Servizi locali, il caos normativo che paralizza l'Ente

di Michele Nico

Calato definitivamente il sipario sull'articolo 23-bis del Dl 112/2008 in conseguenza dell'esito referendario il settore affronta una fase nuova fortemente segnata dal sostanziale vuoto della disciplina. Con pesanti riflessi sulle amministrazioni

Con la pubblicazione del Dpr 113/2011 sulla Gazzetta Ufficiale del 20 luglio 2011, è definitivamente calato il sipario sull'articolo 23-*bis* del Dl 112/2008, convertito nella legge 133/2008 e successive modificazioni, con la conseguenza che il regime giuridico dei servizi pubblici locali a rilevanza economica è entrato in una fase nuova della sua storia, connotata da un preoccupante, anche se non inatteso, vuoto normativo.

In seguito al referendum del 12-13 giugno 2011, l'articolo 23-*bis* della legge 133/2008 è stato espunto dall'ordinamento giuridico nella sua interezza, e la sua abrogazione ha pure travolto il regolamento di attuazione emanato con Dpr 168/2010, che aveva completato la riforma organica della disciplina, attuata con l'ambizioso intento di dare impulso al mercato, all'insegna dei processi di liberalizzazione e privatizzazione dei servizi pubblici locali.

Deve escludersi, per di più, una qualsiasi forma di reviviscenza dell'articolo 113 del Dlgs 267/2000 - ossia della pregressa normativa incompatibile con l'articolo 23-*bis* - in considerazione del fatto che il referendum ha comportato l'abrogazione (con efficacia *ex nunc*) e non l'annullamento (con efficacia *ex tunc*) della norma sottoposta allo scrutinio del voto. Tale abrogazione, che decorre dalla data di pubblicazione del suddetto Dpr 113/2011, implica dunque che l'articolo 23-*bis* è rimasto in vigore nell'ordinamento fino al 20 luglio 2011, producendo, nel precedente periodo, effetti giuridici che non sono stati in alcun modo intaccati dalla sopravvenuta abrogazione.

Quali spunti di riflessione può suggerire, per la vita amministrativa degli Enti locali, l'inconsueto evento occorso, che con un colpo di spugna ha cancellato la disciplina preposta a un settore strategico e vitale per la Pubblica amministrazione?

Un primo orientamento che si può trarre dalle circostanze in atto discende dal principio di derivazione romanistica *tempus regit actum*, secondo cui la legittimità di un provvedimento amministrativo deve essere valutata, per quanto riguarda i presupposti giuridici e di fatto, al momento della sua adozione. Se, per esempio, un Ente ha accertato, ai sensi dell'articolo 23-*bis*, comma 8, lettera *e),* la sopravvenuta decadenza alla data del 31 dicembre 2010 di un contratto di servizio avente per oggetto un affidamento in house assegnato irregolarmente a una società partecipata - non essendo quest'ultima soggetta a un controllo analogo a quello eserci-

tato dall'Ente sui propri servizi, oppure in quanto la società non realizzi la parte prevalente della propria attività con l'Ente titolare del controllo - non assume alcun rilievo, nel caso *de quo*, che dopo l'accertata decadenza del contratto l'art. 23-*bis* sia stato abrogato.

La disposizione ha ormai prodotto i suoi effetti giuridici, e anche se la stessa è stata poi cancellata dall'ordinamento, il contratto di servizio venuto meno allo spirare dell'anno 2010 non potrà più costituire un titolo giuridico valido ed efficace *inter partes*, proprio in ragione dell'articolo 23-*bis* della legge 133/2008 all'epoca vigente. Non è raro peraltro che, nella realtà delle cose, si presentino eventi poliedrici di non facile lettura, con risvolti suscettibili di ingenerare occasioni di contenzioso, anche giudiziale, tra soggetti schierati a difesa di interessi contrapposti.

Nella particolare fattispecie evocata potrebbe succedere, *apertis verbis*, che la società partecipata contesti l'accertamento eseguito dall'Ente locale e che, con l'aspettativa di mantenere la gestione del servizio, sostenga di averne ottenuto l'affidamento non già in maniera irregolare, bensì in conformità ai principi comunitari in materia di in house providing. Per fare luce sul punto è bene ricordare che, secondo le regole ormai codificate da una serie di pronunce della Corte di Giustizia europea a partire dalla sentenza sul caso Teckal (18 novembre 1999, causa C-107/98), per procedere a un affidamento in house è necessario che si verifichi la contestuale presenza dei seguenti requisiti:

a) il capitale interamente pubblico della società affidataria;

b) il "controllo analogo" esercitato su di essa dall'Ente locale;

c) lo svolgimento della parte più importante dell'attività della società nei confronti dell'Ente o degli Enti che la controllano.

Soltanto al ricorrere di queste condizioni la gestione del servizio è in qualche maniera riconducibile allo stesso Ente affidante o a una sua articolazione organizzativa, la quale si configura, per l'appunto, come *longa manus* del primo, con l'effetto che non si forma, nel descritto schema istituzionale, un vero rapporto di terzietà, né una natura contrattuale del rapporto intersoggettivo sorto.

Ora, il requisito del "controllo analogo" è stato qualificato, dalla giurisprudenza europea e nazionale, come un rapporto di dipendenza organica pressoché equivalente a una relazione di "subordinazione gerarchica" tra il soggetto committente e quello gestore. Ciò nonostante, tale presupposto - a differenza degli altri due elencati alle precedenti lettere *a)* e *c)*, più facilmente identificabili - si è spesso dimostrato, alla prova dei fatti, un terreno sdrucciolevole e infido, per non dire una fonte di innumerevoli distinguo che ha fatto scorrere, nei solchi della letteratura giuridica, i classici fiumi d'inchiostro.

In particolare, la giurisprudenza amministrativa si è per lungo tempo esercitata nel tentativo di definire al meglio la penetrante forma di controllo in questione, idonea a legittimare l'affidamento diretto di un servizio locale in deroga all'obbligo di gara, che, per la Pubblica

Le modifiche nel tempo

La novella dell'articolo 23-*bis* recata dal Dl 135/2009, aveva introdotto modifiche di rilievo non marginale, tanto con riferimento al "regime ordinario", quanto al "regime derogatorio" della gestione dei servizi pubblici locali, andando anche a incidere sul testo dell'articolo 23-*bis*, comma 9. Ai sensi di tale disposto era previsto 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, gestivano - di fatto o per disposizioni di legge, di atto amministrativo o per contratto - servizi pubblici locali in virtù di:

a) un affidamento diretto;

b) una procedura non a evidenza pubblica;

c) una procedura a evidenza pubblica avente a oggetto nel contempo la qualità di socio e l'attribuzione di specifici compiti operativi, di cui al comma 2, lett. *b)* dello stesso articolo

non potevano:

- acquisire la gestione di servizi ulteriori;
- acquisire la gestione di servizi uguali a quelli di cui erano affidatari in ambiti territoriali diversi;
- svolgere servizi o attività per altri Enti pubblici o privati, né direttamente, né tramite loro controllanti o altre società che fossero da essi controllate o partecipate, né partecipando a gare.

Lo stesso comma 9 estendeva gli stessi divieti anche ai soggetti cui fosse affidata la gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali degli Enti locali, qualora separata dall'attività di erogazione dei servizi.

Questa disposizione è stata oggetto di un'interpretazione rigorosa da parte della giurisprudenza amministrativa, che aveva sancito il principio secondo cui «l'impresa controllata da un Ente locale, nel momento in cui partecipa a una gara fuori territorio, sia pure bandita da un Ente locale analogo a quello che la controlla, si pone nei confronti del mercato territoriale come concorrente sleale, e quindi non solo questa sua espansione può condurre da un lato alla inammissibilità della sua partecipazione alla gara, fino a che dura il regime di affidamento diretto nei confronti del suo ente controllante, ma anche al venir meno della sua qualifica di soggetto "affidatario" diretto, sicché delle due l'una: o l'impresa non partecipa alle gare fuori territorio, e mantiene così il suo status, o vi partecipa, e perde il suo status». *(Consiglio di Stato, Sezione V, 23 settembre 2010, n. 7080)*

Il richiamo della Cassazione

«Nel contratto d'opera, cui è applicabile in via analogica la disciplina dettata dall'art. 1665 c.c. per il contratto di appalto, il ricevere senza riserve la consegna dell'opera configura una ipotesi di accettazione presunta o tacita, che può avvenire anche per fatti concludenti, come nel caso in cui il committente compia un atto che presuppone la volontà di accettare, o sia incompatibile con quella di non accettare».
(Cassazione civile, sezione III, 30 giugno 2005, n. 13966)

amministrazione, costituisce da sempre la via maestra per procedere all'individuazione del contraente.

Nel variegato scenario di luci e ombre che ancor oggi avvolge il ricorso all'in house providing da parte dell'Ente locale, può dunque accadere, come si è detto, che tra l'Ente stesso e la società affidataria insorga una divergenza di opinioni in ordine alla qualificazione dell'affidamento in origine effettuato. Inutile dire che tale contrasto di vedute non riveste certo il carattere di una mera disputa accademica, dacché il contratto di servizio da cui l'affidamento deriva si appresta a seguire, nelle circostanze date, l'una o l'altra sorte:

- è pervenuto a scadenza il 31 dicembre 2010, nell'ipotesi di affidamento irregolare ex articolo 23-*bis* comma 8, lettera *e)*;
- conserva (dopo l'abrogazione dell'articolo 23-*bis*) la sua validità fino a naturale scadenza, qualora l'affidamento stesso sia stato *ab origine* conforme ai principi comunitari.

Per dirimere una simile controversia è utile tenere presente che, come tutti sanno, i fatti contano più delle parole. Senza nulla togliere all'importanza di una seria disamina che consideri gli elementi di fatto e diritto (con relative prove documentali) a sostegno delle diverse posizioni addotte dalle parti, non risulta affatto ininfluente il comportamento da queste assunto rispetto al contratto di servizio in parola, dopo la data della sua presunta decadenza.

Qualora, infatti, la società affidataria abbia spontaneamente reso le sue prestazioni all'Ente locale senza soluzione di continuità, e abbia poi accettato senza riserve il pagamento dei corrispettivi eseguiti dalla controparte in base al contratto, non si vede come quest'ultimo possa ritenersi cessato, in presenza di *facta concludentia* che dimostrino la concreta volontà delle parti di considerarlo vigente.

Lasciando comunque alle spalle, per il momento, la complessa dinamica dei rapporti istituzionali tra l'Ente locale e le società partecipate, può aggiungersi in questa sede che l'abrogazione dell'art. 23-*bis* presenta anche aspetti d'interesse afferenti esclusivamente le società in house e, nello specifico, il raggio d'azione della loro gestione operativa.

Che ne è ora del divieto di svolgere attività extraterritoriale per le società in house, dopo l'avvenuta abrogazione dell'art. 23-*bis* in questione?

È bene tenere presente, per inquadrare la questione, che un divieto del genere tuttora sussiste per le società strumentali, dacché l'articolo13 del Dl 223/2006, convertito in legge 248/2006, stabilisce che «al fine di evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità degli operatori, le società, a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti in funzione della loro attività (...) devono operare esclusivamente con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti, non possono svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, né in affidamento diretto né con gara, e non possono partecipare ad altre società o enti».

Commentando tale disposto l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, con delibera 135/2007, ha esteso il divieto di

svolgere attività *extra moenia* anche alle ipotesi in cui la partecipazione dell'Ente locale alla società sia meramente indiretta, al fine di evitare che l'applicazione del divieto alle sole partecipazioni dirette rappresenti un facile strumento di elusione della norma, mediante meccanismi di partecipazioni societarie mediate.

L'articolo 13 testé citato non trova tuttavia applicazione, per espresso dettato normativo, all'ambito dei servizi pubblici locali, al quale non può certamente estendersi per analogia il divieto di cui trattasi, che non soltanto riveste carattere eccezionale, ma appare perfino suscettibile di un potenziale contrasto con i principi del trattato Ce, se si riflette sul fatto che la Corte di giustizia europea, nella causa C-174/04 del 2 giugno 2005, ha affermato senza mezzi termini che «l'interesse al rafforzamento della struttura concorrenziale del mercato, in linea generale, non può costituire una valida giustificazione delle restrizioni alla libera circolazione dei capitali».

Si può pertanto concludere, sul punto, che per le società in house l'attività extraterritoriale non sembra più preclusa, in via di principio, dal vigente quadro normativo, e la stessa deve quindi ritenersi legittima, purché sia svolta nel rispetto dei principi comunitari di concorrenza, proporzionalità, parità di trattamento, non discriminazione e libera prestazione dei servizi.

Un motivo di riflessione sorge, infine, dalla constatazione che alcuni Enti locali, in vista della scadenza del periodo transitorio fissata al 31 dicembre 2011 per le gestioni in house (articolo 23-*bis*, comma 8, lettera *a)*, si sono attivati con diligenza per indire una procedura di gara ad evidenza pubblica per affidare il servizio, e sono stati colti in mezzo al guado dall'abrogazione della norma posta a fondamento dell'obbligo di gara.

Non c'è dubbio che tali Enti, pur restando liberi di portare a termine le procedure selettive avviate nella vigenza dell'articolo 23-*bis*, sono altrettanto liberi di dare corso a una nuova valutazione discrezionale in ordine alle modalità organizzative per la gestione del servizio, assumendo (eventualmente) la decisione, da un lato, di revocare la gara intrapresa in un diverso contesto giuridico - normativo, e, dall'altro, di effettuare un affidamento in house del servizio medesimo, ove ricorrano, beninteso, le ragioni di pubblico interesse che giustifichino tale scelta.

Trovandosi dinanzi alla sopravvenuta modifica del quadro normativo per *factum principis,* in questo caso la Pa non ha bisogno di verificare quale margine di manovra le competa nel dare corso al ritiro degli atti di gara, non sussistendo alcun pericolo di ledere i diritti dei terzi ed esporsi nei loro confronti a possibili istanze di risarcimento danni. Occorre riconoscere, comunque, che stiamo attraversando un difficile momento di transizione in cui non resta che navigare a vista, con il costante ausilio dei principi di diritto e delle regole generali di buona amministrazione.

Di qui l'avvertenza che ogni delibera assunta dall'Ente, specie in carenza di riferimenti certi nel quadro normativo e nella giurisprudenza, sia sostenuta da un'accurata motivazione volta a illustrare il percorso logico seguito dagli organi di governo, nel superiore intento di assumere la scelta più consona al pubblico interesse, nelle specifiche condizioni date.

La decisione dell'Authority

Nelle società *in house* deve sussistere, a norma di statuto, «la previsione di stringenti poteri di ingerenza e di condizionamento da parte dell'assemblea dei soci superiori a quelli tipicamente previsti dal diritto societario (...) poiché è dallo statuto che si deve riscontrare l'esistenza di strumenti atti a garantire alla maggioranza societaria poteri di controllo, di vigilanza, d'ingerenza e di condizionamento più incisivi rispetto a quelli previsti dal diritto civile in materia societaria».
(Deliberazione Autorità di vigilanza sui contratti 6 luglio 2011, n. 67)