

MODELLI GESTIONALI

LE GESTIONI IN HOUSE E IL RUOLO DELL'AUTORITÀ DI VIGILANZA SUI CONTRATTI PUBBLICI

di ANDREA CAMANZI

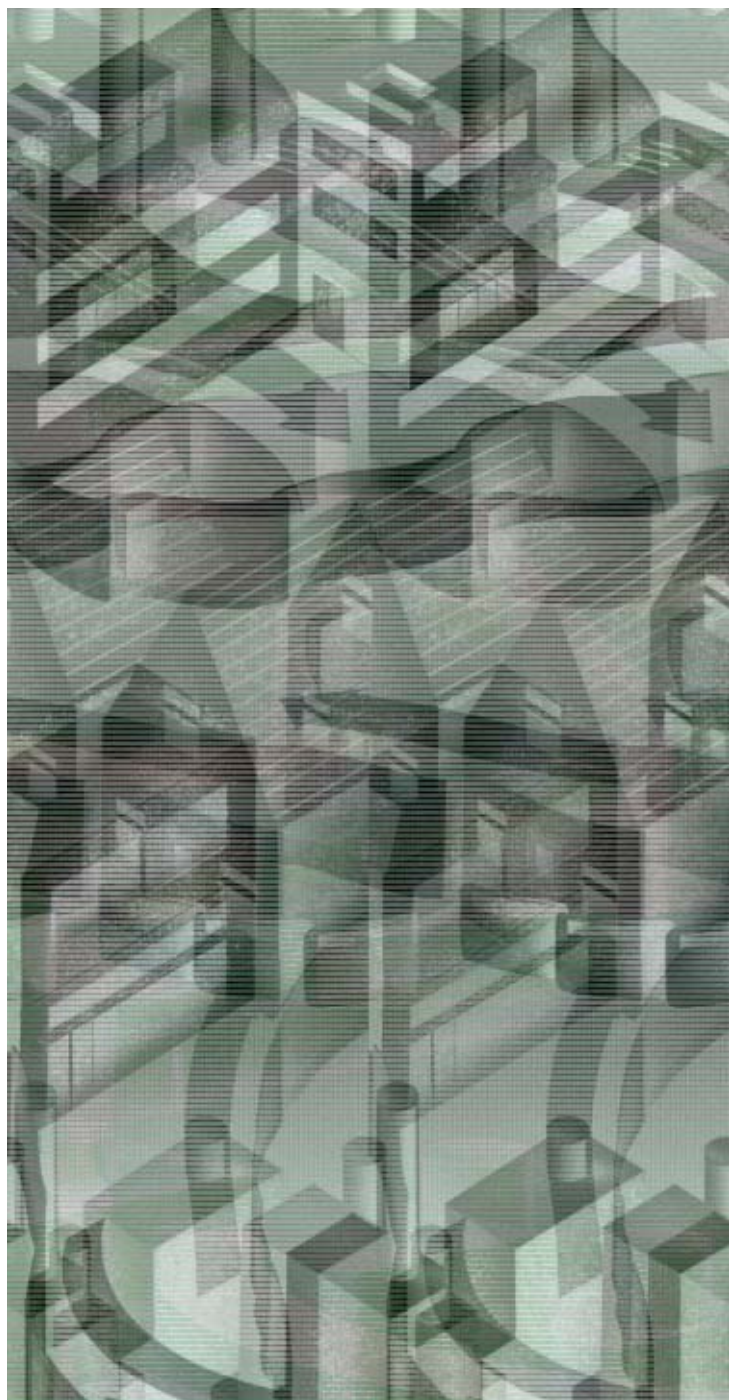
Le dinamiche del mercato dei Servizi pubblici locali (Spl) e di quelli strumentali, *in primis* quelli basati sulle Ict, sono alquanto peculiari.

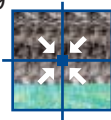
Sul lato della domanda di tali servizi la situazione è relativamente semplice: occorre distinguere tra la domanda delle imprese, che è trainata dall'esigenza di crescente qualità ed efficienza dei servizi del territorio ove sono insediate, e quella delle famiglie che è invece trainata dalle aspettative di riduzione del prezzo retail dei servizi stessi.

In termini di *policy*, le imprese sono quindi portatrici di una forte domanda di "aziendalizzazione" e di efficienza del sistema territoriale, mentre le famiglie sono più favorevoli alle liberalizzazioni, quali strumenti per la diminuzione dei prezzi.

Sul lato dell'offerta le cose sono invece molto più complicate, anche in considerazione dell'andamento del debito pubblico aggravato dall'odierna pesante recessione economica.

Una recente indagine di Unioncamere indica che sono complessivamente 7.651 i Comuni, le Provincie, le Regioni e le Comunità Montane che gestiscono partecipazioni in società, il cui numero totale nel 2006 era di 5.128, con una crescita di 254 unità rispetto al 2005. Mediamente ogni ente locale detiene partecipazioni in sette società: una rete di parte-





ecipazioni che vale l'1,2% del Pil e l'1,1% dell'occupazione (dati 2006).

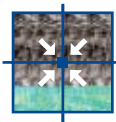
Del totale del capitale sociale, la quota detenuta dagli enti locali è in costante diminuzione: dal 64,7% del 2003, al 60,5% del 2005, al 58,8% del 2006. Analisi disaggregate dei dati mostrano dinamiche molto interessanti, che lasciano intravedere una qualche forma di strategia di gestione del portafoglio: la quota delle partecipazioni detenute dai Comuni scende a vantaggio di quelle detenute dalle Regioni, Province e Comunità Montane; è cresciuto da cinque a sette il numero medio delle partecipazioni detenute da ciascun ente locale; aumenta il numero, in valore assoluto, delle società totalmente controllate dagli enti locali; nel 2006 le imprese poste in liquidazione o in fallimento erano 1.087 (poco meno del 20% dell'intero pacchetto di partecipate).

Attenzione particolare meritano i dati disaggregati sul valore aggiunto prodotto dal portafoglio delle partecipazioni. Infatti mentre il settore delle *local utilities* (energia, gas, acqua, rifiuti e trasporti locali), dove sono concentrate poco meno del 40% del numero delle società partecipate, riscontra (2006 su 2005) un calo dell'1%, le partecipazioni in altre attività (informatica, infrastrutture e servizi alle imprese, agricoltura, commercio, farmacie, servizi sociosanitari) riscontra un aumento del 7,8% tale da compensare in valore assoluto i risultati in calo delle *local utilities*.

La fissazione dei livelli delle tariffe dei Spl correlate all'efficienza e produttività delle imprese erogatrici e alla qualità dei servizi al territorio e agli utenti è sicuramente uno dei nodi principali da affrontare. È sicuramente malsano un sistema economico che, per il suo funzionamento, presuppone il sussidio incrociato fra diverse attività economiche o tipologie di utenti.

Ma il problema non è solo di natura tariffaria. È l'assetto di questo mercato che va rivisto in modo da garantire maggiore efficienza e produttività alle imprese che vi operano a prescindere dalla natura pubblica o privata del loro capitale di controllo.

Oggi la scarsità delle risorse finanziarie pubbliche e il rigido controllo sulle stesse imposto dal patto di sta-



bilità interno obbliga le singole Amministrazioni Pubbliche a riflettere seriamente sull'opportunità di continuare con forme di gestione *in house* dei Spl e di quelli strumentali, specie là dove scarsamente compatibili sia con i rispettivi deficit di bilancio e le loro proiezioni a medio termine, sia con impellente domanda proveniente dalle imprese locali e dai cittadini di nuovi servizi e di maggior qualità ed efficienza gestionale.

Da un punto di vista industriale potrebbe aprirsi un periodo storico molto promettente per le imprese che posseggono le tecnologie, le dimensioni operative e finanziarie e il know-how di cui le Amministrazioni e i sistemi territoriali hanno bisogno. Anche in Italia potrebbe emergere un nuovo mercato, come già avvenuto da tempo in altri paesi europei, *in primis* la Francia, la Germania e l'Inghilterra.

Se ciò non avvenisse il paese avrebbe perso una occasione irripetibile per il proprio ammodernamento e il rilancio della crescita in un momento così difficile.

L'apertura a nuovi soci della compagine sociale dei soggetti gestori, comporta problemi di *governance* del-



le imprese pubbliche erogatrici dei servizi, nonché il rispetto di precise procedure per la scelta dei soci di capitale e di quelli operativi, nonché l'affidamento dei servizi che trovano però il loro alveo normativo nelle direttive comunitarie del 2004 nel Codice dei Contratti pubblici che le ha recepite nel 2006.

Da un punto di vista economico giuridico le gestioni *in house* da parte delle amministrazioni pubbliche dei servizi strumentali al loro funzionamento e di quelli da fornire ai cittadini e agli utenti in genere coinvolgono molti profili di interesse, tutti sensibili alle innovazioni tecnologiche e di processo e alla velocità di cambiamento del mercato.

Non può quindi destare sorpresa che l'intento del legislatore di adottare norme stabili e prescrittive per i comportamenti delle Amministrazioni, non abbia finora dato i risultati promessi. Ciò ha generato un'ampia giurisprudenza, sia comunitaria che na-

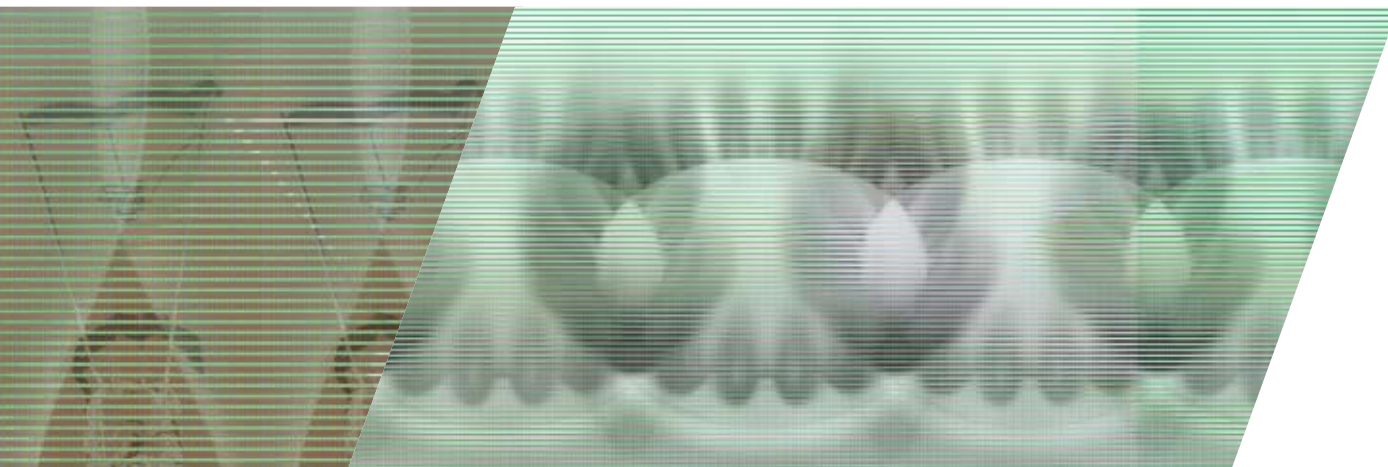
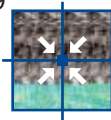
zionale soprattutto in merito alle condizioni di legittimità della modalità di gestione *in house* dei servizi da parte delle Amministrazioni Pubbliche.

Anche l'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici è intervenuta varie volte in materia: da ultimo con il suo Parere n° 213 del 31 luglio 2008 in merito ad una controversia fra Autogrill SpA, GESAP SpA e Airport Elite srl sull'affidamento di un contratto inerente la ristorazione e la somministrazione di bevande; con la delibera n. 65 del 23 dicembre 2008 in merito ad un affidamento da parte del Commissario Delegato per l'Emergenza del Comune di Lipari alla società SOGESID SpA (oggetto, tra l'altro, di una richiesta di annullamento al Tar del Lazio depositata da SOGESID SpA a Febbraio 2009); con un atto di segnalazione a Governo a Parlamento in merito alla riforma dei Servizi Pubblici Locali introdotta con l'art. 23-bis del DDL 112/2008. È abbastanza condiviso sia dalla giurisprudenza che dai regolatori che la definizione di gestione *in house* di un servizio pubblico sia quella di una modalità specifica di produzione dello stesso, caratterizza-

65 PAGINA

LA RIVISTA
DI CONFINDUSTRIA
SERVIZI INNOVATIVI E TECNOLOGICI
MAGGIO 2009

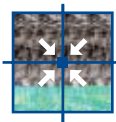
D I R I T T O



to dal fatto che essa avvenga avvalendosi esclusivamente delle risorse di cui l'amministrazione dispone, siano esse umane che tecnologiche o logistiche. In termini economici essa identifica la scelta di "autoproduzione" di un servizio rispetto alla possibilità di produrlo affidandolo in tutto o in parte ad un soggetto terzo.

Resta da stabilire allora se la scelta di tale specifica modalità di produzione, soggetta alla volontà discrezionale della singola Amministrazione, non leda interessi generali altrimenti tutelati, quali ad esempio quelli derivanti dall'applicazione dei principi della concorrenza impedendone ogni sua forma di restrizione. In questo caso infatti sarebbe legittimo limitare tale potere discrezionale in nome di un principio garante di un interesse generale di ordine superiore.

Il legislatore italiano, lavorando su questi aspetti, ha fatto una prima grande distinzione sulla base delle finalità prevalenti dell'attività stessa della gestione *in hou-*



GARANTIRE MAGGIORE EFFICIENZA E PRODUTTIVITÀ ALLE IMPRESE

se finalizzata alla produzione di beni e servizi strumentali all'attività dei singoli enti o se, invece, finalizzata alla produzione ed erogazione a terzi dei Spl. Alla prima tipologia di servizi, quelli strumentali, fanno riferimento fundamentalmente l'art. 13. del D.L. 4 luglio 2006, n. 223, convertito in L. 4 agosto 2006, n. 248 e l'art. 3, comma 27 e ss. della L. 24 dicembre 2007, n. 244.

L'art. 13 della L. 248/2006 prevede che – con esclusione dei servizi pubblici locali – le società a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalle Amministrazioni Pubbliche regionali e locali per lo svolgimento di attività strumentali o funzionali di tali amministrazioni, devono rispettare le seguenti limitazioni:

- a) obbligo di operare esclusivamente con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti;
- b) divieto di svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, né in affidamento diretto né con gara;
- c) divieto di partecipare ad altre società o enti;
- d) obbligo di avere un oggetto sociale esclusivo;
- e) obbligo di cessare le attività non consentite;
- f) divieto di agire in violazione delle predette regole, pena la nullità dei relativi contratti.

L'art. 3, commi 27 e ss. della legge finanziaria 2008 ha esteso a tutte le società pubbliche il divieto di attività *extra moenia* posto dall'art. 13 della L. 248/2006 alle sole società costituite o partecipate dalle amministrazioni locali o regionali, aggiungendovi un ulteriore limite: è possibile costituire delle società a capitale pubblico purché queste svolgano "attività strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali". La norma esclude espressamente che le amministrazioni possano "assumere o mantenere direttamente o indirettamente, partecipazioni, anche di minoranza", in società che non svolgano "attività strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali". È fatta salva la possibilità di costituire società che producono "servizi di interesse generale" e l'assunzione di partecipazioni in tali società, per le quali si dovrebbero applicare le norme che disciplinano i servizi pubblici, e in particolare ciò dovrebbe riguardare anche i servizi pubblici locali (rifiuti, trasporti, acqua, energia elettrica e gas).

Da quanto sopra, potrebbe discendere il principio secondo cui, fatta eccezione per i servizi di interesse generale – in cui vi dovrebbero rientrare anche i servizi pubblici locali – a tutte le società a partecipazione pubblica, anche indiretta, dovendo queste operare esclusivamente per il perseguimento delle finalità istituzionali degli enti soci, è preclusa in ra-



dice la possibilità di concorrere a gare indette da soggetti diversi, e quindi di operare sul mercato.

L'Autorità, in conformità a quanto recentemente affermato dai giudici amministrativi, ha esteso il divieto di svolgere attività *extra moenia* di cui all'art. 13, comma 1 della L. 248/2006, 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. Pertanto, anche le società indirettamente partecipate da enti locali, (come è avvenuto nel caso di specie per la società mista Airport Elite di cui è stata dichiarata illegittima l'aggiudicazione provvisoria) non possono concorrere, ai sensi dell'articolo 13, comma 1 della legge n. 248/2006, agli appalti banditi da amministrazioni diverse da quelle che ne detengono il capitale.

A fondamento di questo orientamento, l'Autorità richiama la tendenza dell'ordinamento (anche per i servizi pubblici locali) ispirata allo *sfavor* per le società partecipate da enti pubblici che non sarebbero abilitate a svolgere attività per scopi diversi da quelli immediatamente riferibili all'ente costituente: "una partecipazione che si indirizzasse a tali diverse finalità, snaturerebbe, infatti, il libero mercato che deve vedere protagonisti, anzitutto, se non esclusivamente, imprenditori, sia pubblici che privati".

Il quadro normativo di riferimento dei Spl presenta caratteristiche di fluidità paragonabili a quelle riscontrate nella analisi economica industriale del settore illustrata sopra.

L'art. 23-bis della L.133/2008 introduce infatti una modifica dell'intero sistema, e prevede la adozione di un Regolamento delegificante (avrebbe dovuto essere adottato entro lo scorso 28 febbraio) delle parti dell'art. 113 del TUEL là dove con esso incompatibili. Purtroppo avverso a tale modifica è stato presentato un ricorso alla Corte Costituzionale da parte di varie Regioni. È prevedibile che la Corte si esprimerà in autunno. Il regolamento, attualmente in bozza, non è stato ancora adottato.

D'altra parte la posizione dell'Autorità in merito è contenuta nell'atto di segnalazione sopra citato disponibile sul sito web.

Giova ricordare che l'Autorità ha chiuso lo scorso 1° aprile (sarà resa pubblica a giorni) la propria istruttoria riguardante le modalità di affidamento dei Servizi Idrici Integrati da parte di 64 Autorità di Bacino ad altrettanti soggetti gestori interamente di proprietà pubblica.

Un'indagine analoga è in corso nel settore della raccolta e smaltimento dei rifiuti.

D I R I T T O

