecipazione privata al capitale della società aggiudicataria "deve essere verificata nel momento dell'affidamento" dell'appalto pubblico di cui trattasi, e "in ogni caso, in via eccezionale, circostanze particolari possono richiedere che siano presi in considerazione avvenimenti intervenuti successivamente alla data di aggiudicazione dell'appalto in esame". In sintesi, la Corte ha fatto "marcia indietro" ed ha stabilito che la mera possibilità dell'ingresso di terzi privati non esclude l'esistenza del controllo analogo (C-371/05 del 2008; C-573/07).

Appare evidente che le varie declinazioni di controllo analogo: strutturale, congiunto e frazionato elaborate in questi anni presentano, come ragione ispiratrice, l'esigenza di fornire una nozione sostanziale di tale requisito, in ragione della sua effettività, attraverso una gradazione degli indici rivelatori non in via teorica, ma caso per caso, a seconda della struttura dell'ente controllante e controllore.

Tab. 1. *Requisiti dell'in house providing in sintesi*

Controllo analogo	
Strutturale	<ul style="list-style-type: none"> – Partecipazione pubblica totalitaria – Assenza di vocazione commerciale, i cui indici rivelatori sono, ad esempio: <ul style="list-style-type: none"> • ampliamento dell'oggetto sociale; • apertura obbligatoria della società, a breve termine, ad altri capitali; • espansione territoriale dell'attività su tutto il territorio nazionale e all'estero
Congiunto	<ul style="list-style-type: none"> – Partecipazione pubblica congiunta: <ul style="list-style-type: none"> • il controllo può essere esercitato anche congiuntamente da più società, che deliberano a maggioranza
Frazionato	<ul style="list-style-type: none"> – Partecipazione di soggetti privati; <ul style="list-style-type: none"> • la mera possibilità dell'ingressi di privati, prevista in statuto, non esclude di per sé l'esistenza del controllo analogo
Svolgimento prevalente in favore dell'ente controllante	L'attività svolta – <i>in concreto</i> – dall'impresa deve essere destinata <i>principalmente</i> all'ente controllante ed ogni altra attività deve risultare marginale, utilizzando come indicatore il “fatturato” dell'impresa.

3. Il caso del Regolamento Trasporti

Il tendenziale ripensamento del controllo analogo e, quindi, dello stesso istituto dell'*in house* in un'ottica di maggiore apertura, come provano le ultime sentenze comunitarie, pare essere avvallata anche dallo stesso legislatore europeo con il Regolamento CE trasporti 1370/2007, che tra le modalità di affidamento della fornitura e della gestione dei servizi di trasporto pubblico di passeggeri prevede l'affidamento diretto (art. 5, par. 2), sia nella forma della cd. “gestione diretta in economia”, sia facendo ricorso ad un cd. “operatore interno”, sottoposto alle condizioni dell'*in house*. La novità principale del regolamento riguarda il requisito strutturale del controllo analogo, per il quale non è più richiesta la totale partecipazione pubblica. Infatti, l'art. 5, par. 2, lett. a), comma 2, prevede espressamente che “conformemente al diritto comunitario la proprietà al 100% da parte

Tab. 2. *Regolamento CE trasporti 1370/2007 – Art. 5, Aggiudicazione di contratti di servizio pubblico*

Par. 1

1. I contratti di servizio pubblico sono aggiudicati conformemente alle norme previste nel presente regolamento. Tuttavia, i contratti di servizio o i contratti di servizio pubblico di cui alle direttive 2004/17/CE o 2004/18/CE per la fornitura di servizi di trasporto di passeggeri con autobus o tram sono aggiudicati secondo le procedure di cui a dette direttive, qualora tali contratti non assumano la forma di contratti di concessione di servizi quali definiti in dette direttive. Se i contratti devono essere aggiudicati a norma delle direttive 2004/17/CE o 2004/18/CE, le disposizioni dei paragrafi da 2 a 6 del presente articolo non si applicano.

Par. 2, lett. *a) b) e c)*

2. A meno che non sia vietato dalla legislazione nazionale, le autorità competenti a livello locale, si tratti o meno di un'autorità singola o di un gruppo di autorità che forniscono servizi integrati di trasporto pubblico di passeggeri, hanno facoltà di fornire esse stesse servizi di trasporto pubblico di passeggeri o di procedere all'aggiudicazione diretta di contratti di servizio pubblico a un soggetto giuridicamente distinto su cui l'autorità competente a livello locale, o, nel caso di un gruppo di autorità, almeno una di esse, esercita un controllo analogo a quello che esercita sulle proprie strutture. Se un'autorità competente a livello locale assume tale decisione, si applicano le seguenti disposizioni:

a) al fine di determinare se l'autorità competente a livello locale esercita tale controllo, sono presi in considerazione elementi come il livello della sua rappresentanza in seno agli organi di amministrazione, di direzione o vigilanza, le relative disposizioni negli statuti, l'assetto proprietario, l'influenza e il controllo effettivi sulle decisioni strategiche e sulle singole decisioni di gestione. Conformemente al diritto comunitario, la proprietà al 100% da parte dell'autorità pubblica competente, in particolare in caso di partenariato pubblico-privato, non è un requisito obbligatorio per stabilire il controllo ai sensi del presente paragrafo, a condizione che vi sia un'influenza pubblica dominante e che il controllo possa essere stabilito in base ad altri criteri;

b) il presente paragrafo si applica a condizione che l'operatore interno e qualsiasi soggetto sul quale detto operatore eserciti un'influenza anche minima esercitino le loro attività di trasporto pubblico di passeggeri all'interno del territorio dell'autorità competente a livello locale, escluse eventuali linee in uscita o altri elementi secondari di tali attività che entrano nel territorio di autorità competenti a livello locale vicine, e non partecipino a procedure di gara per la fornitura di servizi di trasporto pubblico di passeggeri organizzate fuori del territorio dell'autorità competente a livello locale;

c) in deroga alla lettera *b)*, un operatore interno può partecipare a una procedura di gara equa da due anni prima che termini il proprio contratto di servizio pubblico ad aggiudicazione diretta, a condizione che sia stata adottata la decisione definitiva di sottoporre a procedura di gara equa i servizi di trasporto di passeggeri coperti dal contratto dell'operatore interno e che questi non abbia concluso nessun altro contratto di servizio pubblico ad aggiudicazione diretta

dell'autorità pubblica, in particolare in caso di partenariato pubblico-privato, non è un requisito obbligatorio per stabilire il controllo analogo a condizione che vi sia un'influenza pubblica dominante e che il controllo possa essere stabilito in base ad altri criteri”.

Giudice e legislatore europeo stanno aprendo nuove frontiere e hanno assunto posizioni sintomatiche della necessità di disancorare l'ammissibilità del ricorso all'*in house* a condizioni monolitiche, preso atto della continua evoluzione dei sistemi gestori ed organizzativi, che richiedono valutazioni non esclusivamente aprioristiche.

4. La dimensione nazionale dell'in house

Sul piano nazionale, con riferimento al primo requisito del controllo analogo, condizione indispensabile è che l'ente possieda l'intero pacchetto azionario della società affidataria (Cons. St., ad. plen., 1/2008; Cons. St., sez. V, 13 luglio 2006, n. 4440; in precedenza Cons. St., sez. V, 22 dicembre 2005, n. 7345 aveva ritenuto che la quota pubblica dovesse essere comunque superiore al 99%). In ogni caso, la partecipazione pubblica totalitaria costituisce un elemento necessario, ma non sufficiente, servendo maggiori strumenti per un controllo effettivo, e non solo formale o apparente, di controllo da parte dell'ente rispetto a quelli previsti dal diritto civile (Cons. giust. reg. sic., 4 settembre 2007, n. 719). In particolare: *a*) lo statuto della società non deve consentire che una quota del capitale sociale, anche minoritaria, possa essere alienata a soggetti privati (Cons. St., sez. V, 30 agosto 2006, n. 5072); *b*) 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. St., sez. VI, 3 aprile 2007, n. 1514); *c*) 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, a breve termine, ad altri capitali; dall'espansione territoriale dell'attività della società a tutta l'Italia e all'estero (Cons. St., sez. V, 26 agosto 2009, n. 5082); *d*) le decisioni più importanti devono essere sottoposte al vaglio preventivo dell'ente affidante (Cons. St., sez. V, 8 gennaio 2007, n. 5).

Il giudice nazionale, nell'affrontare la questione di partecipazioni pubbliche plurime, ha seguito l'orientamento comunitario sul concetto di "controllo analogo congiunto" ed ha sostenuto che il requisito del controllo analogo necessario per ritenere legittimo l'affidamento *in house* di servizi pubblici ad una società di società partecipate da più enti pubblici "non sottende una *logica dominicale*, rivelando piuttosto una dimensione funzionale: affinché il controllo sussista anche nel caso di una pluralità di soggetti pubblici partecipanti al capitale della società affidataria non è indispensabile che ad esso corrisponda simmetricamente un 'controllo' della *governance* societaria" (Cons. St., sez. V, 29 dicembre 2009, n. 8970; 9 marzo 2009, n. 1365; 30 aprile 2009, n. 2765; 28 settembre 2009, n. 5808).

Con riferimento, poi, al requisito funzionale del "prevalente svolgimento dell'attività in favore dell'ente controllante", la giurisprudenza nazionale ha fatto propria la nozione elaborata dalla giurisprudenza *Teckal*, secondo cui un'impresa svolge la parte più importante della sua attività con l'ente che la detiene se l'attività di detta impresa è destinata *principalmente* all'ente in questione e ogni altra attività risulta marginale, di cui indicatore utile per valutare tale requisito è il "fatturato". Inoltre, tale requisito funzionale sussiste sia nel caso di prestazioni svolte nei confronti dell'ente controllante (prestazioni strumentali allo svolgimento delle funzioni tipiche dell'amministrazione) sia nel caso di prestazioni svolte per conto della stessa (*Carbotermo e Consorzio Alisei*, 11 maggio 2006, causa C-340/04; *Commissione contro Italia*, 17 luglio 2008, causa C-371/05), considerate, in concreto, tutte le attività svolte dalla stessa, a prescindere da chi le remuneri e dall'ambito territoriale in cui sono svolte (C-340/04). Anche la Corte costituzionale si è espressa con riferimento al requisito funzionale del prevalente svolgimento dell'attività in favore dell'ente controllante (sentenza 23 dicembre 2008, n. 439), e richiamata la giurisprudenza comunitaria sul punto, ha ritenuto necessario che il soggetto beneficiario dell'affidamento destini la propria attività principalmente a favore dell'ente e la circostanza che effettui prestazioni non del tutto marginali a favore di altri soggetti renderebbe tale impresa attiva sul mercato, con una conseguente deviazione rispetto al rigido modello europeo ed una alterazione delle regole concorrenziali. La Consulta

ha citato la sentenza *Carbotermo*, nella parte in cui demanda al giudice competente la valutazione di tutte le circostanze di specie, sia qualitative che quantitative, idonee a suffragare o meno l'integrazione del requisito funzionale.

5. Gli interventi normativi in materia di SPL e di in house in particolare

I timidi ripensamenti giurisprudenziali e normativi avvenuti a livello europeo pongono giudice, legislatore ed operatori nazionali di fronte a scenari mutati e a soluzioni interpretative di non poco conto, che vanno ad incidere sul quadro normativo interno in materia di servizi pubblici locali, già di per sé oggetto di un lungo processo di riforma, che sembrava aver raggiunto un punto di arrivo nell'art. 23-bis, del decreto legge 25 giugno 2008, n. 112.

Invece, a seguito dell'esito del *referendum* del 12 e 13 giugno 2011, tale disposizione, unitamente al regolamento attuativo di cui al d.P.R. 168/2010, è stata abrogata (con effetto dal 21 luglio 2011 per effetto del d.P.R. 18 luglio 2011, n. 113), lasciando un vuoto normativo da colmare, in quanto – come sancito dalla Corte costituzionale (sentenza 24/2010), chiamata a pronunciarsi circa l'ammissibilità del quesito referendario,

[...] all'abrogazione dell'art. 23-bis, da un lato, non conseguirebbe alcuna reviviscenza delle norme abrogate da tale articolo (reviviscenza, del resto, costantemente esclusa in simili ipotesi sia dalla giurisprudenza di questa Corte – sentenze 31/2000 e 40/1997 –, sia da quella della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato); dall'altro, conseguirebbe l'applicazione immediata nell'ordinamento italiano della normativa comunitaria (come si è visto, meno restrittiva rispetto a quella oggetto di *referendum*) relativa alle regole concorrenziali minime in tema di gara ad evidenza pubblica per l'affidamento della gestione di servizi pubblici di rilevanza economica [...].

Occorre ricordare che l'art. 23-bis affermava la regola generale di affidamento tramite gara dei servizi locali di rilevanza economica e prevedeva un limitato ricorso all'affidamento *in house*, qualora si fossero verificate le situazioni cd. eccezionali di cui al comma 3, cioè quelle situazioni che “a causa di peculiari caratteristiche economiche,

sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace e utile ricorso al mercato”, tale quindi da legittimare il ricorso all’affidamento diretto del servizio, in deroga al regime ordinario delle procedure ad evidenza pubblica. L’articolo annoverava, oltre a società a capitale interamente pubblico e a società partecipate dall’ente locale, espressamente anche le società che presentassero i requisiti richiesti dall’ordinamento comunitario per la gestione cosiddetta *in house* e che, comunque, operassero nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria in materia di controllo analogo sulla società e di prevalenza dell’attività svolta dalla stessa con l’ente o gli enti pubblici che la controllano.

Come detto, tale disposizione è stata abrogata e per porre rimedio alla *vacatio legis* che si è venuta a creare, il legislatore nazionale è intervenuto con l’art. 4 (Adeguamento della disciplina dei servizi pubblici locali al *referendum* popolare e alla normativa dell’Unione europea della legge 14 settembre 2011, n. 148 “Conversione in legge, con modificazioni, del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, recante ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo. Delega al Governo per la riorganizzazione della distribuzione sul territorio degli uffici giudiziari”).

Il nuovo art. 4 – il cui ambito di applicazione riguarda tutti i servizi pubblici locali a rilevanza economica ad esclusione del servizio idrico integrato; del servizio di distribuzione di gas; del servizio di distribuzione di energia elettrica; del servizio di trasporto ferroviario regionale e della gestione delle farmacie (comma 34) – al comma 1 definisce innanzitutto la cornice entro cui gli enti locali devono procedere alla gestione di tali servizi, codificando i principi ispiratori, di matrice comunitaria, quali il principio di concorrenza, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi. Stabilisce, altresì, la regola per cui gli enti locali devono verificare la realizzabilità di una gestione concorrenziale di tali servizi, procedendo così alla liberalizzazione di tutte le attività economiche compatibilmente con le caratteristiche proprie dei servizi pubblici, quali universalità ed accessibilità. Infine, gli enti locali nei casi in cui non è possibile intraprendere tale via, sono chiamati a limitare i diritti di esclusiva alla luce di una analisi di mercato, ai casi in cui la libera iniziativa eco-

nomica privata risulti non idonea a garantire un servizio rispondente ai bisogni della comunità. Al termine della verifica sopra descritta, l'ente deve provvedere ad una classificazione preliminare dei servizi di interesse economico generale che possono essere espletati dai privati in regime di libera concorrenza e di quelli in cui risulti necessaria l'attribuzione di un diritto di esclusiva. L'istruttoria espletata deve tradursi in una delibera quadro che, previa pubblicazione, deve essere inviata all'Autorità garante della concorrenza e del mercato. La procedura sopra prevista è condizione per l'affidamento ed il rinnovo dell'affidamento della gestione dei servizi. La verifica di realizzabilità della gestione concorrenziale (e la conseguente delibera), secondo quanto dispone il comma 4, deve essere compiuta entro il 13 agosto 2012, ma anche periodicamente secondo i rispettivi ordinamenti degli enti locali nonché prima di procedere al conferimento e al rinnovo della gestione dei servizi.

In particolare, il comma 12 disciplina la *gara a doppio oggetto* e sul punto la manovra conserva interamente nel nuovo impianto normativo la configurazione che le aveva dato il legislatore prima dell'abrogazione referendaria, quale procedura avente ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio, "al quale deve essere conferita una partecipazione non inferiore al 40%" e l'attribuzione di "specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio". Al riguardo, il bando o la lettera di invito, analogamente a quanto disposto dal caducato art. 3 del regolamento attuativo dell'art. 23-*bis*, deve prevedere che: *a*) i criteri di valutazione delle offerte basati su qualità e corrispettivo del servizio prevalgano su quelli riferiti al prezzo delle quote societarie; *b*) il socio privato svolga gli specifici compiti operativi per l'intera durata del servizio e che, diversamente, si proceda a un nuovo affidamento; *c*) siano previsti criteri e modalità di liquidazione del socio privato alla cessazione della gestione (art. 4, comma 12). I bandi (o lettere invito) relativi alle procedure di gara cd. a doppio oggetto devono prevedere, fra l'altro, modalità di liquidazione del socio privato alla cessazione della gestione nonché lo svolgimento di specifici compiti operativi per l'intera durata del servizio.

Il comma 13 disciplina le ipotesi di affidamento *in house* e stabilisce che, ferme restando le condizioni soggettive enucleate dalla giurispru-

denza comunitaria (“controllo analogo” e “dell’attività prevalente”) per il ricorso a tale modulo, le condizioni oggettive, caratterizzanti la riforma operata con l’art. 23-*bis*, sono state sostituite con una soglia di valore degli affidamenti. Per cui l’affidamento *in house* è ammesso qualora il valore dell’affidamento sia pari o inferiore ai 900.000 euro, al di sotto dei quali gli enti locali sono legittimati a scegliere di ricorrere all’auto-produzione dei servizi. La nuova disposizione ammette l’affidamento diretto *in house* come modulo gestionale eccezionale rispetto alla gara ed introduce una disciplina più rigorosa di quella di derivazione comunitaria proprio perché circoscrive le ipotesi di affidamento diretto *in house* ai servizi pubblici locali di valore economico limitato. Infatti, con l’innalzamento dell’asticella dell’affidamento “fino a 900.000 euro di valore complessivo” si dilata la possibilità per gli enti locali di gestire un servizio pubblico di rilevanza economica in regime di auto-produzione. Tale operazione, tuttavia, non si pone in contrasto con il dettato costituzionale, alla luce di quanto stabilito dalla Corte costituzionale nella sentenza 325/2010 con riferimento all’art. 23-*bis* del d.l. 112/2008, laddove affermava che la normativa comunitaria costituisce solo un “minimo” inderogabile per Stati membri, potendo il legislatore statale – competente a disciplinare le modalità gestionali dei servizi pubblici locali a rilevanza economica in via esclusiva trattandosi della materia “tutela della concorrenza” – introdurre legittimamente regole concorrenziali più rigorose di quelle “minime” di derivazione comunitaria.

In merito alle disposizioni del decreto afferenti ai servizi pubblici locali era intervenuta anche l’Autorità garante della concorrenza e del mercato, con apposito atto di segnalazione AS864 del 26 agosto 2011. Secondo l’AGCM, il decreto, introducendo una soglia pari a 900.000 euro al di sotto della quale la gara per la scelta del gestore dei servizi non è obbligatoria, finiva per configurare, per alcuni settori di attività economica, una sottrazione quasi integrale dai necessari meccanismi di concorrenza per il mercato. L’Antitrust osservava altresì che il sistema di esenzioni dall’obbligo di gara, così configurato, si sarebbe prestato facilmente a comportamenti elusivi da parte delle amministrazioni pubbliche: sarebbe stato sufficiente frazionare gli affidamenti in tante *tranche*, ciascuna di valore inferiore a 900.000 euro, per poterle

poi attribuire tutte direttamente ad una società controllata. Tuttavia il monito dell'AGCM è rimasto inascoltato.

Secondo l'Authority:

[...] l'impianto normativo ora proposto si differenzia da quello precedente per un aspetto di rilievo, riguardante la scelta tra procedura a evidenza pubblica o affidamento diretto del servizio. Nel precedente regime, la gara era lo strumento privilegiato, derogabile in presenza di situazioni eccezionali (art. 23-*bis* comma 3) in cui l'affidamento *in house* era consentito previa richiesta di parere all'Autorità. Ora viene stabilita una soglia (valore dell'affidamento pari a 900.000 euro annui) al di sopra della quale la gara è obbligatoria, mentre al di sotto la gara è possibile, ma non necessaria (comma 13 dell'art. 4). L'eccezionalità della situazione che non consente il ricorso al mercato viene dunque approssimata da un ben preciso valore economico del servizio, che però non può sostituirsi in maniera efficace a tutte le realtà in cui la gara non è esperibile, realtà che presentano necessariamente caratteristiche molto differenziate sotto i vari aspetti che la formulazione del precedente art. 23-*bis* aveva colto. In ogni caso, nell'assenza di precise indicazioni sui criteri di scelta adottati per la definizione della soglia, l'Autorità osserva che questa appare oggettivamente elevata, tale da poter determinare, per alcuni settori di attività economica, una sottrazione quasi integrale dai necessari meccanismi di concorrenza per il mercato. In ogni caso, il sistema di esenzioni dall'obbligo di gara così configurato si presta facilmente a comportamenti elusivi da parte delle amministrazioni che non intendono procedere agli affidamenti tramite gara dei servizi pubblici locali: sarebbe sufficiente frazionare gli affidamenti in tante *tranche*, ciascuna di valore inferiore a 900.000 euro annui, per poterle poi attribuire tutte direttamente a controllate *in house*. Il sistema ora introdotto appare dunque meno efficace di quello in vigore in precedenza, né sembra possa essere migliorato con modifiche al ribasso della soglia, data l'arbitrarietà con cui qualsiasi valore verrebbe eventualmente determinato. L'Autorità ritiene, a tale proposito, opportuna la regola della gara obbligatoria salvo particolari situazioni locali di cui dimostrare l'esistenza da parte dell'ente affidante.

Il comma 14 estende le regole del patto di stabilità alle società *in house*, il comma 15 l'applicazione del codice degli appalti sia alle società *in house* che alle società miste. Il comma 16, nel richiamare il comma 3 dell'art. 32 del codice appalti sancisce che se il socio privato è stato scelto con procedure di evidenza pubblica e se la società eroga di-

rettamente il servizio per il 70% del medesimo, la stessa opera senza applicare il codice appalti.

Il comma 32 contiene disposizioni di regime transitorio in relazioni alle quali sussistono problematiche in relazione alla continuità della presente disciplina rispetto all'abrogato comma 8 dell'art. 23-bis già citato. Come già avvenuto in passato, dunque, viene disciplinato il regime transitorio degli affidamenti non più conformi a quanto stabilito dal decreto legge. In particolare, il comma 32 prevede scadenze diversificate a seconda della varie circostanze codificate. In alcuni casi (es. affidamenti diretti *in house* sopra il parametro economico dei 900.000 euro annui), le gestioni non conformi scadono automaticamente ed improrogabilmente (senza cioè che sia necessaria apposita delibera da parte dell'ente affidante) alla data prefissata, mentre in altri specifici casi, le gestioni non conformi cessano, a determinate condizioni, alla data di scadenza naturale fissata dai contratti di servizio. In particolare gli affidamenti diretti di servizi sopra i 900.000 euro sono destinati a cessare entro la data di fine marzo 2012 mentre gli affidamenti a società miste, qualora la selezione abbia riguardato soltanto la qualità di socio e non anche la contestuale attribuzione di compiti operativi, sono destinati a cessare entro il successivo mese di giugno 2012.

L'articolato quadro normativo e giurisprudenziale – nazionale e comunitario – descritto costituisce la cornice entro cui la società *in house* si deve collocare. Appare evidente che, dopo una prima fase di "assestamento" rispetto alle novità introdotte dal legislatore con l'art. 4 si dovrà attendere la messa a regime del nuovo sistema per vederne i risvolti pratici e la compatibilità del modello dell'*in house*, con una disciplina europea di maggiore *favor*.

