



**Struttura Territoriale Emilia-Romagna, Toscana, Umbria e Marche**

*CORSO*

*Servizi di rilevanza economica. Modifiche all'art. 23 bis del D.L. 112/08 convertito in Legge 133/2008*

**Massimiliano Lombardo**

**Le novità in materia di società miste. Il carattere derogatorio dell'affidamento in *house* ed il ruolo dell'autorità garante della concorrenza e del mercato.**

Falconara Marittima (AN), 15 febbraio 2010

**SERVIZI PUBBLICI DI RILEVANZA ECONOMICA  
MODIFICHE ALL'ART. 23 BIS DEL D.L. 112/2008  
CONVERTITO IN LEGGE 133/2008**

**Indice**

**I. LE NOVITÀ IN MATERIA DI SOCIETÀ MISTE**

- I.1. La gara a doppio oggetto**
- I.2. Il socio operativo e l'oggetto sociale**
- I.3. I divieti ex comma 9, art. 23bis**
- I.4. Il periodo transitorio.**

**II. IL CARATTERE DEROGATORIO DELL'AFFIDAMENTO IN HOUSE ED IL RUOLO  
DELL'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO**

**II.1. Il restringimento dell'in house e la funzione dell'AGCM.**

- II.2. Prime esperienze applicative ex comma 4, art. 23bis**

## **I. LE NOVITÀ IN MATERIA DI SOCIETÀ MISTE**

Con riguardo alle società miste, il legislatore della riforma (art. 15 D.L. n. 135/2009 convertito in L. n. 166/2009) ha apportato varie modifiche all'impianto dell'art. 23-bis, D.lgs. n. 112/2008 (convertito in L. n. 133/2008) tra le quali:

- 1) la ricomprensione, **tra le forme di conferimento ordinarie**, dell'affidamento a società a partecipazione mista pubblica e privata, a condizione che la selezione del socio avvenga tramite una gara che abbia ad oggetto sia la qualità di socio che l'attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio e che al socio sia attribuita una partecipazione non inferiore al 40% (comma 2, art. 23-bis);
- 2) la previsione, nella cosiddetta gara "a doppio oggetto" per l'affidamento a una società mista, dell'attribuzione al socio selezionato di "**specifici compiti operativi**" connessi alla gestione del servizio (comma 2, lett. b, art. 23-bis);
- 3) il **divieto**, anche per le società miste affidatarie, di gestire servizi ulteriori o in ambiti territoriali diversi e di partecipare a gare, con la precisazione dell'operatività dello stesso per tutta la durata della gestione (comma 9, art. 23-bis);
- 4) il **periodo transitorio**.

### **I.1. La gara a doppio oggetto**

Con riguardo al primo aspetto, si osserva che, a seguito della riforma in esame, l'affidamento alla società mista configura, accanto all'affidamento all'impresa privata mediante gara, uno dei due casi di conferimento *in via ordinaria* dei servizi pubblici locali a rilevanza economica, entrambi distinti dall'affidamento *in house*, che permane quale modalità derogatoria di affidamento del servizio.

Invero, ai sensi del nuovo comma 2 dell'art. 23bis, l'affidamento ordinario del servizio può avvenire in favore di:

- a) imprenditori o società in qualunque forma costituite, individuati mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi del Trattato che istituisce la Comunità europea 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) 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 connessi alla gestione del servizio e che al socio sia attribuita una partecipazione non inferiore al 40 %.

La novella in esame ha, quindi, equiparato la gara ad evidenza pubblica per la scelta del soggetto gestore alla

fattispecie della società mista pubblico-privata con gara “a doppio oggetto” per la scelta del socio privato<sup>1</sup>.

Ai sensi del nuovo art. 23bis, pertanto, l'affidamento alle società miste è subordinato alla sussistenza dei seguenti tre presupposti:

- che la selezione del socio privato avvenga con procedura ad evidenza pubblica nell'osservanza dei principi di cui alla precedente lett. a);
- che la gara per la scelta del socio abbia ad oggetto, oltre alla qualità di socio, anche l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio (c.d. gara a doppio oggetto);
- che al soggetto privato così individuato faccia capo una partecipazione non inferiore al 40%.

Giova premettere che le società a partecipazione mista pubblico-privata, affidatarie della gestione del servizio pubblico locale ex art. 23-bis, comma 2, lett. b), possono derivare da un procedimento di costituzione *ex novo* o di riorganizzazione derivante da un aumento di capitale riservato o da operazioni straordinarie o dalla cessione di una partecipazione dell'ente pubblico, con problemi naturalmente differenziati in ragione della diversa natura della vicenda e degli scopi specifici del PPP<sup>2</sup>.

Esse presuppongono comunque, inderogabilmente, una procedura a evidenza pubblica per la scelta concorrenziale del partner privato, avente ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio.

Dalla ipotesi della gara (unica) a doppio oggetto va, tuttavia, distinta l'ipotesi in cui si intendano affidare ulteriori appalti ad una società mista già costituita. In questo secondo caso, difatti, occorre una gara per l'affidamento degli appalti ulteriori e successivi rispetto all'originaria missione.

Come sopra esposto, inoltre, in tali società, al socio-imprenditore privato deve essere attribuita una partecipazione non inferiore al 40%,

Tale percentuale non deriva direttamente da norme o orientamenti comunitari; tuttavia la previsione di siffatta soglia minima mira, nell'intenzione del legislatore, a rafforzare il concetto di base, secondo cui con la selezione del partner privato si intende individuare il vero motore dell'impresa, il soggetto cui rimettere la gestione dell'azienda e la responsabilità dei risultati conseguiti in termini di efficienza e di efficacia aziendale, residuando in capo alla parte pubblica un compito principalmente di controllo interno dell'operato del “socio operativo”<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> In linea con la “*Comunicazione interpretativa della Commissione europea del 5 febbraio 2008 sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privato istituzionalizzati – PPPPT*”), nonché in precedenza con la ricostruzione delle modalità di affidamento alle società miste dei spl così come elaborato sia dal Consiglio di Stato (parere n. 456/07 della Sezione II; decisione n. 1/08 dell'Adunanza Plenaria).

<sup>2</sup> Consiglio di Stato, Sez. V, 18-12-2009, n. 8376. Sulla nozione di partenariato: *Comunicazione interpretativa della Commissione Europea sui PPP (2008/C91/02)*, in GUCE C-91 del 12 aprile 2008.

<sup>3</sup> Cfr. Commissione Affari costituzionali Senato della Repubblica, “*Art. 15, Adeguamento alla disciplina comunitaria in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica*”, ottobre 2009 ove si legge “*La fissazione di una quota privata non inferiore al 40% del capitale sociale rafforza il concetto di base, secondo il quale con la selezione del partner privato si intende individuare il vero motore dell'impresa, il soggetto cui demandare la gestione dell'azienda e la responsabilità dei risultati conseguiti in termini di efficienza e di efficacia aziendale, residuando in capo alla parte pubblica un compito di mero controllo interno dell'operato del “socio industriale”*”.

Del resto ciò appare coerente sul piano sistematico posto che se il socio privato deve per legge avere le caratteristiche del partner industriale cui affidare nei fatti la responsabilità della conduzione, quantomeno, di una parte essenziale del servizio, la sua partecipazione non può non assumere una consistenza adeguata.

Il modello della gara a doppio oggetto ha avuto l'avallo della giurisprudenza del Consiglio di Stato<sup>4</sup> per poi trovare pieno riconoscimento presso le istituzioni comunitarie e la Corte di Giustizia<sup>5</sup>, venendosi, così, a sancire una regola che, nella dottrina e nella giurisprudenza interna, sia pur con varie perplessità, era stata elaborata da tempo, ossia che alla mancata gara "a valle" per l'affidamento del servizio potesse supplire il ricorso "a monte" alla procedura di gara per la scelta del socio privato.

E' stata giustamente esclusa, infatti, la necessità di indire una seconda gara (oltre che per la scelta del socio privato) anche per l'affidamento del servizio, in quanto, altrimenti, l'amministrazione si troverebbe ad assumere la duplice veste di stazione appaltante e di socio di una delle società concorrenti, in palese conflitto di interessi<sup>6</sup>.

Il citato principio ispirava, invero, anche l'art. 113, comma 5, lett. b), TUEL, che già prevedeva questa forma di partenariato mediante società mista; tuttavia, prima del recente intervento normativo di cui all'art. 23-bis ed all'art. 15, il modulo veniva spesso messo in discussione, talvolta sovrapposto alla disciplina dell'affidamento *in house* e ridimensionato dalla previsione in via giurisprudenziale di una serie di cautele per procedere all'affidamento.

In particolare, le caratteristiche essenziali che devono connotare il ricorso a tale forma organizzativa, secondo la più recente giurisprudenza del Consiglio di Stato, sono le seguenti:

- 1) che esista una norma di legge che autorizzi l'amministrazione ad avvalersi di tale "strumento";
- 2) che il partner privato sia scelto con gara;
- 3) che l'attività della costituenda società mista sia resa, almeno in via prevalente, in favore dell'autorità pubblica che ha proceduto alla costituzione della medesima;
- 4) che la gara (unica) per la scelta del partner e l'affidamento dei servizi definisca esattamente l'oggetto dei servizi medesimi (deve trattarsi di servizi "determinati");
- 5) che la selezione della offerta migliore sia rapportata non alla solidità finanziaria dell'offerente, ma alla capacità di svolgere le prestazioni specifiche oggetto del contratto (ossia che il socio privato sia un socio industriale e non meramente finanziario);
- 6) che il rapporto instaurando abbia durata predeterminata (prevedendo a tal fine un termine di scadenza e possibilità di rinnovo tali da evitare che il socio privato diventi socio "stabile") e, in particolare, che la

---

<sup>4</sup> Cons. Stato, sez. VI, 16 marzo 2009, n. 1555; sez. V, 13 febbraio 2009, n. 824; oltre alle citate Ad. Plen. 1/2008 e Sez. II, n. 456/2007.

<sup>5</sup> Da ultimo la citata "Comunicazione interpretativa della Commissione sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico privati istituzionalizzati (2008/C-91/02)" del 12 aprile 2008, preceduta dal Libro Verde sui PPP COM(2004) 327 del 30 aprile 2004 e dalla risoluzione del Parlamento Europeo del 26 ottobre 2006; Corte di Giustizia Europea, sentenza del 15-10-2009, resa nella causa n. C-196/08,

<sup>6</sup> Cons. Stato n. 4080/2008, che supera precedenti isolati orientamenti di segno opposto.

partecipazione del privato alla società sia temporalmente limitata ad un periodo non superiore alla durata dell'affidamento<sup>7</sup>.

Tali cautele trovano ragione in una funzione pro-concorrenziale, ossia nella considerazione che, posto che - come riconosciuto in giurisprudenza (**Parere Cons. Stato, Sez. II Sent., 18 aprile 2007, n. 456**) - la scelta del socio privato costituisce un modo, sia pur indiretto, di affidamento a tale partner industriale della gestione del servizio, sia necessario dettare delle norme che avvicinino il più possibile la condizione del socio privato a quella propria di un concessionario, evitando che l'acquisizione della partecipazione sociale ponga l'imprenditore in una condizione di maggior favore rispetto all'affidatario del servizio con gara, in violazione delle regole di concorrenza.

Di qui il ruolo di controllo riconosciuto al socio pubblico che giunge a connotare la stessa fattispecie in esame: come rilevato dal Consiglio di Stato *“La peculiarità rispetto alle ordinarie procedure di affidamento sembra allora rinvenirsi, in questo caso, non tanto nell'assenza di una procedura di evidenza pubblica (che, come si è detto, esiste e opera uno specifico riferimento all'attività da svolgere) quanto nel **tipo di controllo dell'amministrazione appaltante sul privato esecutore: non più l'ordinario "controllo esterno" dell'amministrazione, secondo i canoni usuali della vigilanza del committente, ma un più pregnante "controllo interno" del socio pubblico, laddove esso si giustifichi in ragione di particolari esigenze di interesse pubblico (che nell'ordinamento italiano sono comunque individuate dalla legge)”** (Parere Cons. Stato, Sez. II Sent., 18 aprile 2007, n. 456).*

Oggi, pertanto, può riconoscersi che l'ordinamento, interno e comunitario, a differenza che in passato, quando guardava con disfavore alla commistione delle due fasi della “costituzione della società” e della “attribuzione dei compiti”<sup>8</sup>, nella sua evoluzione più recente riconosce con favore il modello della società a capitale misto, sebbene lo ammetta solo in relazione alla sussistenza di determinate condizioni<sup>9</sup>.

Del resto, sarebbe un *“esito paradossale — proprio «nella logica comunitaria della tutela della concorrenza»* quello cui si perverrebbe *“ove si dovessero ammettere solamente la soluzione (necessariamente) «tutta pubblica» dell'in house oppure quella «tutta privata» del ricorso integrale al mercato a norma dell'art. 113, 5° comma, lett. a), finendo per escludere un modello — quello delle società miste — (comunque) più orientato verso il mercato di quanto non sia quello dell'in house”*<sup>10</sup>.

Di recente anche l'Autorità Garante della Concorrenza e del mercato si è pronunciata in favore del modello della gara a doppio oggetto in esame precisando: *“l'Autorità, conformemente agli orientamenti nazionali e comunitari in materia, ritiene conforme alle norme a tutela della concorrenza l'esperimento da parte degli Enti Locali di*

<sup>7</sup> Cons. Stato 1555/2009; oltre ai cit. Cons. Stato, parere n. 456/07; Cons. Stato, Ad. Plen., n. 1/2008.

<sup>8</sup> Libro Verde relativo ai partenariati pubblico-privati del 30-4-2004, 60-63.

<sup>9</sup> Consiglio di Stato, parere n. 456/2007; Cons. Stato., Ad. Plen., n. 1/2008 e Sez. VI, n. 1555/2009; Comunicazione interpretativa della Commissione CE del 12/4/2008.

<sup>10</sup> Cons. Stato, n. 4080/2008.

*una gara con procedura ad evidenza pubblica finalizzata non soltanto alla scelta del socio privato, ma anche allo stesso affidamento dell'attività da svolgere*<sup>11</sup>.

## **I.2. Il socio operativo e l'oggetto sociale**

Con l'art. 23 bis quella che sino ad oggi veniva considerata una forma implicita di affidamento del servizio trova esplicito riconoscimento richiedendosi, tuttavia, che al socio privato siano affidati specifici compiti operativi quale condizione di legittimità dell'affidamento stesso.

Significativa, al riguardo, è la precisazione - apportata nel passaggio dal testo del D.L. n. 135/09 alla legge di conversione - della necessità che al socio siano con unica gara attribuiti compiti "specifici".

Nella prima versione si parlava infatti di "*compiti operativi*" affidati al socio, mentre in sede di conversione si è integrata tale locuzione con il riferimento a "*specifici compiti operativi*", lasciando intendere che detti compiti possano essere "ritagliati" nell'ambito di quelli più vasti affidati alla società mista.

In questa prospettiva lo Schema di regolamento applicativo dell'art. 15<sup>12</sup> stabilisce che il bando di gara per la scelta del socio privato dovrà:

- a) dare la preferenza, in sede di individuazione dei criteri per la selezione delle offerte, al corrispettivo ed alla qualità del servizio erogato piuttosto che al prezzo per l'acquisto delle quote;
- b) prevedere che "*il socio privato svolga gli specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio per l'intera durata del servizio stesso e che, ove ciò non si verifica, si proceda a un nuovo affidamento*";
- c) far sì che "*siano previsti criteri e modalità di liquidazione del socio privato alla cessazione della gestione*" (art. 3, comma 4, Schema di Regolamento).

Preme, pertanto, al legislatore che l'Amministrazione affidataria del servizio individui con gara il proprio socio privato in relazione alla capacità di quest'ultimo di gestire quello specifico servizio, in quel territorio, in un periodo di tempo predefinito.

La scelta del socio-imprenditore mediante gara non basta, invero, di per sé, ad evitare né la cristallizzazione di assetti sottratti alla competizione né il godimento di rendite di posizione, qualora non vengano adottati insieme tutti gli opportuni accorgimenti riguardo alle modalità di selezione, al contenimento della durata dell'affidamento ed alla limitazione dell'oggetto sociale.

La preoccupazione di fondo del legislatore sta precisamente nella considerazione che se la società amplia la sua attività al di fuori di quel che era stato previsto al tempo della celebrazione della gara per la scelta del socio, non solo il sistema pro-concorrenziale subisce una limitazione ma, con esso, anche il principio di sussidiarietà economica su cui tale figura si regge.

Sul punto si evidenzia che anche l'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture<sup>13</sup>, nel richiedere un intervento normativo chiarificatore circa la disciplina delle società miste nel settore

---

<sup>11</sup> AGCM, Parere 27/02/2009 del 27/2/2009 n. AS513.

<sup>12</sup> Approvato dal Consiglio di Ministri ed in corso di vaglio delle Commissioni parlamentari, Conferenza Unificata, Consiglio di Stato.

dei servizi pubblici locali, ha evidenziato come il ricorso a tali società “*debba comunque avvenire a condizione che sussistano garanzie tali da fugare dubbi e ragioni di perplessità in ordine alla restrizione della concorrenza*”.

La medesima perplessità era da tempo emersa negli orientamenti del Consiglio di Stato<sup>14</sup> che, in linea con le indicazioni provenienti dalla Commissione europea in materia<sup>15</sup>, hanno affermato un sostanziale ed unitario principio secondo cui la mera scelta concorrenziale del socio privato non è sufficiente perché la società, una volta costituita, divenga destinataria di un affidamento diretto.

Questo principio si è evoluto richiedendo che il privato sia scelto mediante una gara c.d. a doppio oggetto, nella quale si valutino sì i requisiti soggettivi del privato e l’offerta economica di acquisizione della partecipazione, ma si consideri pure, quale oggetto **fondamentale** del confronto competitivo, il tipo di prestazione ed il contributo operativo che il socio sarebbe chiamato ad assicurare nella erogazione del servizio<sup>16</sup>.

Contemporaneamente, si è richiesto anche che la stessa partecipazione sociale, oltre che collegata oggettivamente al tipo concreto della prestazione, venga collegata cronologicamente ad essa; il che implica una limitazione alla durata del rapporto sociale, da far coincidere con la durata dell’affidamento.

Ne deriva che se la scelta del socio, ancorché selezionato con gara, non fosse avvenuta per finalità predefinite, bensì solo per la costituzione di una società “generalista” o “aperta”, a cui affidare in via diretta un numero indeterminato di appalti o di servizi pubblici o comunque l’esecuzione di servizi non ancora identificati al momento della scelta stessa, l’affidamento in questione dovrebbe inesorabilmente ritenersi illegittimo<sup>17</sup>.

---

13 AVCP, *Atto di Segnalazione al Governo e al Parlamento* del 26 novembre 2008, in [www.avcp.it](http://www.avcp.it). L’AVCP aveva così sottolineato la necessità di individuare alcune condizioni minime per l’ammissibilità dell’affidamento del servizio, tra le quali proprio “*la gara unica per l’affidamento del servizio pubblico e per la scelta del socio, in cui questo ultimo si configuri come un “socio industriale od operativo”, che concorre materialmente allo svolgimento del servizio pubblico*”.

<sup>14</sup> Consiglio di Stato, sez. II, parere n. 456 del 2007; Cons. Stato, sez. V, n. 5587 del 2007; Cons. Stato, Ad. Plen. 3 marzo 2008, n. 1.

<sup>15</sup> Cfr. *Comunicazione interpretativa della Commissione Europea sui PPP [partenariato pubblico-privato] (2008/C91/02)*, in GUCE C-91 del 12 aprile 2008: “*Per costituire un PPPI in modo conforme ai principi del diritto comunitario evitando nel contempo i problemi connessi ad una duplice procedura si può procedere nel modo seguente: il partner privato è selezionato nell’ambito di una procedura trasparente e concorrenziale, che ha per oggetto sia l’appalto pubblico o la concessione da aggiudicare all’entità a capitale misto, sia il contributo operativo del partner privato all’esecuzione di tali prestazioni e/o il suo contributo amministrativo alla gestione dell’entità a capitale misto. La selezione del partner privato è accompagnata dalla costituzione del PPPI e dall’aggiudicazione dell’appalto pubblico o della concessione all’entità a capitale misto*”. Di rilievo il passaggio ove si ritiene che “*una doppia procedura (la prima per la selezione del partner privato del PPPI, e la seconda per l’aggiudicazione dell’appalto pubblico o della concessione all’entità a capitale misto) sia difficilmente praticabile*”.

<sup>16</sup> **Cons. Stato, Sez. VI, 16 marzo 2009 n. 1555** in cui, peraltro, si sottolinea la non riconducibilità del modello organizzativo della società mista a quello dell’affidamento *in house* e si dispone l’annullamento, nel caso di specie, della procedura di affidamento proprio per mancata definizione dei concreti compiti operativi collegati all’acquisto della qualità di socio.

<sup>17</sup> **Cons. Stato 824/2009; Cons. Stato, Ad. Plen. 3 marzo 2008, n. 1; Cons. Stato n. 4603/2008** nel senso che “*Nel caso di specie, la illegittimità della procedura esperita (...) risiede (...) nella indeterminatezza dei compiti che la nuova società sarà chiamata ad assolvere, in definitiva nella mancata identificazione dei concreti compiti operativi collegati all’acquisto della qualità di socio. Gli atti di gara, infatti, non identificano con sufficiente precisione le opere oggetto dell’appalto, limitandosi la stazione appaltante a indicare gli importi e i costi in termini di massima. La scelta del socio, ancorché selezionato con gara, non avviene dunque per finalità definite, ma solo al fine della costituzione di una società “generalista”, alla quale affidare l’esecuzione di lavori non ancora identificati al momento della scelta stessa*”

Sempre in tema di svolgimento di compiti operativi da parte del socio privato il Consiglio di Stato osserva: “*la Sezione (...) ritiene possibile affermare che tale compatibilità possa essere rinvenuta, alla stregua dei principi espressi, direttamente o indirettamente, dalla Corte di Giustizia, quantomeno in un caso: quello in cui – avendo riguardo alla sostanza dei rapporti giuridico - economici tra soggetto pubblico e privato e nel rispetto di specifiche condizioni (...) – non si possa configurare un “affidamento diretto” alla società mista ma piuttosto un “affidamento con procedura di evidenza pubblica” dell’attività “operativa” della società mista al partner privato, tramite la stessa gara volta alla individuazione di quest’ultimo. In altri termini, in questo caso, indicato di regola come quello del “socio di lavoro”, “socio industriale” o “socio operativo” (come contrapposti al “socio finanziario”), questo Consiglio di Stato ritiene che l’attività che si ritiene affidata (senza gara) alla società mista sia nella sostanza, da ritenere affidata (con gara) al partner privati scelto con una procedura ad evidenza pubblica che abbia ad oggetto, al tempo stesso, anche l’attribuzione dei suoi compiti operativi e quella della qualità di socio*” (Cons. Stato, parere n. 456/07)<sup>18</sup>.

La stessa Corte di Giustizia UE ha sancito la legittimità dell'affidamento diretto di un servizio pubblico in favore di una società a capitale misto, costituita specificamente per tale fine e con oggetto sociale esclusivo, nella quale il socio privato sia selezionato con procedura di evidenza pubblica, “previa verifica dei requisiti finanziari tecnici, operativi e di gestione riferiti al servizio da svolgere”, quand'anche sia prevista l'esecuzione preventiva di determinati lavori<sup>19</sup>.

Nell’ottica della Corte, in particolare, **“dato che i criteri di scelta del socio privato si riferiscono non solo al capitale da quest’ultimo conferito, ma altresì alle capacità tecniche di tale socio e alle caratteristiche della sua offerta in considerazione delle prestazioni specifiche da fornire, e dal momento che al socio in questione viene affidata (...) l’attività operativa del servizio di cui trattasi e, pertanto, la gestione di quest’ultimo, si può ritenere che la scelta del concessionario risulti indirettamente da quella del socio medesimo effettuata al termine di una procedura che rispetta i principi del diritto comunitario, cosicché non si giustificerebbe una seconda procedura di gara ai fini della scelta del concessionario”**<sup>20</sup>.

Emerge chiaramente, pertanto, come il legislatore della riforma, da un lato, persegua un obiettivo generale di liberalizzazione dei mercati di riferimento, dall’altro, punti a rinsaldare la componente privata nella compagine sociale; ciò avviene caratterizzando il privato quale detentore del *know-how* tecnico-operativo e, quindi, come fulcro dell’attività aziendale, mentre al partner pubblico viene riconosciuto il ruolo di apportatore di capitale<sup>21</sup>.

---

<sup>18</sup> Cfr. anche Cons. Stato n. 4080/2008, secondo cui “*la gara in pratica conferisce al privato, configurabile come socio industriale ed operativo, l’affidamento sostanziale del servizio svolto dalla società mista), escludendo di contro l’ammissibilità di società miste «aperte»*”.

<sup>19</sup> Corte di Giustizia CE, Sez. III, 15 ottobre 2009, n. C- 196/08.

<sup>20</sup> Corte di Giustizia CE, Sez. III, 15 ottobre 2009, n. C- 196/08.

<sup>21</sup> Alcuni commentatori hanno osservato come la soglia minima del 40 per cento, prevista dalla lett. b) per l’accesso diretto all’affidamento, si presti ad essere letta in funzione anti-crisi: tale soglia, posta in combinazione con il requisito della necessaria attitudine operativa del socio privato, parrebbe astrattamente idonea a favorire fenomeni di impulso del mercato e di valorizzazione delle potenzialità imprenditoriali del Paese, nel tentativo di creare le condizioni perché possano raccordarsi maggiormente i diversi profili del finanziamento, del rischio d’impresa e dell’operatività gestionale.

Da quanto detto emerge come nella società mista, la configurazione dell'interesse sociale sia frutto del difficile contemperamento dell'obiettivo "privatistico" di perseguimento del profitto (in mancanza del quale non avrebbe senso l'apertura al mercato) con quello "pubblicistico" di conseguimento di un adeguato standard nella prestazione del servizio, assunto dall'ente come servizio pubblico.

E' stato tuttavia correttamente osservato come ciò non comporti una alterazione causale dello schema societario, bensì solo una peculiare colorazione della "causa concreta" del contratto e del rapporto sociale: lo scopo lucrativo comune sussiste, risultando, tuttavia, per un verso, temperato dalla natura pubblicistica del servizio e dai limiti operativi della società mista (a cui è precluso di acquisire altre commesse), per altro verso, anche frammentato dalla differenziazione della diversa misura di partecipazione soggettiva dei soci agli utili e alle perdite<sup>22</sup>.

Con particolare riguardo al concetto di "**specifici compiti operativi**", ci si è chiesti se gli stessi siano suscettibili di essere intesi, nell'ottica perseguita dal legislatore, anche come meri apporti che il privato potrà dare *uti socius* all'interno della società (posto che comunque sul piano formale e contrattuale, è la società mista l'unica affidataria del servizio) ovvero come compiti la cui attribuzione al socio costituisca vera e propria esternalizzazione in suo favore di una parte del servizio (tesi formalistica); in tale ultimo caso, le nuove norme potrebbero condurre ad una modifica sostanziale della morfologia della società mista, avvicinandola ad un modello di tipo consortile o assimilabile a quello della società di progetto di cui all'art. 156 del Codice dei contratti pubblici (D.lgs. n. 163/06).

La giurisprudenza e la dottrina, tuttavia, sembrano avallare la tesi della configurazione degli specifici compiti in questione come apporti conferiti dal socio alla società ravvisandoli, più in generale, ogniquale volta in concreto vi sia un'organizzazione dei rapporti tra socio pubblico e socio privato per cui sono attribuiti al secondo specifici compiti operativi nella gestione del servizio (tesi sostanzialistica)<sup>23</sup>.

Ciò, specie se si considera che, precedentemente, non vi era alcuna norma che consentisse un *affidamento diretto* di parti del servizio al socio.

Difatti le società miste, per l'affidamento di lavori, servizi e forniture erano e sono tuttora soggette alle norme dell'evidenza pubblica salvo che ricorrano determinate condizioni (art. 32, comma 1, lett. c), e comma 3 del D.lgs. 163/2006).

Al riguardo si consideri che l'art. 6, comma 2, dello Schema di regolamento, richiama il comma 3 dell'art. 32, D.lgs. 163/2006 (Codice dei contratti pubblici), confermandone l'applicabilità "*se la scelta del socio privato è avvenuta secondo quanto previsto dall'articolo 23-bis, comma 2, lettera b)*" e cioè se la scelta del socio sia avvenuta "*mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi di cui alla lettera a)*

---

<sup>22</sup> Guerriera, *Lo Statuto delle Società miste*.

<sup>23</sup> Cfr. G. Scarafiocca, "*La nuova disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*" in [dirittodeiservizipubblici.it](http://dirittodeiservizipubblici.it) nel senso che "tutte le tipologie concrete di articolazione dei rapporti tra socio pubblico e socio privato in cui nella sostanza sono attribuiti al secondo specifici compiti operativi nella gestione del servizio sono idonee ad essere ricomprese nella previsione legislativa".

*del presente comma, le quali abbiano ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione dal servizio” (art. 23bis, comma2, lett. b).*

Ai sensi del su richiamato art. 32, comma 3, è escluso l’obbligo dell’evidenza pubblica per le società miste limitatamente alla realizzazione dell’opera o per lo svolgimento del servizio per cui la società è costituita “se ricorrono le seguenti condizioni: 1) la scelta del socio privato è avvenuta nel rispetto di procedure di evidenza pubblica; 2) il socio privato ha i requisiti di qualificazione previsti dal presente codice in relazione alla prestazione per cui la società è stata costituita; 3) la società provvede in via diretta alla realizzazione dell’opera o del servizio, in misura superiore al 70% del relativo importo”.

Ne consegue che, se la scelta del socio è avvenuta con procedure di evidenza pubblica aventi ad oggetto sia l’acquisto della partecipazione che l’attribuzione di specifici compiti operativi e la società provveda in via diretta alla realizzazione dell’opera o del servizio almeno per il 70%, questa non è tenuta ad applicare le norme del Codice dei Contratti<sup>24</sup>. Appare preferibile interpretare tale previsione nel senso che la legge presuppone sempre che il servizio sia svolto dalla società e non dal socio, quanto meno in misura superiore al 70% (nel qual caso l’attribuzione di specifici compiti operativi si concretizzerà, almeno prevalentemente, in un apporto del socio privato dall’interno della società), piuttosto che ritenersi la gara a doppio oggetto con attribuzione di specifici compiti operativi quale deroga alla previsione di cui al citato n. 3), comma 3, art. 32 del D.lgs. n. 163/06, e, quindi quale ipotesi di esternalizzazione del servizio in favore del socio.

Del resto in questo senso depono la considerazione secondo cui, prima dell’entrata in vigore del D.L. n. 135/09, l’affidamento è stato effettuato in favore della società mista in quanto tale e non del socio mentre la ripartizione dei compiti tra il pubblico ed il privato si è realizzata sempre all’interno della società.

In particolare, nella prassi si è affermata la tendenza ad attribuire al partner la facoltà di individuare i soggetti destinati a ricoprire le cariche di primo piano nella gestione sociale, riservando viceversa al pubblico una funzione di controllo (solitamente al privato la scelta dell’amministratore delegato ed al pubblico quella del presidente del consiglio di amministrazione): quanto detto è avvenuto e avviene, tuttavia, per mezzo di patti parasociali, non già mediante l’affidamento diretto al socio di parti del servizio.

Quanto all’**oggetto sociale** della società mista, in via di principio, può ritenersi che lo stesso possa essere notevolmente ampio ed eterogeneo in quanto la legge (*in primis* la riforma del diritto societario) non ha introdotto particolari prescrizioni al riguardo.

Quanto sopra rileva sia alla luce delle disposizioni che consentono – sebbene a determinate condizioni – l’affidamento simultaneo di una “pluralità” di servizi pubblici locali e la loro integrazione e ottimizzazione su base territoriale o per tipologia (art. 23-bis, commi 6 e 7); sia ai fini della interpretazione dell’art. 13, d.l. n. 223/2006 (come modificato dall’art. 48, comma 1, L. n. 99/2009, cd. “decreto Bersani!), che tuttora prescrive – se pur al di fuori del settore dei servizi pubblici locali e segnatamente in tema di società cd. “strumentali” – l’obbligatoria “esclusività” dell’oggetto sociale, il divieto di operare a favore di soggetti diversi dagli enti

costituenti o partecipanti e di assumere partecipazioni in altre società, statuendo espressamente la "nullità" dei contratti conclusi in violazione dei suddetti divieti (comma 4, art. 13).

Non si rinvengono, inoltre, a carico della società mista particolari obblighi in merito all'adozione di codici organizzativi "speciali", posto che l'autonomia statutaria consente di adottare soluzioni adeguate a soddisfare le istanze di entrambi i soci quanto ad apporti e finanziamenti, nomina di esponenti negli organi amministrativi e di controllo, caratterizzazione delle partecipazioni sociali, *corporate governance* e così seguendo.

Tuttavia, depongono nel senso della necessità di circoscrivere sul piano statutario l'attività che costituisce l'oggetto sociale:

- (i) l'esigenza di rapportare precisamente l'attività d'impresa alla fornitura del servizio pubblico che costituisce oggetto di affidamento diretto sulla base dei requisiti del partner privato e degli specifici compiti operativi attribuiti ad esso;
- (ii) l'orizzonte temporale necessariamente limitato dell'appalto o della concessione in funzione dei quali il rapporto societario con l'ente pubblico si svolge (secondo l'art. 3, comma 3, lett. c) dello schema di Regolamento attuativo dell'art. 23-bis d.l. n. 112/2008, la durata dell'affidamento deve essere commisurata alla consistenza e al periodo di ammortamento degli investimenti previsti nel capitolato di gara a carico del soggetto gestore);
- (iii) la prescrizione di matrice giurisprudenziale della esclusività e immutabilità dell'oggetto sociale (Corte di Giustizia Europea, sentenza del 15-10-2009 in causa n. C- 196/08; Consiglio di Stato, sez. VI, 16-3-2009, n. 1555);
- (iv) il divieto di svolgere, direttamente o indirettamente, altri servizi o attività (art. 23-bis, comma 9), con la presumibile conseguenza della "nullità virtuale" (art. 1418, comma 1, c.c.) dei contratti conclusi in violazione di tale norma proibitiva, che ha senza dubbio portata inderogabile e rilevanza generale di ordine pubblico economico;
- (v) la previsione della cessione dei beni strumentali a favore del gestore subentrante e dell'attribuzione di un indennizzo (art. 10 del Regolamento attuativo, richiamato anche dall'art. 3, lett. f) dello stesso Regolamento, secondo cui il bando di gara o la lettera di invito devono indicare "*i criteri e le modalità per l'individuazione dei beni ... e per la determinazione dell'eventuale importo spettante al gestore al momento della scadenza o della cessazione anticipata*").

La previsione di un oggetto sociale "esclusivo" e "circoscritto" in funzione dello scopo specifico della società – oltre ad interagire con le regole di validità dell'atto costitutivo (art. 2332, n. 3 c.c.) e con la disciplina del recesso (artt. 2437 e 2473 c.c.) – serve limitare e a porre un vincolo di condotta all'organo amministrativo (artt. 2361, 2384 e 2392 c.c.), fissando, al contempo, un parametro di valutazione della conformità degli atti deliberativi (artt. 2377, 2388 e 2479-ter c.c.).

Grazie a tale previsione statutaria, infatti, si precisa nei confronti della generalità dei terzi che la società mista è volta ad attuare un partenariato pubblico-privato istituzionalizzato (PPPI)<sup>25</sup>: con tutto quel che deriva sia dalla applicazione dei principi di trasparenza, parità di trattamento, non discriminazione operanti in materia<sup>26</sup>, sia dai limiti ai poteri di rappresentanza degli amministratori.

La società mista, in questa prospettiva, è assimilabile a una *incorporated joint-venture* – in cui il socio privato agisce comunque quale fornitore di prestazioni e di servizi (alla P.A. o al pubblico per conto della stessa), operante in regime di concorrenza, configurandosi come la “cornice” di un rapporto di cooperazione economico-giuridica formalmente strutturato ed organizzato anche sul versante esterno.

La società mista si configura, quindi, oggi come una particolare modalità di affidamento del servizio pubblico, che deve essere precisamente determinato nella tipologia, nella quantità e nella durata, cioè come una formula organizzativa negoziale che consente al committente di indirizzare e sorvegliare la gestione del partner privato prescelto con gara e al quale viene, per questa ragione, imposta una sorta di “*coabitazione societaria*” (parere Consiglio di Stato n. 456/2007).

### **I.3. I divieti ex comma 9, art. 23bis**

Il citato art. 15 ha legittimato il modello della gara con il doppio oggetto nell’ambito delle società miste, differenziando il caso di società mista costituita per una specifica missione, in base a una gara che abbia a oggetto la scelta del socio e l’affidamento della specifica missione, dall’ipotesi in cui si intendano affidare ulteriori appalti a una società mista già costituita.

Nel secondo caso non è possibile affidare in via diretta alla società, dopo l’esperienza della gara “a doppio oggetto”, ulteriori servizi (comma 9, art. 23bis<sup>27</sup>).

---

<sup>25</sup> Una specifica definizione di partenariato pubblico privato (P.P.P.) la si trova ora nell’art. 3, comma 15-ter, del d.lgs. n. 163/2006, secondo cui “*Ai fini del presente codice, i “contratti di partenariato pubblico privato” sono contratti aventi per oggetto una o più prestazioni quali la progettazione, la costruzione, la gestione o la manutenzione di un’opera pubblica o di pubblica utilità, oppure la fornitura di un servizio, compreso in ogni caso il finanziamento totale o parziale a carico di privati, anche in forme diverse, di tali prestazioni, con allocazione dei rischi ai sensi delle prescrizioni e degli indirizzi comunitari vigenti. Rientrano, a titolo esemplificativo, tra i contratti di partenariato pubblico privato la concessione di lavori, la concessione di servizi, la locazione finanziaria, l’affidamento di lavori mediante finanza di progetto, le società miste. Possono rientrare altresì tra le operazioni di partenariato pubblico privato l’affidamento a contraente generale ove il corrispettivo per la realizzazione dell’opera sia in tutto o in parte posticipato e collegato alla disponibilità dell’opera per il committente o per utenti terzi. Fatti salvi gli obblighi di comunicazione previsti dall’articolo 44, comma 1-bis del decreto-legge 31 dicembre 2007, n. 248, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 febbraio 2008, n. 31, alle operazioni di partenariato pubblico privato si applicano i contenuti delle decisioni Eurostat*”.

<sup>26</sup> Comunicazione interpretativa della Commissione del 12-4-2008.

<sup>27</sup> Art. 23bis, comma 9: “***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), 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 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***”.

La novella ha ricompreso, infatti, nel divieto per i soggetti in affidamento diretto di gestire servizi ulteriori o in ambiti territoriali diversi e di partecipare a gare di cui al comma 9 anche le società miste, specificando altresì che il suddetto divieto opera per tutta la durata della gestione.

Inoltre, come era già previsto nel testo previgente, il divieto *de quo* non si applica alle società quotate in mercati regolamentati nonchè – a seguito delle modifiche apportate in Senato - al socio privato selezionato con gara pubblica.

*Ratio* di tale limitazione è quella di evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità degli operatori<sup>28</sup>.

In precedenza, le società miste per la gestione di "*servizi pubblici locali a rilevanza economica*" previste dal T.U.E.L. si configuravano come dei soggetti imprenditoriali autonomi e operanti in regime di diritto comune, in dipendenza sia dell'inibizione di ogni agevolazione finanziaria o tributaria (art. 113, comma 10, TUEL), sia della defunzionalizzazione del rapporto con l'ente pubblico, restando tale regolamentazione affidata essenzialmente al contratto di servizio che doveva prevedere determinati standard minimi e adeguati strumenti di verifica dei livelli di servizio previsti, nonché sanzioni (cfr. art. 113, comma 11: abrogato, ma sostituito oggi dalla previsione equipollente dell'art. 3, comma 5 dello schema di Regolamento).

Permaneva, anche in quell'assetto, una certa ambiguità del "ruolo" dell'ente pubblico, per sua natura diviso fra l'esigenza di garantire sul piano politico-amministrativo la prestazione di un servizio pubblico soddisfacente per gli utenti, in termini qualitativi e quantitativi, e l'esigenza di svolgere il compito economico-imprenditoriale tipico di "partecipante stabile" e talora anche di "socio di controllo" della società affidataria del servizio locale.

Il riconoscimento della "libertà concorrenziale" della società mista e la sua legittimazione a partecipare, fuori dal loro ambito di origine, alle gare per l'affidamento di altri servizi pubblici locali – sia pure temperato dal limite negativo, per cui l'impegno extra-territoriale non doveva distogliere risorse in misura tale da pregiudicare il conseguimento del suo scopo primario<sup>29</sup> - deponeva, peraltro, senza equivoci, nel senso di una società totalmente "despecializzata".

Oggi, invece, il divieto in esame, esteso anche alle società a partecipazione mista, le quali dovranno avere quindi un oggetto sociale esclusivo e incontreranno limiti operativi assai rigidi, le connota di un ulteriore elemento di specialità.

In dottrina non manca chi, osservando come la società mista concretizzi di fatto un modulo societario e civilistico ordinario, essendo destinata ad operare sullo stesso piano dell'impresa interamente in mano di soggetti privati e in concorrenza con quest'ultima, ritiene inspiegabile il divieto *de quo*, tenuto conto che la stessa agisce

---

<sup>28</sup> A tale *ratio* si ispira anche l'art. 13 del d.l. n. 223 del 2006 ("*Norme per la riduzione dei costi degli apparati pubblici regionali e locali e a tutela della concorrenza*"). Questa specifica disposizione limita il raggio di azione nel mercato delle società a capitale interamente pubblico o pubblico-privato che producono beni e servizi strumentali all'attività degli enti pubblici che le controllano, al fine di impedire che divengano operatori del mercato a tutto tondo. Si tratta però di una disposizione che esclude perentoriamente i servizi pubblici locali dal suo ambito applicativo e che dunque parrebbe riferirsi solo alle società che sono chiamate ad esercitare in *outsourcing* alcune attività di competenza dell'ente locale.

<sup>29</sup> Cons. Stato, sez. V, 3 settembre 2001, n. 4586; C.S., sez. V, 25-8-2008, n. 4080 sulla possibilità delle società miste di partecipare a gare di servizi indette da altre amministrazioni.

in tutto e per tutto in un contesto competitivo (il socio privato è scelto con gara; il servizio è affidato con gara; la gara indica le attività operative).

Il comma 9 pone, per contro, sullo stesso piano, da un lato, le società che gestiscono un servizio pubblico locale in virtù di affidamento diretto o di procedura non ad evidenza pubblica; dall'altro, le società miste ex comma 2, lettera b), soggetti questi ultimi affidatari di gestioni sulla base di procedure concorrenziali.

L'attività *extra moenia* o l'acquisizione di servizi ulteriori può, del resto, rappresentare uno strumento per ottenere economie di scala e, comunque, per assicurare gli equilibri nella gestione finanziaria della società stessa. Si noti, peraltro, come sopra accennato, che tali limiti non toccano viceversa il socio, cioè il partner selezionato come tale, il quale resta libero di partecipare a gare e acquisire altri servizi, fuori dall'ambito della società "contratta" per lo scopo specifico della gestione della commessa (comma 9, art. 23bis<sup>30</sup>). Il socio privato, in particolare, da un lato, mantiene intatta la sua autonomia e libertà d'azione imprenditoriale fuori dalla *partnership* con l'ente pubblico; dall'altro, però, è gravato di precisi obblighi a favore del nuovo gestore subentrante (si veda l'art. 10, "*Cessione dei beni in caso di subentro*", del Regolamento attuativo).

In dottrina si sottolinea come una simile previsione difetti di sistematicità, dato che il socio che ha investito le proprie risorse organizzative, finanziarie e industriali in quella determinata società ben potrebbe avere interesse a che sia proprio essa a poter concorrere in altre occasioni <sup>31</sup>.

Quanto all'aspetto problematico della **circolazione delle partecipazioni nelle società a capitale misto**, costituite per l'affidamento di un servizio pubblico a rilevanza economica, si rileva che la cessione delle partecipazioni dell'ente pubblico affidante, ad altro soggetto (diverso dal partner privato prescelto per la gestione "in comune" del servizio), da un lato, potrebbe entrare in contrasto con clausole statutarie – da quelle caratterizzanti le azioni come di pertinenza esclusivamente pubblica a quelle limitative della loro circolazione –, oltre che con i patti parasociali e gli accordi preparatori volti a regolare il c.d. assetto proprietario della società mista.

Per altro verso, la cessione della partecipazione del socio privato ad altro imprenditore potrebbe contrastare con la disciplina inderogabile in materia di affidamento del servizio<sup>32</sup> o incontrare ostacolo nel principio di cui all'art. 116 d.lgs. n. 163/2006; mentre la sua cessione allo stesso o ad altro ente pubblico entrerebbe in conflitto con i limiti posti dall'art 23-bis alla gestione *in house*.

---

<sup>30</sup> Art. 23bis, comma 9, ultimo cap.: "*Il divieto di cui al periodo precedente opera per tutta la durata della gestione e non si applica alle società quotate in mercati regolamentati e al socio selezionato ai sensi della lettera b) del comma 2. 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 essi forniti*".

<sup>31</sup> La legge di conversione, poi, ha anche precisato che la capacità delle società che abbiano avuto un affidamento diretto di tornare a partecipare a gare, dopo la cessazione del servizio, copre l'intero territorio nazionale per la tipologia di servizi da essa forniti.

<sup>32</sup> Consiglio di Stato, sez. V, n. 591/2009.

Al contempo, guardando alla prassi statutaria della *joint venture company*, il divieto assoluto per il socio di cedere le partecipazioni ovvero l'assoggettamento dell'efficacia della cessione al consenso (o al mero gradimento) degli altri partners appare del tutto fisiologico, attesa la sua funzione strumentale rispetto al progetto aziendale condiviso.

Al riguardo può osservarsi che se la società mista è costituita in forma di s.r.l., per ovviare agli ostacoli appena citati occorrerà inserire nello statuto una clausola di intrasferibilità delle partecipazioni, giacché l'art. 2469 c.c., nel prevederne in generale la libera circolazione, fa salva la "*contraria disposizione dell'atto costitutivo*".

Se, invece, essa è costituita in forma di s.p.a., la posizione di un divieto assoluto di trasferimento delle azioni colliderebbe con il limite quinquennale di cui all'art. 2355-bis, comma 1, c.c..

Del resto, come già detto, nel partenariato, pubblico-privato di tipo istituzionale (PPPI), il socio pubblico è chiamato a conservare un "*livello di controllo relativamente elevato*" sullo svolgimento dell'operazione<sup>33</sup>, mentre l'apporto del socio privato deve consistere, oltre che nel conferimento di capitali o di altri elementi dell'attivo, nella "*diretta partecipazione*" all'esecuzione dei compiti assegnati alla società mista o nella gestione stessa dell'impresa di servizi<sup>34</sup>. Deve trattarsi, infatti, di un socio "industriale", ossia "tecnico" e "operativo", destinato ad assumere – in tutto o in parte – lo svolgimento del servizio pubblico oggetto di affidamento<sup>35</sup>.

Da ciò nasce, pertanto, l'esigenza di dettare, sul piano statutario e, all'occorrenza, parasociale, una peculiare regolamentazione dei rapporti fra socio pubblico e socio privato, inerenti gli assetti proprietari, il governo della *joint-venture company* e l'esercizio della società, al di là delle previsioni del contratto di servizio.

Tale regolamentazione si potrebbe ricondurre, secondo alcune prospettazioni dottrinali, alla categoria degli "accordi sostitutivi del provvedimento" ex art. 11 L. n. 241/1990, costituendo il titolo in forza del quale la gestione del servizio pubblico viene conferita alla società mista a fronte di un prezzo corrisposto da questi e, di norma, con la contestuale assunzione di doveri e oneri prestabiliti dall'ente pubblico.

Al riguardo si osserva come sia tipica della *incorporated joint-venture* proprio la circostanza che l'accordo di base (*Agreement*) interagisce fisiologicamente con gli *statutes* (*the corporate instruments of the joint-venture company*) e con gli *ancillary agreements* (volti a regolare i rapporti tecnico economici fra i soci e la società).

La suddetta autoregolamentazione dovrà essere predisposta e resa nota nelle sue linee essenziali già nel bando di gara e nell'allegato capitolato d'oneri<sup>36</sup>.

#### **I.4 - Il periodo transitorio**

Quanto al periodo entro cui è fatto obbligo alle società miste di uniformarsi alle nuove disposizioni, ai sensi del comma 8, art. 23 bis, lett. b) e c) ed e), occorre distinguere<sup>37</sup>:

<sup>33</sup> Cfr. il Libro verde relativo ai partenariati pubblico-privati del 30-4-2004.

<sup>34</sup> Comunicazione interpretativa della Commissione CE del 12-4-2008 cit..

<sup>35</sup> Cons. di Stato, Ad. Plen., 3-3-2008, n. 1; C.S., Sez. VI, 16-3-2009, n. 1555).

<sup>36</sup> Comunicazione interpretativa della Commissione CE del 12-4-2008.

<sup>37</sup> Si precisa che la nuova disciplina del periodo transitorio non distingue a seconda del tipo di servizio, come avveniva nel testo previgente dell'art. 23 bis, ma detta regimi e scadenze differenziate per tutti i servizi pubblici locali, riguardati dalla

a) gli affidamenti in favore di società miste il cui socio privato sia stato scelto con procedure ad evidenza pubblica che tuttavia “**non** abbiano avuto ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l’attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio”, i quali cessano alla data del 31 dicembre 2011 (lett. b, comma 8, art. 23bis);

b) gli affidamenti in favore di società miste il cui socio privato sia stato scelto con procedure ad evidenza pubblica che **abbiano** avuto ad oggetto “*al tempo stesso la qualità di socio e l’attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio*”, i quali cessano alla scadenza contrattuale (lett. c, comma 8, art. 23bis);

c) gli affidamenti in favore di società miste il cui socio privato non sia stato scelto con procedure ad evidenza pubblica, i quali cessano, alla data del 31 dicembre 2010 (criterio residuale lett. e, comma 8, art. 23 bis).

In merito alle fattispecie di cui alle lettere a) e b), in particolare, un problema interpretativo rilevante riguarda la precisazione di cosa si intende per procedura ad evidenza pubblica che abbia ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l’attribuzione di compiti operativi (lett. b).

Se, infatti, si accoglie un’interpretazione *formalistica*, tale, cioè, da richiedere che vi fosse a monte un bando di gara che espressamente abbia previsto l’acquisto delle quote e l’assunzione della gestione diretta di tutto o *parte* del servizio in capo al socio, la grande maggioranza, se non la totalità delle società miste esistenti, anche là dove sia stata esperita una procedura di gara per la scelta del partner, non corrisponderebbero a questo modello e la relativa norma sul periodo transitorio ne determinerebbe la cessazione anticipata: ciò in quanto, anteriormente alla riforma in esame, l’assunzione di un ruolo operativo da parte del socio privato avveniva egualmente, ma non con l’affidamento diretto del servizio al socio, come sopra visto.

Viceversa, accogliendo una interpretazione di tipo *sostanzialistico* delle nuove norme, le società miste, il cui socio privato sia stato scelto con gara e allo stesso, per mezzo dei suesposti assetti di *governance*, sia stato affidato un ruolo di primo piano nella gestione della società, potranno essere ricomprese nella previsione sul periodo transitorio di cui sopra e così traggurdate sino alla scadenza contrattuale.

## **II. IL CARATTERE DEROGATORIO DELL’AFFIDAMENTO “IN HOUSE” E IL RUOLO DELL’AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO**

### **II.1 – Il restringimento dell’in house e la funzione dell’AGCM.**

Il nuovo comma 4 dell’art. 23bis prevede che, nelle ipotesi di affidamento *in house*<sup>38</sup>, l’ente affidante, oltre a dare adeguata pubblicità alla scelta -“*motivandola in base ad un’analisi del mercato*” - contestualmente

---

disposizione in parola, a seconda della modalità di affidamento.

<sup>38</sup> “*In deroga alle modalità di affidamento ordinario di cui al comma 2, per situazioni eccezionali che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un’efficace ed 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*” (**art. 23 bis, comma 3**).

trasmetta “una relazione contenente gli esiti della predetta verifica all’Autorità garante della concorrenza e del mercato”, per acquisirne il parere<sup>39</sup>.

L’emanando regolamento attuativo (di cui al comma 10 dell’art. 23-bis, e non già la stessa AGCM, come previsto nel testo anteriore alla legge di conversione) è chiamato a stabilire le soglie di rilevanza degli affidamenti in modo da evitare per l’Autorità un impegno eccessivo in casi che non lo giustificerebbero, secondo una sorta di regola *de minimis* (comma 4-bis, 23bis, aggiunto dall’art. 15).

In tal modo la legittimazione del nuovo *in house* consegue a una doppia valutazione; l’una di tipo sociale dell’ente locale, secondo i parametri del comma 3 del citato art. 23-bis, l’altra economica e giuridica della Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

Rispetto alla sua originaria formulazione, il nuovo testo dell’art. 23 bis non prevede che siano necessari i pareri delle autorità di regolazione, affidandosi esclusivamente al parere - obbligatorio ma non vincolante - dell’AGCM, espressamente precisandone il carattere “preventivo”<sup>40</sup>.

Difetta ancora, invece, qualsivoglia indicazione circa le modalità da seguire per assicurare il rispetto del predetto obbligo di pubblicità.

Il termine per la pronuncia dell’*Antitrust* rimane invariato (60 giorni dal ricevimento della relazione, anziché 20, salva decorrenza *ex novo* in caso di richiesta di informazioni integrative<sup>41</sup>), ma è oggi espressamente prescritto che in caso di mancato rispetto dello stesso, il parere si intende reso favorevolmente (principio del silenzio assenso).

Ciò posto, dunque, l’atto di affidamento in deroga (ovvero “in house”) del pubblico servizio dovrà ritenersi perfezionato, nel suo *iter* a formazione progressiva, solo dopo che il parere è stato reso ovvero, laddove inutilmente decorsi i termini di legge senza che l’Autorità adita abbia rappresentato esigenze istruttorie, solo dopo l’intervenuta decorrenza del termine medesimo.

Nella “Comunicazione sull’applicazione dell’art. 23-bis, comma 3, del Decreto Legge n. 112/2008 convertito in Legge n. 133/2008 relativo all’affidamento in house dei servizi pubblici locali di rilevanza economica”, adottata

---

<sup>39</sup> Nei casi di cui al comma 3, l’ente affidante deve dare adeguata pubblicità alla scelta, motivandola in base ad un’analisi del mercato e contestualmente trasmettere una relazione contenente gli esiti della predetta verifica all’Autorità garante della concorrenza e del mercato per la espressione di un parere preventivo, da rendere entro sessanta giorni dalla ricezione della predetta relazione. Decorso il termine, il parere, se non reso, si intende espresso in senso favorevole (art. 23bis, comma 4).

<sup>40</sup> Si noti comunque che nel recente “Comunicato Stampa dell’AGCM in merito alla legge annuale per il mercato e la concorrenza” del 9/02/2010 si legge: “Nel settore postale e dei trasporti, a garanzia del completamento dei processi di liberalizzazione e dell’effettivo raggiungimento di risultati concorrenziali, **occorre l’istituzione di due regolatori caratterizzati da indipendenza ed elevata competenza tecnica**. L’applicazione dei generali principi di efficienza ed economicità dell’azione amministrativa suggerisce di evitare la proliferazione di organismi di controllo: le nuove funzioni vanno attribuite ad Autorità già esistenti che possiedono le caratteristiche richieste. Le Autorità già operative potranno eventualmente istituire sezioni separate all’interno della propria struttura organizzativa, per supplire ai nuovi compiti di regolazione pro-concorrenziale”.

<sup>41</sup> Cfr. punto 7 della “Comunicazione sull’applicazione dell’art. 23-bis, comma 3, del Decreto Legge n. 112/2008 convertito in legge n. 133/2008 relativo all’affidamento in-house dei servizi pubblici locali di rilevanza economica”, adottata con Delibera AGCM del 16 ottobre 2008.

con delibera del 16 ottobre 2008, l'AGCM individua alcuni tratti del perimetro del suo intervento consultivo, prescrivendo le modalità relative alla presentazione della richiesta di parere da parte degli enti locali ai sensi dell'art. 23-bis.

Punti qualificanti della citata Comunicazione sono i seguenti:

i) **Ambito di applicazione:** i compiti consultivi dell'Autorità operano solo nei confronti degli enti locali territoriali e con riguardo alla scelta di modelli gestionali implicanti l'affidamento diretto in deroga all'evidenza di servizi pubblici locali a rilevanza economica;

ii) **Natura dei servizi:** trattasi dei soli servizi aventi rilevanza economica che l'Autorità definisce come *“tutti quelli aventi ad oggetto la produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali con esclusione dei servizi sociali privi di carattere imprenditoriale”*;

iii) **Caratteristiche degli affidamenti in deroga:** l'Autorità stigmatizza come l'affidamento in deroga deve rispettare i principi elaborati in proposito dalla Corte di Giustizia, che riconducono il regime dell'autoproduzione ad un modello organizzatorio di carattere eccezionale, e altresì deve essere supportato dalle peculiari motivazioni d'ordine economico, sociale, ambientale e geomorfologico del territorio di riferimento, così, di fatto, ulteriormente circoscrivendo l'ammissibilità dell'istituto.

iv) **Modalità di presentazione della richiesta di parere:** l'Autorità, al riguardo, fornisce un apposito formulario che, corredato dalle informazioni e dai documenti rilevanti, deve essere compilato dall'ente locale interessato ed inviato all'Autorità prima della delibera con la quale l'ente stesso affiderà il servizio ed in ogni caso, in tempo utile per il rilascio del prescritto parere.

Ciò conferma la natura di atto consultivo endoprocedimentale, con valenza obbligatoria sebbene vincolante rispetto alla decisione finale dell'ente.

In particolare, nella Comunicazione su richiamata si richiede all'ente locale affidante di fornire all'Autorità almeno:

a) una relazione contenente gli esiti dell'indagine di mercato dai quali risulti, in termini comparativi, la convenienza dell'affidamento diretto rispetto all'esperimento di una procedura ad evidenza pubblica;

b) informazioni circa le modalità con le quali sono resi pubblici gli elementi di cui al punto sub a);

c) tutte le indicazioni soggettive relative all'impresa/e interessata/e;

d) dati relativi al tipo ed al valore dei servizi in questione;

e) l'atto costitutivo, lo statuto e le informazioni relative al campo di attività della società affidataria;

f) informazioni concernenti le caratteristiche economiche del settore o del mercato tali da giustificare l'affidamento in house;

g) indicazioni in merito ai principali concorrenti;

h) indicazioni in merito alle eventuali forme di finanziamento o di sussidio dell'attività oggetto di affidamento e delle attività a questa connesse.

In caso di incompletezza delle informazioni fornite dall'ente, l'Autorità può fissare un termine per il completamento della richiesta di parere. In tal caso, il termine di sessanta giorni previsto per il rilascio del parere decorre nuovamente dal ricevimento delle informazioni complete.

In ogni caso, qualora lo ritenga necessario, l'Autorità può richiedere all'Ente ulteriori informazioni ai fini della valutazione<sup>42</sup>.

Come si evince da quanto esposto, la valutazione operata dall'AGCM non si limita alla sola analisi dei dati di mercato, estendendosi anche a quella del contesto di *governance* e della struttura dei poteri statutari, con riguardo ad un'evidente verifica dei meccanismi di controllo analogo

v) Effetti del parere rilasciato: l'Autorità ritiene poi che l'ente locale debba tenere nella dovuta considerazione le valutazioni rese con il parere; ciò significa, come per ogni parere obbligatorio, che laddove l'organo consiliare ritenesse di voler procedere in difformità dal parere dovrà comunque opportunamente motivare la decisione, anche rispetto alle deduzioni recate nel parere stesso, onde evitare ipotesi di illegittimità dell'atto di affidamento.

La non vincolatività del parere dell'AGCM e la prevista equiparazione tra parere non tempestivamente reso e parere favorevole desterebbe, secondo parte della dottrina, più di qualche perplessità<sup>43</sup>.

Si segnala, inoltre, il rischio di una mole eccessiva di richieste di deroga che potrebbe rendere molto difficile l'emanazione dei pareri in tempi utili<sup>44</sup>.

Al di là delle perplessità rilevate, può comunque ragionevolmente ritenersi, come pure rilevato dalle

---

<sup>42</sup> Punto 7, “Comunicazione sull'applicazione dell'art. 23-bis, comma 3, del Decreto Legge n. 112/2008 convertito in Legge n. 133/2008 relativo all'affidamento in house dei servizi pubblici locali di rilevanza economica” cit..

<sup>43</sup> In dottrina ci si domanda se la tutela della concorrenza non meritasse, nel contesto del nuovo art. 23-bis, di essere protetta ad un maggior grado mediante l'esclusione (rectius, la non introduzione) del silenzio-assenso procedimentale e l'esplicita connotazione del parere dell'AGCM quale atto vincolante. Si è osservato, in particolare, come tali previsioni non sembrino del tutto coerenti con lo schema disegnato dal nuovo art. 16 della l. 241/90 (riformato dalla l. 69/09). E ciò non solo e non tanto per la differente estensione del periodo utile concesso, che è di 60 giorni,; quanto piuttosto perché l'art. 16, in tema di pareri obbligatori (quale quello contemplato dal comma 4 dell'art. 23-bis) fa discendere dalla mancata comunicazione la semplice facoltà “dell'amministrazione richiedente di procedere indipendentemente dall'espressione del parere”; conseguenza questa che, ad ogni evidenza, è ben diversa dal connotare esplicitamente il parere come favorevole. Peraltro, secondo il regime ordinario (art. 16, comma 2, L. 241/90), il parere obbligatorio non comunicato (a differenza di quello facoltativo, che se non ottenuto obbliga la P.A. a procedere “indipendentemente dall'espressione del parere”) abilita implicitamente l'amministrazione richiedente ad insistere per la sua emissione (quella di “procedere indipendentemente” costituisce, infatti, una mera facoltà). Laddove, invece, il parere non dato equivalga a parere favorevole, come nell'art. 23-bis in commento, l'amministrazione sembra privata del potere di dilazionare l'iter procedimentale in attesa dell'atto consultivo: cfr. LILLI F., *La nuova disciplina di riforma dei servizi pubblici locali*, [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it)

<sup>44</sup> Commissione Affari costituzionali Senato della Repubblica, “Art. 15, *Adeguamento alla disciplina comunitaria in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica*”, ottobre 2009, ove altresì si osserva che “data la delicatezza delle forme e dei contenuti operativi, con i quali possono essere operati gli affidamenti con gara, andrebbe previsto un intervento di supporto tecnico e di verifica formale anche dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, al fine di evitare che obiettivi fondamentali di apertura alla concorrenza possano essere vanificati da incoerenti modalità di gara”. Proprio rispetto all'enorme mole di lavoro che si profilerebbe nei confronti dell'Antitrust in seguito alle attribuzioni di amministrazione consultiva ad essa conferite dalla legge di riforma, l'Autorità è intervenuta, in sede di esame parlamentare della legge di conversione al D.L. 112/2008, segnalando al Governo ed al Parlamento come essa, sebbene impegnandosi “...a svolgere al meglio la funzione, sia pure solo consultiva, che le viene assegnata, [...] rileva con preoccupazione come l'attribuzione di tali nuove competenze non si accompagni all'assegnazione di risorse aggiuntive le quali, invece, risultano assolutamente necessarie ai fini dello svolgimento dei nuovi compiti istituzionali, pena il pregiudizio nell'efficiente adempimento anche di quelli già esistenti”: AGCM, segnalazione n. AS 457 del 24 luglio 2008.

associazioni di categoria<sup>45</sup>, che il parere dell'AGCM, pur non avendo carattere vincolante per l'ente affidante, costituisce senza dubbio un importante elemento dissuasivo che, a fronte di un eventuale non adeguamento ad esso da parte del soggetto obbligato a richiederlo, potrebbe essere fatto valere in giudizio dalle aziende interessate ad aggiudicarsi il servizio<sup>46</sup> (oltre che elemento costitutivo soggettivo di colpa grave, sotto il profilo della responsabilità amministrativo-patrimoniale, che potrebbe essere fatto valere in caso di sindacato dell'operato amministrativo da parte della Corte dei Conti).

Alla luce di quanto sopra, il compito che la riforma affida all'Autorità può dirsi, pertanto, di notevole rilievo, essendo il parere in questione nella gran parte dei casi di fatto destinato a segnare la sorte dell'iniziativa presa dall'ente locale sia per l'autorevolezza dell'istituzione da cui promana e per i riflessi politico-amministrativi che possono derivarne, sia per il ruolo che dovrebbe svolgere in relazione a probabili contenziosi amministrativi<sup>47</sup>.

In quest'ottica si pongono quanti sostengono che la funzione attuale dell'AGCM tenda progressivamente ad allontanarsi da quella che contrassegna la sua principale missione istituzionale, quale la tutela della concorrenza in senso stretto<sup>48</sup> avvicinandosi a funzioni di regolazione vere e proprie.

## **II.2 . Prime esperienze applicative ex comma 4, art. 23bis.**

Nel corso dell'anno 2009, l'AGCM ha espresso diversi pareri in merito alla legittimità dell'affidamento *in house*.

L'analisi dei pareri espressi dall'Autorità ai sensi dell'art. 23 bis in commento nelle prime esperienze applicative confermano il suo ruolo di “guardiano della privatizzazione” e caratterizzano la funzione del parere come improntata, più che a procedere a complesse analisi giuridico-economiche, piuttosto ad arginare il rinnovo degli affidamenti *in house*.

Con particolare riguardo al servizio di trasporto pubblico locale nell'ambito della Provincia Autonoma di Trento<sup>49</sup>, l'Autorità, dopo aver precisato che il principio costituzionale di autonomia dei poteri locali non può

---

<sup>45</sup> ANAV, Assemblea 2009, Relazione del Presidente, 18 giugno 2009.

<sup>46</sup> In questo senso anche AGCM, “Comunicazione relativa alle procedure di applicazione dell'art. 23 bis” del 16 ottobre 2008 ove espressamente si afferma che “l'ente locale è chiamato a tenere nella dovuta considerazione le valutazioni espresse nel parere rilasciato”.

<sup>47</sup> Al riguardo particolare rilevanza assume quanto auspicato nel “Comunicato Stampa dell'AGCM in merito alla legge annuale per il mercato e la concorrenza” del 9/02/2010 ove si legge: “Anche per supportare una più omogenea applicazione a livello locale delle riforme di liberalizzazione nazionale, l'Antitrust chiede di potere sollevare, direttamente nell'ambito dei propri procedimenti di accertamento di illeciti o per il tramite del Consiglio dei Ministri, questioni di legittimità costituzionale in relazione a normative che violano il principio costituzionalmente protetto della libera concorrenza. L'Autorità dovrebbe inoltre potere impugnare davanti al giudice amministrativo gli atti della pubblica amministrazione di particolare rilevanza economica che violino norme comunitarie e nazionali a tutela della concorrenza, al fine di incentivare al massimo il ricorso a procedure di gara trasparenti e non discriminatorie negli atti pubblici in materia di concessioni o appalti”.

<sup>48</sup> La tutela della concorrenza è attività che opera *ex post*, mira al controllo del potere di mercato e si esprime soprattutto nell'accertamento di illeciti che ledano i valori concorrenziali. Il controllo sull'esistenza dei severi requisiti che oggi possono ammettere un affidamento *in house* è invece un compito di natura regolatoria, imperniato su valutazioni *ex ante* ed è finalizzato, più che alla liberalizzazione, a dar concretezza a quel *favor* legislativo per la privatizzazione del soggetto erogatore dei servizi pubblici locali (L. ARNAUDO, *I servizi pubblici, l'antitrust e l'articolo 23 bis. Bandoli da un imbroglio, Mercato concorrenza e regole*, 2009).

<sup>49</sup> AGCM, Parere 4 maggio 2009, AS518, Boll. 15/2009, ove in particolare si contesta alla amministrazione provinciale di

giustificare “neppure da parte di Regioni e Province a statuto speciale (...) scelte normative ed amministrative che possono essere in contrasto con i principi di tutela della concorrenza”, ha ritenuto che la modalità di affidamento *in house* del trasporto pubblico locale prescelta dall’amministrazione provinciale non sia stata motivata con la dimostrazione, normativamente prevista, della sussistenza di “peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale” che non permetterebbero un efficace e valido ricorso al mercato.

Per esigenza di sintesi, nell’ambito dei pareri resi è possibile isolare tre orientamenti di massima, come di seguito riportati.

a) In una serie di casi, piuttosto numerosi<sup>50</sup>, l’Autorità dichiara l’insussistenza dei presupposti per il rilascio del parere, in quanto non ravvisa neppure i requisiti minimi per configurare la fattispecie *Teckal*. In particolare, spesso l’Autorità stigmatizza la circostanza che la società abbia un oggetto sociale comprendente anche la prestazione di servizi e lo svolgimento di attività che vanno oltre lo specifico servizio pubblico che si vorrebbe affidare in via diretta. La mera possibilità di una espansione dell’attività sociale è percepita come una contraddizione col requisito della “prevalenza” che deve qualificare le società *in house*: nella sostanza, l’Autorità sembra affermare che una tale figura presupponga un assorbimento esclusivo nei compiti di rilievo pubblicistico e che le sia inibito svolgere attività commerciale, anche solo accessoria a quella mirata alla realizzazione di interessi pubblici.

Non si riscontra, invece, una verifica analitica sul fatturato potenziale né una valutazione approfondita sulla eventuale marginalità delle attività ulteriori e ci si affida ad una valutazione *ex ante* di tipo prognostico che, però, parrebbe avere un rilievo solo formale e basato sull’oggetto statutario.

Proprio sulla rilevanza potenziale dell’oggetto sociale è maturata una divergenza di vedute tra la Corte di Giustizia UE ed il Consiglio di Stato, l’una più permissiva e favorevole ad una verifica sostanziale ed *ex post* che non valga, come tale, ad inibire da principio l’affidamento diretto e l’altro invece più severo ed agganciato al profilo formale<sup>51</sup>. In quest’ottica, un tale orientamento dell’Autorità sembra discostarsi da quello del giudice comunitario ed avvicinarsi a quello del giudice nazionale.

---

non aver provveduto a compilare l’apposito formulario predisposto dall’Autorità, limitandosi la stessa a fornire alcuni elementi di carattere qualitativo a supporto dei vantaggi dell’affidamento *in house*.

<sup>50</sup> Cfr. AGCM, parere del 11 giugno 2009, AS573; parere del 25 giugno 2009, AS609; parere dell’1 luglio 2009, AS561; Id., parere dell’1 luglio 2009, AS599, in [www.agcm.it](http://www.agcm.it).

<sup>51</sup> Corte di giustizia CE, Sez. III, 10 settembre 2009, causa C-573/07 secondo cui “Qualora, al momento dell’affidamento dell’appalto, il capitale della società affidataria sia interamente detenuto dall’amministrazione aggiudicatrice (da sola o con altre autorità pubbliche), l’apertura a investitori privati del capitale della società può essere presa in considerazione solo se in quel momento esiste una prospettiva concreta e a breve termine di una siffatta apertura. (...) In ipotesi di affidamento diretto di un appalto pubblico di servizi a una società per azioni a capitale interamente pubblico - fatta salva la verifica da parte del giudice del rinvio dell’operatività delle specifiche disposizioni statutarie - il controllo esercitato dagli enti azionisti sulla detta società può essere considerato analogo a quello svolto sui propri servizi nel caso in cui: a) l’attività di tale società è limitata al territorio di detti enti, è esercitata fundamentalmente a beneficio di questi ultimi e si svolge tramite organi statutari composti da rappresentanti di detti enti; b) questi ultimi esercitano un’influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti di detta società” nonché Sez. II, 17 luglio 2008,

b) In numerosi altri casi, nei quali si passa ad esaminare se davvero sussistano le eccezionali condizioni che giustificano l'affidamento (e che sovente hanno riguardato realtà sociali nelle quali gli standard di servizio pubblico sono piuttosto soddisfacenti), l'Autorità afferma perentoriamente che il Comune non è riuscito ad assolvere l'onere probatorio<sup>52</sup>; in ciò lasciando, come si vedrà tra un attimo, davvero pochissimo spazio alla giurisprudenza Teckal. Anche se talvolta traspare dai pareri una certa negligenza degli enti locali nel compimento dell'analisi di mercato, nell'esecuzione degli adempimenti di pubblicità e/o nella stesura della relazione, nondimeno deve riconoscersi che l'Autorità sembra talvolta rendere questa dimostrazione una vera e propria *probatio* diabolica.

Il cuore del ragionamento è il seguente: per poter dimostrare che l'affidamento diretto è giustificabile, non basta far leva sull'efficienza del servizio già svolto in house, né su esigenze sociali (legate ad esempio alla posizione dei lavoratori; od alle c.d. clausole di protezione sociale) che sconsigliano l'ingresso del privato, né sul fatto che non risulta l'esistenza nel mercato di privati disposti a svolgere quel servizio in luogo della società pubblica a condizioni soddisfacenti quanto a qualità e costo standard, bensì, per raggiungere la prova, si deve appurare, mediante un confronto aperto al mercato, quali risorse lo stesso mercato può dare. E' insomma necessario, secondo l'Autorità, comunque sondare il mercato, al fine di poter con certezza escludere che vi siano dei privati ragionevolmente interessati. Questo perché vi sarebbe la necessità implicita nella scelta del legislatore della consultazione del mercato. Il che però significa affermare che, per poter escludere la celebrazione della gara e per poter procedere all'affidamento diretto è necessario effettuare una gara o quantomeno una sorta di market test che consista anche dell'interpello diretto ai privati interessati, con ampie forme di pubblicità.

c) L'Autorità in altri casi riconosce che l'esistenza di oneri sociali potrebbe effettivamente rendere non particolarmente appetibile il servizio per il mercato<sup>53</sup>. Tuttavia, persino in queste ipotesi esprime il suo favor per la privatizzazione. Infatti, neppure qui ritiene possibile l'eccezione. Così, in nome di una spiccata preferenza per i privati e di una altrettanto netta sfiducia verso l'amministrazione, consiglia di salvaguardare le esigenze di interesse pubblico solo mediante il contratto di servizio e addirittura di prevedere il pagamento di una sovvenzione a carico del privato, se proprio necessaria per ristabilire le condizioni di profitto in nome delle quali soltanto questi sarebbe disponibile all'assunzione del servizio. Si afferma anche che è proprio tramite il recupero di efficienza assicurato dalla gestione del privato che sarebbe possibile risolvere la questione delle clausole di protezione sociale.

Avv. Prof. Massimiliano Lombardo

---

causa C-371/05; 13 novembre 2008, causa C-324/07.

<sup>52</sup> AGCM, parere del 12 marzo 2009, AS518; parere del 29 aprile 2009, AS543; parere del 29 aprile 2009, AS565, tutte in [www.agcm.it](http://www.agcm.it).

<sup>53</sup> AGCM, parere del 15 luglio 2009, AS563; Id. parere del 6 agosto 2009, AS603, tutte in [www.agcm.it](http://www.agcm.it)