



REPUBBLICA ITALIANA
LA CORTE DEI CONTI
IN
SEZIONE REGIONALE DI CONTROLLO PER LA
LOMBARDIA

composta dai Magistrati:

dott. Nicola Mastropasqua	Presidente
dott. Giuseppe Zola	Consigliere
dott. Gianluca Braghò	Primo Referendario
dott. Alessandro Napoli	Referendario
dott. Donato Centrone	Referendario
dott. Francesco Sucameli	Referendario (relatore)
dott. Cristiano Baldi	Referendario
dott. Andrea Luberti	Referendario

nella camera di consiglio del 4 settembre e del 1 ottobre 2013

Visto il testo unico delle leggi sulla Corte dei conti, approvato con il regio decreto 12 luglio 1934, n. 1214, e successive modificazioni;

Vista la legge 21 marzo 1953, n. 161;

Vista la legge 14 gennaio 1994, n. 20;

Vista la deliberazione delle Sezioni riunite della Corte dei conti n. 14 del 16 giugno 2000, che ha approvato il regolamento per l'organizzazione delle funzioni di controllo della Corte dei conti, modificata con le deliberazioni delle Sezioni riunite n. 2 del 3 luglio 2003 e n. 1 del 17 dicembre 2004;

Visto il decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267 recante il Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali (T.U.E.L.);

Vista la legge 5 giugno 2003, n. 131;

Vista la deliberazione n. 1/pareri/2004 del 3 novembre 2004 con la quale la Sezione ha stabilito i criteri sul procedimento e sulla formulazione dei pareri previsti dall'articolo 7, comma 8, della legge n. 131/2003;

Vista la nota n. 1816 del 25 giugno 2013, pervenuta in pari data, con la quale il comune di Pavia (PV), ha chiesto un parere nel quadro delle competenze attribuite alla Corte dei conti dalla legge n. 131 del 2003;

Vista l'ordinanza con la quale il Presidente ha convocato la Sezione per l'adunanza odierna per deliberare sulla prefata richiesta;

Udito il relatore, Francesco Sucameli.

OGGETTO DEL PARERE

Il comune in epigrafe chiede un parere circa gli adempimenti di legge connessi allo svolgimento di attività strumentali da parte di una propria società partecipata, ASM Pavia Spa, società a capitale interamente pubblico.

Il comune di Pavia, infatti, detiene il 95,73% delle azioni, mentre il restante 4,27% della proprietà azionaria, sulla base della verifica dei dati disponibili nei pubblici registri, è detenuto da altri 40 Comuni della provincia di Pavia.

Sulla base di quanto riferito, ASM Pavia spa è società multiservizi che gestisce sia servizi pubblici (prevalentemente) sia servizi strumentali.

Il Comune di Pavia dall'anno 2000 ha affidato alla ridetta società, con il sistema dell'"in house providing", il servizio di manutenzione ordinaria e straordinaria del verde pubblico. Il vigente contratto avrà peraltro scadenza al termine del corrente anno.

Il comune prende atto che, sulla base della vigente giurisprudenza, tale attività è considerata "strumentale"; pertanto ritiene applicabile l'art. 4, comma 7, del D.L 95/2012, convertito con modificazioni dalla legge 135/2012, il quale prevede che, al fine di evitare distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità degli operatori nel territorio nazionale, a decorrere dal 1° gennaio 2014, le pubbliche amministrazioni acquisiscano sul mercato i beni e servizi strumentali, mediante le procedure concorrenziali previste dal decreto legislativo 163/2006 e s.m.i. (Codice dei contratti pubblici).

Di conseguenza, il comune chiede di conoscere se:

i. in base alla legge vigente, il servizio in questione dovrà essere posto a gara a norma del citato comma 7, oppure si possa applicare l'art. 4, comma 8, il quale consente che anche «A decorrere dal 1° gennaio 2014» possa procedersi ad affidamenti diretti, purché a favore di società a capitale interamente pubblico, nel rispetto dei requisiti richiesti dalla normativa e dalla giurisprudenza comunitaria per la gestione in house»;

ii. ove non sia possibile effettuare tale affidamento in house ad ASM e debba effettuarsi una procedura concorrenziale, se la stessa società partecipata possa concorrere alla gara bandita;

ii. in caso di aggiudicazione a terze società, quale sia la sorte del personale trasmigrato a suo tempo dal comune alla società nonché di quello assunto direttamente dalla società,

segnatamente, se esso "debba" essere trasferito alla società aggiudicataria della commessa pubblica.

PREMESSA

La funzione consultiva delle Sezioni regionali è inserita nel quadro delle competenze attribuite alla Corte dei conti dalla Legge n. 131 del 2003 (recante la disciplina d'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3), c.d. "La Loggia".

Pertanto, la prima questione che si pone, riguardo al descritto quesito, è quella del rispetto delle condizioni di legge per accedere alla funzione consultiva della Corte. A tal fine si rammenta che ai sensi dell'art. 7, comma 8, della citata Legge n. 131 del 2003, Regioni, Province e Comuni possono chiedere alle Sezioni regionali – di norma tramite il Consiglio delle autonomie locali, se istituito – pareri in materia di contabilità pubblica, nonché ulteriori forme di collaborazione ai fini della regolare gestione finanziaria, dell'efficienza e dell'efficacia dell'azione amministrativa.

AMMISSIBILITÀ SOGGETTIVA

Con particolare riguardo all'individuazione dell'organo legittimato a inoltrare le richieste di parere dei Comuni, si osserva che, per consolidata giurisprudenza, gli enti elencati dalla legge possono rivolgersi direttamente alla Corte in funzione consultiva, senza passare necessariamente dal Consiglio delle autonomie locali.

Poiché il sindaco è l'organo istituzionalmente legittimato a rappresentare l'ente, la richiesta di parere è proposta dall'organo legittimato a proporla ed è pertanto soggettivamente ammissibile.

AMMISSIBILITÀ OGGETTIVA

Con riferimento alla verifica del profilo oggettivo di ammissibilità del quesito, in premessa occorre rammentare che la disposizione contenuta nell'art. 7, comma 8, della Legge 131/2003 deve essere raccordata con il precedente comma 7, norma che attribuisce alla Corte dei conti la funzione di verificare il rispetto degli equilibri di bilancio, il perseguimento degli obiettivi posti da leggi statali e regionali di principio e di programma, la sana gestione finanziaria degli enti locali.

Lo svolgimento delle funzioni è qualificato dallo stesso legislatore come una forma di controllo collaborativo.

Il raccordo tra le due disposizioni opera nel senso che il comma 8 prevede forme di collaborazione ulteriori rispetto a quelle del precedente comma, rese esplicite, in particolare, con l'attribuzione agli enti della facoltà di chiedere pareri in materia di contabilità pubblica.

Secondo le Sezioni riunite della Corte dei conti – intervenute con una pronuncia in sede di coordinamento della finanza pubblica, ai sensi dell'art. 17, comma 31 del Decreto Legge 1 luglio 2009, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 3 agosto 2009, n. 102 – il concetto di contabilità pubblica deve essere incentrato sul "sistema di principi e di norme che regolano l'attività finanziaria e patrimoniale dello Stato e degli enti pubblici" da intendersi in senso dinamico in relazione alle materie che incidono sulla gestione del bilancio e sui suoi equilibri (Deliberazione del 17 novembre 2010, n. 54).

Tanto precisato, l'istanza risulta certamente ammissibile rispetto al quesito sub i., in quanto concernente la corretta applicazione di norme disciplinanti l'attività organizzativa, finanziaria e patrimoniale delle pubbliche amministrazioni verso le proprie società partecipate, oggetto delle funzioni di controllo di questa Corte e si inquadra tra le "forme di collaborazione" che le "sezioni regionali di controllo della Corte dei conti ai fini della regolare gestione finanziaria e dell'efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa", di cui all'art. 7, comma 8 della Legge "La Loggia". Si tratta, infatti, di materia afferente all'organizzazione pubblica degli enti locali, con riflessi, quindi, sulla sana e corretta gestione finanziaria degli stessi.

Si ritengono per contro oggettivamente inammissibili i quesiti sub ii. e sub iii., il primo, nella misura in cui lo stesso interferisce con materia oggetto di delibazione da parte di altro plesso giurisdizionale (*id est* la magistratura amministrativa), il secondo in quanto il destino del personale della società partecipata rientra nel novero delle scelte discrezionali rimesse ai soggetti giuridici, nel rispetto delle prescrizioni giuslavoristiche, contrattuali, nonché, in caso di assorbimento del personale nell'ente pubblico, del principio del pubblico concorso (cfr. cfr. SRC Lombardia n. 1014/2010).

MERITO

1. Questa Sezione ritiene di non entrare nella questione preliminare concernente la corretta qualificazione del servizio prospettato (verde pubblico) alla stregua di un servizio strumentale, in quanto questione non strettamente attinente alla contabilità pubblica e oggetto di delibazione giurisdizionale da parte di altri plessi magistratuali.

Tuttavia, impregiudicata tale questione preliminare, il Collegio ritiene di esprimersi sulla disciplina restrittiva concernente l'esercizio di società pubbliche in materia di attività strumentali, in quanto ricorrenti le ragioni di ammissibilità oggettiva sopra esposte.

Con riguardo al primo quesito, ovvero se l'ente debba a scadenza procedere con gara o in affidamento diretto alla riassegnazione del servizio strumentale, si osserva quanto segue.

L'art. 4 del D.L. n. 95/2012 (*Spending Review*), norma citata dall'ente come fonte normativa di riferimento, si inserisce in un contesto ordinamentale di restrizioni alla operatività (e ammissibilità) di società, in quanto considerate elemento di potenziale disturbo dello sviluppo di una piena ed effettiva concorrenza sul mercato.

La qualificazione di una società come tale si ricollega al tipo di attività che ne è oggetto, *“rivolta agli stessi enti promotori o comunque azionisti della società per svolgere le funzioni di supporto di tali amministrazioni pubbliche, secondo l’ordinamento amministrativo”*, per lo svolgimento delle funzioni pubbliche di cui restano titolari gli enti serviti (sul punto si rinvia a Consiglio di Stato, Ad. plenaria n. 17 del 2011 che riassume le decisioni in materia: cfr., altresì Cons. Stato, V, sentenza 5 marzo 2010, n. 1282 e Cons. Stato, sez. V, sentenza 12 giugno 2009, n. 3766).

Come più volte ricordato dalla Corte costituzionale, a parte l’ancillarità a funzioni intestate all’ente pubblico, le attività strumentali si caratterizzano, da un lato, per essere svolte e regolate da norme di diritto privato, dall’altro, per il fatto di tradursi in attività economiche potenzialmente contendibili sul mercato, per la cui offerta l’ente quindi può entrare in concorrenza con operatori privati: pertanto la loro creazione e il loro svolgimento può portare distorsioni del funzionamento dei mercati interessati, a causa dei vantaggi competitivi (economici e/o giuridici) di cui tali società partecipate godono. Quindi, da un lato, il Legislatore ha operato con varie norme per isolare queste attività rispetto ad altre svolte dagli organismi partecipati, per altro verso, ha subordinato lo svolgimento di tali attività alla sussistenza di presupposti costitutivi e qualitativi

Questi concetti sono ben sintetizzati da una recente pronuncia del Giudice delle leggi (sent. n. 229/2013, che ha parzialmente dichiarato l’incostituzionalità dell’art. 4, nella misura in cui si applica anche alle Regioni), secondo cui le varie restrizioni che colpiscono l’attività delle società che svolgono attività strumentale per la pubblica amministrazione sono *« [...] dirette ad evitare che soggetti dotati di privilegi svolgano attività economica al di fuori dei casi nei quali ciò è imprescindibile per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, anche al fine di eliminare eventuali distorsioni della concorrenza (sentenza n. 326 del 2008).*

In altri termini, in tali previsioni restrittive si è ravvisata la finalità di assicurare che le società pubbliche, che svolgono servizi strumentali per le pubbliche amministrazioni, non approfittino del vantaggio che ad esse deriva dal particolare rapporto con le predette pubbliche amministrazioni operando sul mercato, al fine di evitare distorsioni della concorrenza, ma concentrino il proprio operato esclusivamente nell’attività amministrativa svolta in forma privatistica” per le medesime amministrazioni pubbliche. E ciò in linea con la normativa dell’Unione europea, il cui primario obiettivo è quello di evitare che l’impresa pubblica goda di regimi privilegiati e di assicurare – ai fini dell’ammissibilità degli affidamenti diretti di servizi a società pubbliche – che l’ente affidante eserciti sull’affidatario un controllo analogo a quello che esso esercita sui propri servizi e che l’affidatario realizzi la parte più importante della propria attività con l’ente controllante (per tutte, sentenza Corte di giustizia, sez. V, 18 novembre 1999, n. C-107/98, Teckal c. Comune di Viano)».

Detto in altri termini, la distinzione tra servizi pubblici e strumentali ubbidisce ad

un'esigenza tutta interna di promozione dinamica della concorrenza (cfr. C. cost. n. 14/2004 e di recente sent. 299/2012), volta a limitare lo svolgimento di attività economica da parte delle pubblica amministrazione in mercati in cui si rivela efficiente e sufficiente l'attività degli operatori privati (sussidiarietà economica).

2. In quest'ottica i commi 7 e 8 dell'art. 4 hanno previsto che il bisogno di reperire all'esterno servizi strumentali deve essere soddisfatta rispettando il canone della concorrenza "per" il mercato (affidamento con gara, comma 7), salvo consentirne ancora l'affidamento diretto limitatamente alle ipotesi in cui sussistano tutti i requisiti dell'*in house providing* (comma 8).

Si pone dunque questione su quali siano le concrete caratteristiche che le società partecipate e *in house* di cui al comma 8 devono avere per poter essere validamente destinatarie di affidamento diretto, avendo i commi 1 e 3 dello stesso articolo 4 stabilito la sostanziale dismissione delle società strumentali a conduzione operativa esclusiva (vale a dire, delle società strumentali controllate, il cui fatturato è prodotto in misura superiore al 90% verso pubbliche amministrazioni).

Detto in altri termini, ci si deve chiedere se sia possibile effettuare l'affidamento a società che non hanno un oggetto esclusivo di tipo strumentale, vietate da precedenti norme.

Come è noto, infatti, l'art. 4 si pone nel punto terminale di un percorso normativo iniziato nel 2006, con l'art. 13 del c.d. "Decreto Bersani" (D.L. n. 223/2006, conv. L. n. 248/2006).

Tale norma prevede una serie articolata di precetti rispondenti alla sopra richiamata *ratio* di neutralizzazione dell'impatto sul mercato dei vantaggi competitivi delle società che sono affidatarie di servizi strumentali. Sul piano sostanziale essa sancisce:

a) il divieto di svolgere attività *extra moenia* per enti diversi dai soggetti costituenti, partecipanti e affidanti (divieto di partecipare a gare o di essere affidatarie in via diretta degli stessi servizi per altri soggetti, pubblici o privati, cfr. comma 1);

b) la necessaria "esclusività" dell'oggetto sociale, vietando quindi il cumulo di attività strumentali e quella consistente in servizi pubblici locali su un medesimo soggetto societario partecipato (cfr. in proposito, *ex coeteris*, le deliberazioni di questa Sezione n. 221/2012/PAR e n. 147/2012/PAR, nonché 281/2012/PRSE).

Si è parlato più sinteticamente anche di esclusività assoluta (oggetto esclusivo) e relativa (sul piano dei soggetti destinatari della prestazione, dieto di *extra moenia*). Detto in altri termini, l'attività della società strumentali deve essere separata ed esclusiva, sì da neutralizzare il vantaggio competitivo delle società partecipate rispetto agli operatori del libero mercato.

Gli enti pubblici controllanti avevano il dovere di adeguarsi adottando apposite misure organizzative (comma 3) entro un periodo di *standstill* di quarantadue mesi (scaduto il 4

gennaio 2010, ma la prescrizione, *a fortiori*, vale scaduto il termine di adeguamento), riconducibili sostanzialmente a tre opzioni: i) la "cessazione" della società stessa (e delle relative attività, salva la possibilità della loro reinternalizzazione); ii) l'alienazione della partecipazione in contrasto col divieto di attività *extra moenia* o con il precetto dell'oggetto esclusivo, con procedure ad evidenza pubblica; iii) lo scorporo della attività non cumulabili, mediante una separazione societaria.

Contemporaneamente, per rendere cogenti tali prescrizioni, il comma 4 dell'art. 13 stabilisce la sanzione civilistica della nullità dei contratti stipulati dopo l'entrata in vigore del Decreto medesimo, sanzione che può essere riferita tanto ai contratti di affidamento di commesse in violazione dei primi due commi, quanto allo stesso contratto di società, ove fossero stati istituiti organismi ad oggetto non esclusivo dopo l'entrata in vigore del decreto.

Venivano pertanto vietate le *multi-utilities* ad oggetto eterogeneo, cioè cumulanti servizi strumentali e servizi pubblici locali.

3. In questo contesto, si è inserito successivamente l'art. 4 del Decreto *Spending Review* che, ai commi 1 e 3 dell'art. 4, ha prescritto il ridimensionamento delle partecipazioni in società che svolgono attività strumentali per le pubbliche amministrazioni, con volumi di fatturato superiori al 90% (nel 2011). Tale attività di ridimensionamento e riorganizzazione, similmente a quanto accaduto con il Decreto Bersani, è imposto secondo termini che dovrebbero garantire un sufficiente *spatium deliberandi*, invero assai più breve che in precedenza, in quanto articolato secondo la seguente alternativa secca:

a) scioglimento della società entro il 31 dicembre 2013;

b) alienazione, con procedure di evidenza pubblica, delle partecipazioni detenute alla data di entrata in vigore del presente decreto entro il 31 dicembre 2013 (il termine del 30 giugno 2013 è stato prorogato e sostituito con il D.L. n. 69/2013) ed alla contestuale assegnazione del servizio per cinque anni a decorrere dal 1° luglio 2014 (il termine del 1° gennaio 2014 è stato prorogato e sostituito con il D.L. n. 69/2013).

4. Taluno ha dubitato che la nuova norma sia compatibile con il precedente Decreto Bersani, in quanto l'art. 4 imporrebbe lo scioglimento proprio delle società strumentali "esclusive", in precedenza imposte.

Pur applicandosi, entrambe, in linea di massima, a società costituite per lo svolgimento di servizi strumentali, ritiene il Collegio che le due norme continuino a vigere rispettivamente nel proprio ambito soggettivo di applicazione, e che l'art. 4 del Decreto *Spending Review*, si connoti per alcuni tratti di specialità, venuti meno i quali, o non integrati i quali, si applica la norma generale dell'art. 13 del Decreto Bersani.

Si rammenta che l'art. 13 del Decreto Bersani si applica: 1) con una definizione in positivo, a tutte le società la cui attività consiste nella produzione di beni e servizi strumentali all'attività degli enti partecipanti; 2) a capitale interamente pubblico o misto, costituite o

partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali; 3) senza alcuna soglia di fatturato con le pubbliche amministrazioni; 4) con la sola eccezione delle società che svolgono servizi in funzione di centrale di committenza (comune all'art. 4 *Spending Review*).

Per quanto concerne l'art. 4 del Decreto *Spending Review*, esso presenta un'area soggettiva più limitata, caratterizzata da una serie più ampia di esclusioni: 1) alle società strumentali (individuata, con una discutibile tecnica normativa, tramite l'esclusione: le società che svolgono "prevalentemente" servizi di interesse generale); 2) controllate direttamente o indirettamente dalle pubbliche amministrazioni; 3) il cui il fatturato con pubbliche amministrazioni, nel 2011, è stato superiore al 90%, 4) e che, infine, non ricadano comunque, nel novero di esclusioni di cui al già citato comma 3.

I punti 3 e 4 delimitano in modo più consistente l'area operativa della norma. Il comma 3, infatti, prevede una congerie eterogenea di fattispecie di esclusione, così catalogabili: i. casi specifici e nominativi di società, ii. alcune tipologie di società strumentali, come quelle che svolgono servizi di committenza, iii. nonché, con una previsione tendenzialmente generale, le società che operano in settori, per cui, tramite un procedimento amministrativo articolato, in cui si prevede il parere obbligatorio e vincolante della dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, sia stata accertata che «per le peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto, anche territoriale, di riferimento non sia possibile per l'amministrazione pubblica controllante un efficace e utile ricorso al mercato».

Detto in altri termini, l'art. 13 del Decreto Bersani, per la sua positiva e più ampia definizione, continua a applicarsi, in quanto norma generale,:

- alle società costituite anche per lo svolgimento di servizi strumentali, per cui non sono integrati gli estremi di fatturato del comma 1, e per cui, conseguentemente, scattano le prescrizioni di esclusività dell'oggetto ("assoluto", comma 1, e "relativo" comma 2). Si pensi alle società il cui "fatturato", pur nel rispetto dell'obbligo di strumentalità esclusiva, sia costituito da erogazioni di soggetti diversi dalla pubblica amministrazione controllante come, ad esempio, le società che svolgono attività di gestione delle partecipazioni (nelle quali le poste attive del conto economico sono costituite dagli utili delle partecipate di secondo livello);
- alle società strumentali che ricadono nel novero delle esclusioni del comma 3 dell'art. 4 del D.L. 95/2012.

In definitiva, per tali società permane il divieto di costituzione o mantenimento di società *multi-utilities* ad oggetto eterogeneo (comma 1), nonché il divieto di attività *extra moenia* (comma 2).

Peraltro, per effetto della successione tra le due normative, le amministrazioni controllanti di tali società, non potranno avvalersi più della possibilità di incorporare i servizi strumentali per creare una società strumentale *ad hoc*, oggetto esclusivo (mediante l'opzione

n. iii sopra richiamata), potendo scegliere unicamente tra l'internalizzazione dei servizi presso l'ente medesimo, la cessazione della società, l'alienazione delle partecipazioni.

Per contro, gli enti che hanno già adempiuto *ab origine* alle prescrizioni del "Bersani", ma che, per effetto di tale adempimento, si ritrovano ad integrare gli estremi di fatturato per l'applicazione dell'art. 4 del Decreto *Spending Review*, dovranno procedere, nei termini di legge, nel senso dalla prefata disposizione.

4.1 L'applicazione combinata dei due articoli evita l'effetto paradossale, da un lato, di vietare le società strumentali "pure" e, al contempo, consentire l'istituzione o sopravvivenza di multi-utilities ad oggetto misto (attività strumentali e servizi pubblici locali), il cui fatturato verso le pubbliche amministrazioni sia pari o al di sotto della soglia di fatturato del 90%, società le quali, come si è visto, presentano un forte potenziale anticompetitivo e che il Legislatore ha a suo tempo vietato con il D.L. n. 223/2006 .

Vi è infatti una perfetta linearità, logica e cronologica non solo tra le due disposizioni analizzate, ma anche con l'art. 27, comma 3, L. n. 244/2007 (finanziaria 2008) il quale afferma che «*al fine di tutelare la concorrenza e il mercato, le amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, non possono costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e di servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né assumere o mantenere direttamente partecipazioni, anche di minoranza, in tali società. E' sempre ammessa la costituzione di società che producono servizi di interesse generale e che forniscono servizi di committenza o di centrali di committenza [...]*».

Del resto non solo questo emerge implicitamente dalla già citata sentenza n. 229/2013 della Corte costituzionale, che parla di "armonia" e non di contrasto tra queste disposizioni, ma anche dalla precedente giurisprudenza costituzionale (sentenza n. 326 del 2008), che ne aveva evidenziato una *ratio* che risulta indubbiamente comune a quella dell'art. 4 del Decreto *Spending Review*: l'art. 13 del Decreto Bersani, infatti, mira a separare, nel contesto dell'attività svolta attraverso organismi partecipati, la sfera dell'attività amministrativa esercitata in forma privatistica, dalla attività d'impresa vera e propria, per evitare che un soggetto – che svolge entrambe le attività con una sola forma giuridica (quella della società di capitali) o che comunque gode del vantaggio competitivo derivante da una commessa pubblica – in quanto "quasi-amministrazione", sfrutti tale posizione di vantaggio per estendere il proprio mercato in condizione di non parità con i concorrenti. Infatti, l'impresa che opera in questo modo gode del privilegio economico costituito dal cumulo di fatturati "riservati" in grado di foraggiare la propria sopravvivenza sul mercato, anche in caso di gestioni inefficienti: tali società, cumulando i contratti per servizi strumentali e servizi pubblici locali, affidati direttamente, si assicurano difatti un provento «*in grado di coprire, se non tutte, la maggior parte delle spese generali, in sintesi: un minimo garantito [...]*. In una tale situazione, è fin

troppo evidente che ogni ulteriore acquisizione contrattuale potrà avvenire offrendo sul mercato condizioni concorrenziali, poiché l'impresa non deve imputare al nuovo contratto anche la parte di costi generali già coperta, ma solo il costo diretto di produzione. Gli ulteriori contratti, sostanzialmente, diventano più che marginali e permettono o la realizzazione di un profitto maggiore rispetto all'ordinaria economia aziendale del settore, ovvero di offrire sul mercato prezzi innaturalmente più bassi, perché non gravati dall'ammortamento delle spese generali [...]. Potenzialmente ciò induce ed incoraggia il capitalismo di Stato e conduce alla espulsione delle imprese private marginali.» (TAR Sicilia, Catania, sez. III, 18 giugno 2009, n. 1161).

In definitiva, sarebbe paradossale che una norma come l'art. 4 del Decreto *Spending Review*, concepita per rendere ancora più rigorosa ed efficace la promozione per la concorrenza, aprisse mercati alle amministrazioni pubbliche, prima preclusi dall'art. 13 del Decreto Bersani (quello delle attività strumentali, anche a favore di enti diversi dai soci, tramite società *multi-utilities* e ad oggetto eterogeneo, cumulanti cioè servizi strumentali e servizi di interesse generale).

In conclusione, si può affermare che il Decreto Bersani, il successivo dettato normativo dell'art. 3, commi 27 e ss. della legge finanziaria 2008 e, infine, l'art. 4 del Decreto *Spending Review*, precludono alle pubbliche amministrazioni lo svolgimento di attività imprenditoriali *stricto sensu* (destinate al mercato, per il beneficio dell'imprenditore in quanto tale) favorendo la c.d. sussidiarietà economica; si tratta di norme espressione di un sistema di principi immanente (così Ad. Plen. n. 10 del 2011) le cui coordinate fondamentali si possono così riassumere (cfr. di recente Cons. Stato, sez. VI, sentenza n. 1574 del 2012 e n. 122 del 2013):

a) l'ente pubblico che non ha fini di lucro non può svolgere attività di impresa, salve espresse deroghe normative;

b) la possibilità di costituzione di società in mano pubblica, o è prevista espressamente dalla legge, oppure, ordinariamente, è prevista per il compimento di servizi di interesse generale (servizi pubblici economici e non);

c) lo svolgimento, in via ordinaria, di società strumentali non è più ammesso, se non nei casi di legge (ad es. società di committenza o servizi in cui il ricorso al mercato si dimostra non efficiente ai sensi del comma 3 dell'art. 4 del D.L. n. 95/2012).

5. In questo senso si comprendono le previsioni dei commi 7 e 8 dello stesso art. 4 del D.L. n. 95/2012. Essi, infatti, si limitano a confermare la consolidata tendenza del Legislatore a favorire l'alternativa secca "ricorso al mercato"/autoproduzione (con forme di diritto pubblico, nei limiti in cui è ancora ammessa, con forme di diritto privato, solo se ricorrono i presupposti dell'*in house providing*).

Pertanto, a decorrere dal 1° gennaio 2014, i servizi strumentali andranno assegnati all'esterno con gara, confermando il canone della concorrenza "per" il mercato (comma 7); per

altro verso, sarà possibile procedere all'affidamento diretto nei confronti di società partecipate, solamente se sussistano i presupposti della gestione "in house" (comma 8) e si tratti di società di cui gli articoli 13 del Decreto Bersani e i commi precedenti dell'art. 4 non impongano la dismissione.

Alla luce di quanto premesso, tale l'affidamento *in house* di attività strumentali potrà riguardare soltanto le società che rispettino contemporaneamente le prescrizioni delle due norme citate.

Non potrà pertanto procedersi ad affidamento, né con gara, né in via diretta, nei confronti di società che, pur non ricadenti nelle previsioni dell'art. 4, commi 1 e 3, violano il decreto Bersani (società *multi-utilities* ad oggetto eterogeneo, che hanno ad oggetto servizi strumentali e di interesse generale e/o che svolgono attività *extramoenia*) a cui si applicano, quindi, le limitazioni e le sanzioni di cui al commi 1 e 4, dell'art. 13, del D.L. n. 223/2006 (divieto di affidamento e nullità dei contratti).

Per contro, potrà procedersi ad affidamento diretto nei confronti delle società che ricadono nell'area di esclusione di entrambe le norme, tra queste, *exempli gratia*:

- le società che svolgano servizi di interesse generale che, peraltro, svolgano di fatto e residualmente attività strumentali, come fase del processo di produzione di servizi di interesse generale cui sono preordinate. Per tali società, infatti, non si può affermare sussista una violazione del decreto Bersani, in quanto l'oggetto sociale rimane omogeneo e non qualificabile attività strumentale. Solo in questo caso di può parlare di "prevalenza" non incompatibile con la prescrizione di esclusività di cui al comma 2, dell'art. 13, del Decreto Bersani e, al contempo, rilevante ai fini dell'esclusione di cui al comma 3, dell'art. 4 della *Spending Review*;
- le società strumentali che, pur nel rispetto dell'obbligo di strumentalità esclusiva, hanno un fatturato "non market", proveniente da soggetti diversi dalla pubblica amministrazione (*ut supra* ricordato, le *holding* di partecipazioni);
- le società che costituiscono centrali di committenza o che svolgono servizi di committenza;
- le società strumentali che ricadono nelle altre deroghe di cui al comma 3 dell'art. 4 del Decreto Bersani e allo stesso tempo in regola con il principio di esclusività, assoluta e relativa, dell'art. 13 del Decreto Bersani. Tra queste, in particolare, le società esercenti servizi strumentali per le quali, per le peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto, anche territoriale, di riferimento non sia possibile, per l'amministrazione pubblica controllante, un efficace e utile ricorso al mercato. «In tal caso, l'amministrazione, in tempo utile per rispettare i termini di cui al comma 1 dell'art. 4, predispone un'analisi del mercato e trasmette una relazione contenente gli esiti della predetta verifica all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, per l'acquisizione del parere vincolante, da rendere entro sessanta giorni dalla

ricezione della relazione. Il parere dell'Autorità è comunicato alla Presidenza del Consiglio dei Ministri e della possibilità»;

Si rammenta, in proposito, che, ai fini del comma 8, una gestione si può definire "in house" in presenza dei seguenti tre requisiti: i) capitale totalmente pubblico, ii) esercizio di un controllo analogo a quello esercitato dagli enti soci su un proprio ufficio, iii) più parte dell'attività svolta in relazione alla sfera dei soci) individuati dalla sentenza Corte di Giustizia UE 18.11.1999, C-107/98, c.d. Teckal. Il controllo, per essere "analogo", secondo la giurisprudenza comunitaria, deve tradursi nella possibilità d'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti (sul punto, Corte giust., sentenza 13 novembre 2008, causa C-324-07 Coditel Brabant SA. In precedenza, si segnalano le sentenze 13.10.2005, causa C-458/03 Parking Brixen, para. 67-70; 11.2.2005, causa C-26/03 Stadt Halle e 18 novembre 1999, causa C-107/98 Teckal).

Inoltre il Consiglio di Stato, Sez. V, n. 1365/2009 ha ritenuto che il requisito del controllo analogo non sottende una logica "dominicale", rivelando piuttosto una dimensione "funzionale": affinché il controllo sussista anche nel caso di una pluralità di soggetti pubblici partecipanti al capitale della società non è dunque indispensabile che ad esso corrisponda simmetricamente un "controllo" della *governance* societaria, e quindi può essere esercitato in forma congiunta da più enti pubblici (in questo senso cfr. anche Cons. Stato, sez. V, sentenza 9 marzo 2009, n. 1365, nonché Corte di giustizia dell'Unione europea, sez. II, sentenza 29 novembre 2012, causa C-183/11 e conformemente sez. III, 10 settembre 2009, causa n. C-573/2007).

In definitiva, in relazione al quesito sub *i*. il comune dovrà procedere a gara, salvi in ogni caso gli obblighi di dismissione di cui al comma 1 dell'art. 4 del D.L. 95/2012, sempreché non sussistano gli estremi per l'affidamento diretto di cui al comma 8 dello stesso articolo, nel rispetto, altresì dei precetti dell'art. 13 del D.L. "Bersani".

P.Q.M.

nelle considerazioni esposte è il parere della Sezione.

L'estensore
(Dott. Francesco Sucameli)

Il Presidente
(Dott. Nicola Mastropasqua)

Depositata in Segreteria il
_____07/10/2013_____
Il Direttore della Segreteria
(Dott.ssa Daniela Parisini)