

Nomos Appalti srl

Servizio di Consulenza agli Enti Locali

Roma, 11 dicembre 2009

Circolare n. 103/2009

**AI SIGG.RI PRESIDENTI
CONFSERVIZI MARCHE E PUGLIA
A TUTTI GLI ASSOCIATI**

**AL SIG. PRESIDENTE
CONSIGLIO NAZIONALE DEGLI INGEGNERI**

**E A TUTTI GLI ALTRI
ENTI, AZIENDE E SOCIETA'
- LORO SEDI -**

OGGETTO: LA RIFORMA DEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI DI RILEVANZA ECONOMICA.

Con l'approvazione definitiva ad opera della Camera, il decreto- legge 135 del 25 settembre 2009 è stato convertito in legge 166/09, pubblicata sulla G.U.R.I. n. 274 del 24 novembre 2009, S.O. n. 215.

Si chiudono, quindi, le porte alla riforma dei SS.PP.LL. contenuta all'art. 15 della legge 166, con la *deregulation* dell'acqua e di altri servizi pubblici locali, dopo un *iter* parlamentare che ha visto susseguirsi varie proposte legislative nel corso degli ultimi anni.

Non va tralasciato di considerare che scelte di indirizzo e principi fondamentali della materia sono, comunque, rinviate all'emanazione di un regolamento governativo, in via di definizione da parte degli uffici ministeriali preposti.

Considerata la rilevanza delle nuove norme ed i riflessi che esse possono determinare sull'attività degli enti locali e delle società strumentali deputate alla gestione dei SS.PP.LL., il Servizio ritiene utile offrire un breve contributo illustrativo dei contenuti essenziali della novella legislativa, tenendo conto dell'art. 23-*bis* del d.l. 112/08 (come convertito dalla legge n. 133/08), come modificato dall'art. 15 della legge 166/09, e degli artt. 113 e 113-*bis* del d.lgs. 267/00.

1. Innanzitutto, va precisato che l'art 23 bis non si applica ai servizi pubblici di rilevanza non economica.

Questi ultimi potranno essere affidati ai sensi dell'art 113 bis d.lgs 267/00; quindi, salve le disposizioni previste per i singoli settori, i servizi pubblici locali privi di rilevanza economica sono gestiti mediante affidamento diretto a:

a) istituzioni;

b) aziende speciali, anche consortili;

c) società a capitale interamente pubblico a condizione che gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano.

E' tuttora ammessa la gestione in economia quando, per le modeste dimensioni o per le caratteristiche del servizio, non sia opportuno procedere ad affidamento ai soggetti di cui alle precedenti lettere.

Resta fermo che gli enti locali possono procedere all'affidamento diretto dei servizi culturali e del tempo libero anche ad associazioni e fondazioni da loro costituite o partecipate.

Per quanto concerne, invece, il regime dei servizi pubblici economici, sono e restano esclusi dall'art. 23 bis i servizi pubblici relativi alla distribuzione del gas (d.lgs. 164/00), alla distribuzione della energia elettrica (d.lgs. 79/99 e L. 239/04), al trasporto ferroviario regionale (d.lgs. 422/97) e alla gestione alle farmacie comunali (legge 475/68; esclusione questa aggiunta dalla novella legge 166).

Non rientra nell'ambito della disciplina dell'art. 23 bis e della novella il regime della proprietà delle reti; tuttora la proprietà può essere trasferita a società a totale capitale pubblico; vige in materia la disciplina dell'art 113 d.lgs 267/00, senz'altro non abrogata dall'art 23 bis, che ha un ambito diverso, concernendo appunto la gestione dei servizi pubblici economici e non la proprietà delle reti.

2. La nuova normativa conferma che il conferimento della gestione dei servizi pubblici locali avviene, in via ordinaria:

a) a favore di imprenditori o di società in qualunque forma costituite individuati mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi del Trattato U.E. e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento e proporzionalità;

b) a società a partecipazione mista pubblica e privata, a condizione che la selezione del socio avvenga mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi di cui alla lettera a), le quali abbiano ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione di **specifici** compiti operativi (la parola in grassetto è stata introdotta dalla legge 166/09) connessi alla gestione del servizio e che al socio sia attribuita una partecipazione non inferiore al 40 per cento.

3. Si conferma l'ammissibilità dell'affidamento domestico o c.d. *in house*, ma in via del tutto eccezionale.

Più in particolare si stabilisce (art. 23 bis, comma terzo) che, in deroga alle modalità di affidamento ordinario di cui alle precedenti lettere a) e b), per situazioni eccezionali che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace e utile ricorso al mercato, l'affidamento può avvenire a favore di società a capitale interamente pubblico, partecipata dall'ente locale, che abbia i requisiti richiesti dall'ordinamento comunitario per la gestione cosiddetta "in house" e, comunque, nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria in materia di controllo analogo sulla società e di prevalenza dell'attività svolta dalla stessa con l'ente o gli enti pubblici che la controllano.

La predetta configurazione della gestione *in house* in termini di modulo eccezionale e derogatorio rispetto alle modalità di affidamento ordinario (ossia rispetto agli affidamenti disposti mediante gara in favore di soggetti terzi, ivi comprese le società miste ex comma 2, lettera b, dell'art 23 bis) appare eccessivamente rigorosa e non del tutto giustificabile nella prospettiva comunitaria.

L'istituto dell'*in house* concretizza, in realtà, una modalità di svolgimento di prestazioni direttamente da parte dell'apparato pubblico (la società *in house* opera, deve operare per essere tale, alla stregua di un ufficio dell'Ente socio di riferimento; il punto è pacifico), sicché il ricorso ad esso è alternativo e, comunque, non derogatorio rispetto all'affidamento a terzi.

Non è, inoltre, *eccezionale* nella prospettiva dei principi dell'ordinamento comunitario cui la novella dichiara di conformarsi.

In effetti, la stessa Corte di Giustizia CE ha più volte ribadito che un'Autorità pubblica può adempiere ai compiti di interesse pubblico ad essa incombenti, mediante propri strumenti, senza essere obbligata a far ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi e che può farlo, altresì, in collaborazione con altre Autorità amministrative, anche costituendo soggetti *ad hoc*, controllati secondo il paradigma della nota sentenza Teckal ¹.

Risulta, quindi, forte l'incisione della facoltà - garantita anche dalla Carta Costituzionale - di autoorganizzazione dell'ente locale, attese le implicazioni correlate al rispetto del presupposto della eccezionalità dell'intervento *in house*, all'obbligo di acquisire preventivamente il parere dell'AGCM ed alla sostanziale predeterminazione legislativa dei parametri necessari per rendere ammissibile l'intervento diretto dell'ente stesso ("peculiari caratteristiche economico, sociali, ambientali ...").

Comunque, non si registrano, allo stato, puntuali e significative novità sul versante delle attività suscumbibili ad oggetto di pubblico servizio. Inoltre, appare incerto il quadro delle attività in gestione esclusiva, poiché l'art. 23 bis, da un lato, sembra imporre già nell'attualità un obbligo (invero non ben delineato) di ricorrere in via preferenziale al mercato (in tal senso la disposizione del comma 3: "...per situazioni eccezionali, che a causa di peculiari caratteristiche..... non

¹ Cfr., da ultimo: Corte di Giustizia CE 13 novembre 2008, causa C 324/07; ID., 9 giugno 2009, causa C 480/06.

Nomos Appalti srl

Servizio di Consulenza agli Enti Locali

permettono un efficace e utile ricorso al mercato..”); d’altro, rinvia, invece, decisamente ad un successivo intervento del Governo per limitare, secondo criteri di proporzionalità, sussidiarietà orizzontale e razionalità economica, i casi di gestione in regime di esclusiva dei servizi pubblici locali (comma 8, lettera g dell’art. 23 bis).

3.1 Per quanto concerne i parametri comunitari sulla gestione *in house*, il legislatore interno ha giustamente preferito un rinvio dinamico all’orientamento comunitario in luogo della menzione puntuale di quelle che sono, allo stato, le condizioni inderogabili enucleate sulla materia dalle sentenze della Corte di Giustizia CE, ciò verosimilmente nel convincimento che possa esserci una evoluzione soprattutto sul concetto di dominio esercitato sulla società strumentale².

Comunque, allo stato i parametri comunitari sono: partecipazione totalitaria nella società strumentale (un solo soggetto pubblico o più soggetti pubblici; è inammissibile la partecipazione del privato); controllo sulla società partecipata analogo a quello che si esercita su un proprio ufficio; la società deve operare in via quasi esclusiva con l’ente di riferimento.

Per poter proceder alla gestione *in house* occorre richiedere un parere all’AGCM (Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato), la quale deve esprimersi entro 60 giorni, intendendosi il parere non reso nel prescritto termine come parere favorevole.

La legge 166/09 ha stabilito che, con l’emanando regolamento, saranno determinate le soglie sotto le quali non occorre richiedere il parere (in precedenza, la normativa conferiva siffatto potere in capo alla AGCM).

4. La legge 166/09, di conversione dell’art. 15 D.L.135/09, ha modificato sensibilmente il regime transitorio degli affidamenti *in house*, non incardinati anche sulle peculiari condizioni di mercato, di cui al comma 3 dell’art 23 bis.

La originaria formula dell’art 15 cit. destava qualche perplessità sia in ordine al regime applicabile a tale modulo, sia in ordine alla effettiva possibilità di convertire la gestione *in house* in gestione a società mista, cedendo ai privati una quota pari al 40%, ciò al fine di non far decadere le gestioni in corso alle scadenze “brevi” fissate dal legislatore

4.1 Giova accennare al dibattito sorto sull’originario art. 15 per apprezzare la portata delle intervenute variazioni normative. In merito, nelle more della emanazione della legge di conversione, abbiamo rilevato quanto segue: <<Non lineare risulta il regime transitorio per gli affidamenti *in house* pendenti alla data di entrata in vigore dell’art. 23 bis.

Il comma 8 dell’articolo 23 bis, nella versione successiva al D.L. 135/09, ma precedente alla legge di conversione n. 166/09, in questione stabilisce: “ Il regime transitorio degli affidamenti non conformi a quanto previsto ai commi 2 e 3 è il seguente: a)le gestioni in essere alla data del 22 agosto 2008 affidate conformemente ai principi comunitari in materia cosiddetta in house cessano, improrogabilmente, e senza necessita di deliberazione da parte dell’ente affidante , alla data del 31 dicembre 2011.....(omissis)”.

² Sottolineata favorevolmente la scelta effettuata dal legislatore d’urgenza in ordine al rinvio dinamico alla giurisprudenza comunitaria sul “controllo analogo” anche S. Tarullo, *Il restyling nella gestione dei servizi pubblici locali: osservazioni minime sull’art 23 bis del D. L. 112/08, come riformato dal D.L. 135/09, in Giust. Amm, sett.2009.*

Nomos Appalti srl

Servizio di Consulenza agli Enti Locali

In base all'incipit risulterebbero fatti salvi, e non soggetti alle scadenze previste dal comma 8, gli affidamenti pendenti conformi al comma 2 (affidamenti con gara effettuati a imprese/società esclusivamente in mano privata e/o a società miste), nonché quelli conformi alle regole del cd in house, sempreché, nel caso di quest'ultimi, si tratti di gestioni radicate sulle ulteriori condizioni del comma 3 e, in particolare, sulla impossibilità di ricorrere utilmente al mercato (correttamente non è richiamato il comma 4, perché, nel mentre è possibile che i rapporti pendenti risultino di fatto allineati al comma 3 ancor prima della emanazione dell'art 23 bis, gli stessi, invece, non possono oggettivamente risultare conformi, se precedenti alla data del 22 agosto 2008, all'obbligo della preventiva acquisizione del parere dell'AGCM, in effetti, non previsto, né imposto prima di quella data).

Ma, analizzando le fattispecie descritte nelle lettere a), b), c), d) ed e) del comma 8 sembra che esse contemplino anche i casi "conformi" o, comunque, ritenuti sostanzialmente conformi ed in quanto tali esclusi dall'applicazione delle scadenze imposte improrogabilmente dall'art. 23 bis.

Così sembra accadere per la lettera c): l'ipotesi ivi contemplata è e rimane soggetta alla sua scadenza naturale (convenzionale), verosimilmente sul presupposto inespresso che essa è ritenuta sostanzialmente riconducibile al modulo della lettera b) del comma 2, da cui diverge solo perché non è imposta una quota minima di partecipazione da parte del privato.

Forse, pure con riferimento alla lettera b) del comma 8 può configurarsi un caso riconducibile ad una delle fattispecie "conformi" enucleate nell'incipit del comma 8 e segnatamente a quella relativa al comma 3, anche se in ragione della circostanza che la predetta lettera b) è centrata – stando alla lettera della norma - sulla sola sussistenza delle condizioni dell'in house secco si potrebbe, invece, affermare che essa enuclei un modulo del tutto autonomo, distinto da quello del comma 3, il quale ultimo delinea gli affidamenti che oltre ad essere rispettosi delle condizioni dell'in house sono, nel contempo, ancorati su peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali che non consentono un utile ricorso al mercato.

E allora quid iuris?

Soffermandoci sulle gestioni in house (e tralasciando il regime peculiare delle società quotate), diverse appaiono le soluzioni ermeneutiche adottabili:

il legislatore con l'incipit ha letteralmente riprodotto qualcosa di più quello (o, comunque, diverso da quello) che voleva dire, dovendosi, invece, considerare sempre fondamentale ed assorbente la portata delle successive prescrizioni del medesimo comma 8; in tale prospettiva, tutti gli affidamenti pendenti (anche quelli "conformi al comma 3") andrebbero incasellati in una delle fattispecie descritte nelle lettere a), b),c),d) ed e) del ridetto comma 8. In particolare, nel caso di gestione caratterizzata dalla sussistenza di tutte le condizioni del comma 3 sarebbe rilevante, in via di interpretazione estensiva³, la fattispecie della lettera a) e non già quella residuale della successiva lettera e), non essendo plausibile che le gestioni che oltre all'in house in senso stretto abbiano rispettato le ulteriori condizioni del comma 3 cessino il 31 dicembre 2010 e ciò prima di quelle incardinate solo sul c.d in house secco, oggetto della ridetta lettera a), che fissa la scadenza al 31 dicembre 2011⁴; il legislatore ha effettivamente inteso escludere dalle

³ Tale inquadramento avverrebbe, come già evidenziato, in via di interpretazione estensiva in quanto la fattispecie della lettera a) concerne letteralmente il cd. in house secco, senza rilievo delle altre condizioni del comma 3.

⁴ Le disposizioni delle lettere b) e c) del comma 8 dell'art 23 bis non rilevano, ai fini della questione all'esame, in quanto si occupano delle società miste; quella della lettera d) in quanto concerne il peculiare caso delle società quotate non oggetto della presente analisi. 5

Nomos Appalti srl

Servizio di Consulenza agli Enti Locali

scadenze imposte dal comma 8 gli affidamenti in essere conformi al comma 3; in tale ultimo caso sembrano plausibili due interpretazioni tra di loro alternative; segnatamente: b1) sono senz'altro fuori dal regime transitorio (e non sono soggette alle scadenze legali indicate nelle predette lettere del comma 8) le sole gestioni pendenti conformi a tutte le condizioni del comma 3; in sostanza, le gestioni incardinate sul mero in house secco, sono e restano soggette al regime transitorio, segnatamente a quello previsto dalla lettera a); b2) non vi è alcuna diversificazione sostanziale tra gestioni ex comma 3 e gestioni in house secco, tutte fatte salve e non soggette alle scadenze legali previste nel ridetto comma 8; in sostanza, secondo tale opzioni, la lettera a) del comma 8 conterrebbe un refuso, volendosi dire "non affidate conformemente..." in luogo di "affidate conformemente...".

A nostro avviso, le gestioni pendenti conformi alle condizioni del comma 3 (requisiti dell'in house accompagnati dalla sussistenza di situazioni eccezionali che non rendono efficace ed utile il ricorso al mercato) devono intendersi senz'altro fatte salve e non soggette alle scadenze fissate nelle più volte citate lettere del comma 8; esse gestioni non passano al vaglio dell'AGCM e proseguono senza soluzione di sorta, anche dopo il 31 dicembre 2011.

Il regime delle gestioni che poggiano solo sull'in house secco appare più incerto. A nostro avviso, dovrebbe risultare più logico e coerente concludere nel senso di escludere anche per esse l'applicazione della scadenza legale del 31 dicembre 2011 (e delle altre scadenze imposte dal comma 8) e di garantire la loro prosecuzione senza soluzione di continuità. Quanto precede, al fine di evitare anomalie nella gestione, anche in ragione della tutela dei diritti già sorti e dell'esigenza di dare certezza all'esecuzione dei contratti posti in essere dalla società domestica con i terzi, soprattutto nel caso di terzi titolari di contratti in corso di esecuzione i quali abbiano valutato il sinallagma e l'alea confidando negli assetti istituzionali della società domestica all'epoca del perfezionamento dei relativi accordi.

Un vuoto normativo sembra registrarsi per il caso in cui l'ente socio totalitario di riferimento della società "in house" decida di allocare sul mercato, in vista della scadenza del 31/12/2011, il 40% (o percentuali maggiori) delle azioni/quote possedute, al fine di passare al modulo delle società miste ex comma 2 lettera b), evenienza che, invero, appare molto plausibile e, comunque, ammissibile (sia perché non sussistono divieti di sorta, sia perché l'opzione implica pur sempre il ricorso ad un modulo, quello delle società miste ex comma 2 lettera b), ormai considerato "ordinario" ad ogni effetto di legge>>. ⁵

4.2 Rassegnata nei termini che precedono la questione sul diritto transitorio relativo al c.d. in house secco (ossia, ripetesi, quello non ancorato anche alle condizioni del comma 3 dell'art 23 bis, ma ai soli presupposti determinati dalla giurisprudenza comunitaria), va ribadito che la legge 166/09 ha integrato l'originaria previsione normativa proprio per consentire il passaggio dalla società in house alla società mista.

In particolare, il comma 8, lettera a) dell'art. 23 bis, secondo la versione introdotta dalla legge di conversione n. 166/09, nel confermare che le gestioni basate sull'in

⁵ Così, G. Fischione, Brevi riflessioni sulla riforma "in corso" dei servizi pubblici locali (art. 15 D. L. 135/09), in Giust Amm, ottobre 2009.6

house “secco” cessano il 31 dicembre 2011, aggiunge che esse cessano alla scadenza prevista dal contratto di servizio, a condizione che entro il 31 dicembre 2011 le amministrazioni cedano almeno il 40% del capitale attraverso le procedure di evidenza pubblica, di cui alla lettera b) del comma 2 dell’art. 23 bis. Per tale via è, dunque, possibile evitare l’applicazione della scadenza “breve” fissata dal legislatore a scadenza secca, dando stabilità e certezza ai rapporti in essere.

A nostro avviso, con la predetta procedura ad evidenza pubblica per la cessione ai privati delle azioni/quote nella misura non inferiore a quella stabilita dalla norma, si potrebbe anche stabilire una nuova e maggiore durata della gestione del servizio (rispetto a quella originariamente prevista), posto che siffatta procedura si inquadrirebbe pur sempre nel modulo delle società miste, ex art 23 bis, comma 2, lettera b) che, a regime, è modulo ordinario.

Nulla stabilisce la norma per il caso in cui la procedura di vendita delle azioni/quote dovesse andare deserta o, comunque, dovesse chiudersi non positivamente.

Se non saranno in discussione profili di anomalia correlati alla non congruità del prezzo stabilito per la vendita (ipotesi di difficile configurazione, qualora si proceda - come forse dovrà necessariamente procedersi - ad acquisire una perizia per determinare il valore dei titoli venduti), una soluzione potrebbe essere quella di ritenere che l’esito non utile della procedura di vendita costituisca un forte presupposto per deliberare il ricorso alla gestione *in house* e per ottenere il parere favorevole dalla AGCM. Il prospettato esito della vendita potrebbe, del resto, concretizzare un fatto sintomatico di una situazione che non permette un efficace ed utile ricorso al mercato.

5. Si è sopra precisato circa il regime transitorio delle società *in house* non caratterizzate dalla sussistenza delle peculiari condizioni di mercato, di cui al comma 3 dell’art. 23 bis (caratteristiche economiche, sociali, ambientali...etc etc). Completano il quadro del regime transitorio, con riferimento agli altri moduli gestionali, le seguenti previsioni:

- le gestioni affidate direttamente a società a partecipazione mista pubblica e privata, qualora la selezione del socio sia avvenuta mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi di cui alla lettera a) del comma 2 dell’art. 23 bis, le quali non abbiano avuto ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l’attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio, cessano, improrogabilmente e senza necessità di apposita deliberazione dell’ente affidante, alla data del 31 dicembre 2011;

- le gestioni affidate direttamente a società a partecipazione mista pubblica e privata, qualora la selezione del socio sia avvenuta mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi di cui alla lettera a) del comma 2, le quali abbiano avuto ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l’attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio, cessano alla scadenza prevista nel contratto di servizio;

gli affidamenti diretti assentiti alla data del 1° ottobre 2003 a società a partecipazione pubblica già quotate in borsa a tale data e a quelle da esse

controllate ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile, cessano alla scadenza prevista nel contratto di servizio, a condizione che la partecipazione pubblica si riduca anche progressivamente, attraverso procedure ad evidenza pubblica, ovvero forme di collocamento privato presso investitori qualificati e operatori industriali, ad una quota non superiore al 40 per cento entro il 3 giugno 2013 e non superiore al 30% entro il 31 dicembre 2015; ove siffatte condizioni non si verificano, gli affidamenti cessano improrogabilmente e senza necessità di apposita delibera da parte dell'ente affidante rispettivamente alle date del 30 giugno 2013 e 31 dicembre 2015;

- le gestioni affidate che non rientrano nelle precedenti fattispecie o in quella più sopra esaminata relativa all'*in house*, i casi di cui alle lettere da a) a d) cessano comunque entro e non oltre la data del 31 dicembre 2010, senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante

6. Il privato che acquista il 40%, o più, della società mista, a seguito di procedura di evidenza pubblica, è destinato ad assumere, verosimilmente, il ruolo di socio operativo o industriale.

Per quanto concerne le implicazioni gestionali correlate alla scelta del socio, si osserva quanto segue.

Sembra che il socio stesso oltre ad avere poteri manageriali forti nella gestione societaria (si ricorre alle società miste per avvalersi della perizia del socio privato, all'uopo selezionato) possa eseguire direttamente (se in possesso dei prescritti requisiti di idoneità) le attività affidate alla società, senza che il passaggio società-socio configuri appalto o subappalto.

D'altro canto, le prestazioni eseguibili devono risultare oggetto specifico e puntuale della gara diretta ad individuare il socio (la legge si riferisce espressamente alla indicazione di "*specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio...*"), sicché tutti gli operatori sono posti nella condizione di apprezzare, in trasparenza, i benefici che conseguono alla scelta del socio privato. Tuttavia, la carenza di un'espressa previsione analoga a quella riscontrabile per le società di progetto, ex art. 156 del Codice Contratti Pubblici, e la portata applicativa che viene nella prassi conferita al divieto di cessione del contratto contenuto nell' art. 118 del d.lgs. 163/06, potrebbero generare perplessità operative, considerato, peraltro, che analoghe difficoltà interpretative sono sorte pure in relazione alla disposizione dell'art. 32, comma 3, lettera c) d. lgs 163 cit., anche se tale ultima norma sembra ancor più chiara in ordine alla esecuzione diretta da parte del socio privato (si richiede, infatti, che questi abbia i requisiti e si prevede una generale facoltà di eseguire il 70% delle prestazioni, previsione questa che ha un senso se riferita al socio industriale, atteso che le società di nuova costituzione non hanno in proprio i requisiti).

7 Il comma 9 dell'art. 23 bis prevede, tra l'altro, che le società, le loro controllate, controllanti e controllate da una medesima controllante, anche non appartenenti a Stati membri dell'Unione europea, che, in Italia o all'estero, gestiscono di fatto o per disposizioni di legge, di atto amministrativo o per contratto servizi pubblici

locali in virtù di affidamento diretto, di una procedura non ad evidenza pubblica ovvero ai sensi del comma 2, lettera b) dell'art. 23 bis, nonché i soggetti cui è affidata la gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali degli enti locali, qualora separata dall'attività di erogazione dei servizi, 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; il divieto opera per tutta la durata della gestione e non si applica alle società quotate in mercati regolamentati.

In merito si ribadisce che la società mista, ex comma 2, lettera b), dell'art. 23 bis, concretizza un modulo ordinario; essa dovrebbe - quindi - operare con le stesse modalità dell'impresa interamente in mano di soggetti privati e in concorrenza con quest'ultima.

In tale prospettiva, non appare condivisibile la estensione dei predetti divieti anche alle società miste in questione, tenuto conto che il socio è scelto con gara, il servizio è affidato con gara, la gara indica puntualmente le attività operative assegnate.

Peraltro, l'attività *extra moenia* o l'acquisizione di servizi ulteriori può rappresentare uno strumento per ottenere economie di scala e, comunque, per assicurare gli equilibri nella gestione finanziaria della società stessa.

A nostro avviso, la giusta esigenza di non sganciare l'attività della società mista dalla collettività di riferimento potrebbe, d'altro canto, essere assicurata più ragionevolmente in concreto, valorizzando il criterio del rapporto funzionale, anche in dipendenza della effettiva quota di partecipazione pubblica al capitale della società mista.

In ogni caso, va dato atto che con la legge 166/09 si è riconosciuto espressamente che i divieti e le limitazioni in parola non riguardano il socio selezionato con gara.

Va, infine, evidenziato, che la novella, sempre nel contesto del comma 9 dell'art. 23 bis, ribadisce e precisa ulteriormente che i soggetti affidatari diretti di servizi pubblici locali possono comunque concorrere su tutto il territorio nazionale alla prima gara successiva alla cessazione del servizio, svolta mediante procedura competitiva ad evidenza pubblica, avente ad oggetto i servizi da essa forniti.

8. Il comma 10 dell'art. 23 bis stabilisce, tra l'altro, che l'emanando regolamento dovrà definire l'osservanza da parte delle società a partecipazione mista delle procedure ad evidenza pubblica per l'acquisto di beni e servizi.

La norma opera un generico riferimento alle società miste; non menziona specificamente, come pure viene fatto in altre disposizioni dell'art. 23 bis, le società miste, ex comma 2, lettera b).

A nostro avviso, si potrà riconoscere ampia libertà a tale specifica categoria di società miste, posto che la procedura di evidenza pubblica è stata, comunque, svolta in sede di scelta del socio (è da intendere salva la verifica sulla configurabilità in concreto della società in termini di organismo di diritto pubblico, con le correlate conseguenze in ordine al ruolo di Stazione Appaltante in relazione agli affidamenti a valle).

Nomos Appalti srl

Servizio di Consulenza agli Enti Locali

In ogni caso, non può ragionevolmente essere messo in discussione il principio dell'autoesecuzione da parte della società mista, tenuto - in particolare - conto che a monte si svolge una gara per la scelta del socio e per la contestuale attribuzione di specifici compiti operativi connessi al servizio.

L'autoesecuzione in proprio da parte della società dovrebbe essere consentita anche se la società fosse in concreto da qualificare quale organismo di diritto pubblico, perché l'autoesecuzione è manifestazione della autonomia del soggetto.

10. In materia di servizio idrico, si stabilisce (comma 1 ter art. 15 cit.), tra l'altro, che tutte le forme di affidamento della gestione del servizio idrico integrato, di cui all'art. 23 bis, devono avvenire nel rispetto dei principi di autonomia gestionale del soggetto gestore e di piena ed esclusiva proprietà pubblica delle risorse idriche, il cui governo spetta esclusivamente alle istituzioni pubbliche, ferma la garanzia della universalità ed accessibilità del servizio.

* _ * _ * _ * _ * _ *

Nel restare a disposizione si porgono cordiali saluti.

Avv. Francesco Lilli
(responsabile del servizio)

