RELAZIONE

Affidamento di servizi in house alla Val Cavallina Servizi s.r.l. – Verifica ai sensi dell'art. 34, commi 20 e 21, del DL n. 179 del 18 ottobre 2012.

1. L'evoluzione normativa in materia di servizi pubblici locali a rilevanza economica.

Attraverso l'art 4 del DL 138/2011, convertito nella legge 14 settembre 2011, n. 148, il Legislatore nazionale intendeva introdurre una riforma organica per la gestione dei servizi pubblici locali, dopo che il referendum popolare del 12 giugno 2011 aveva abrogato sia l'art. 23-bis del DL 25 giugno 2008, n. 112, convertito in legge 133/2008, sia il regolamento attuativo di tale disposizione, emanato con DPR 7 settembre 2010, n. 168.

L'art 4 del DL 138/2011 puntava all'obiettivo strategico di traghettare la gestione dei servizi pubblici locali da un sostanziale regime di monopolio alla libera concorrenza del mercato, mediante un processo di liberalizzazione scandito da termini stringenti, entro cui gli Enti locali, sulla base di complesse analisi di mercato e mediante l'adozione di un'apposita delibera quadro, avrebbero dovuto liberalizzare le attività economiche, oppure, in alternativa, procedere all'attribuzione di diritti di gestione in esclusiva.

In quest'ultimo caso, sarebbe stato un onere delle Amministrazioni indire gare a evidenza pubblica per conferire la gestione dei servizi sul mercato, dopo aver comunque accertato, con la suddetta delibera quadro, che "la libera iniziativa economica privata non risulti idonea a garantire un servizio rispondente ai bisogni della comunità" (art. 4, commi 1 e 8 del DL 138/2011).

Come è noto, tuttavia, la disciplina generale dei servizi pubblici locali di rilevanza economica contenuta nel suddetto art. 4 è stata abrogata dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 199 del 17 luglio 2012. I giudici costituzionali, accogliendo i ricorsi di sei Regioni italiane (Puglia, Lazio, Marche, Emilia Romagna, Umbria e Sardegna), hanno dichiarato l'illegittimità costituzionale della norma *de qua* a causa del divieto di ripristino della normativa abrogata dal corpo elettorale, desumibile dall'art. 75 Cost., che contempla il referendum quale strumento di democrazia diretta per l'esercizio della sovranità popolare.

La citata sentenza della Consulta n.199/2012 non ha peraltro determinato una vera e propria lacuna normativa nella materia dei servizi locali, permanendo quest'ultima regolata, oltre che dalle discipline di settore, anche dall'ordinamento giuridico comunitario, ossia dai principi di diritto coniati dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea e dalla giurisprudenza nazionale.

In seguito alla pronuncia della Corte Costituzionale, il legislatore italiano è nuovamente intervenuto nella materia dei servizi pubblici locali con il DL 18

ottobre 2012, n. 179, convertito in legge 17 dicembre 2012 n. 221, che impone per l'affidamento di nuovi servizi pubblici locali di rilevanza economica una procedura di informazione, propedeutica all'attivazione del servizio, che si prospetta come un pre-affidamento.

Nello specifico, l'art. 34, comma 20, del decreto legge n. 179/2012 prevede che, a far data dal 1 gennaio 2013, "per i servizi pubblici locali di rilevanza economica, al fine di assicurare il rispetto della disciplina europea, la parità tra gli operatori, l'economicità della gestione e di garantire adeguata informazione alla collettività di riferimento, l'affidamento del servizio è effettuato sulla base di apposita relazione, pubblicata sul sito internet dell'ente affidante, che dà conto delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta e che definisce i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e servizio universale, indicando le compensazioni economiche se previste".

Il successivo comma 21, dispone inoltre che gli affidamenti in essere al 20 ottobre 2012 (data di entrata in vigore del decreto), non conformi ai requisiti previsti dalla normativa europea, devono essere adeguati entro il 31 dicembre 2013, pubblicando la relazione di cui al precedente comma 20, che deve tra l'altro dare atto delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta, disponendo espressamente che "il mancato adempimento degli obblighi previsti nel presente comma determina la cessazione dell'affidamento alla data del 31 dicembre 2013".

2. La nozione di servizio pubblico locale – Cenni.

In parallelo all'evoluzione normativa ora descritta si osserva che, in assenza di una precisa definizione legislativa del concetto di servizio pubblico locale, la dottrina e la giurisprudenza hanno delineato varie accezioni, tra cui quella di carattere oggettivo che qualifica il servizio pubblico come una "qualsivoglia attività che si concretizza nella produzione di beni o servizi in funzione di un'utilità per la comunità locale, non solo in termini economici, ma anche in termini di promozione sociale, purché risponda ad esigenze di utilità generale o ad essa destinata in quanto preordinata a soddisfare interessi collettivi" (Consiglio di Stato sez. V, n. 2605 del 9 maggio 2001).

Secondo l'orientamento giurisprudenziale dominante, la nozione di servizio pubblico può essere attribuita soltanto "a quelle attività che sono destinate a rendere un'utilità immediatamente percepibile a singolo o all'utenza complessivamente considerata, che ne sopporta i costi direttamente, mediante il pagamento di apposita tariffa, all'interno di un rapporto trilaterale, con assunzione del rischio di impresa a carico del gestore" (*inter alia*, si vedano, Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza n. 2012 del 01 aprile 2011, Corte di Giustizia sentenza n. 196/2009, Cassazione civile n. 13892/2009, Consiglio di Stato n. 6049/2008).

In quest'ottica, si collocano altresì le decisioni del Consiglio di Stato, sez. VI, n. 2021/2012 e n. 5268/2012, secondo le quali l'assenza di un corrispettivo in

forma di tariffa da parte degli utenti beneficiari non risulta essenziale sul piano della qualificazione giuridica delle attività di servizio pubblico. Tale impostazione è stata infine confermata anche dalla più recente giurisprudenza amministrativa, e, segnatamente, dal Consiglio di Stato, Sez. V, nelle sentenze dell'11 aprile 2013, n. 1976 e del 2 maggio 2013, n. 2396.

Per quanto riguarda la tipologia dei servizi pubblici locali, è noto che gli stessi si sogliono distinguere in servizi di rilevanza economica e privi di tale rilevanza. È di rilevanza economica il servizio che s'innesta in un settore per il quale esiste, quantomeno in potenza, una redditività, e quindi una competizione sul mercato, benché siano previste forme d'intervento finanziario pubblico della relativa attività. Deve invece considerarsi privo di rilevanza economica il servizio che, per sua natura o per le modalità con cui viene svolta la relativa gestione, non dà luogo ad alcuna competizione e quindi appare irrilevante ai fini della concorrenza (cfr. T.A.R. Sardegna 2 agosto 2005, n. 1729; T.A.R. Liguria, Sez. II, 28 aprile 2005, n. 527; T.A.R. Campania 7novembre 2003, n. 13382; T.A.R. Umbria 24 ottobre 2003, n. 821). Secondo la Corte Costituzionale "coessenziale alla nozione di rilevanza economica del servizio è la copertura dei costi, non già la remunerazione del capitale" (sentenza n. 26/2011), per cui non parrebbe un elemento essenziale della nozione il carattere remunerativo della tariffa. È stata altresì attribuita "rilevanza economica" i servizi pubblici connotati da margini significativi di redditività, anche solo potenziale: non rilevando l'esiguità dell'utile che in concreto un servizio produce (cfr. Consiglio di Stato, sez. V - sentenza n. 5409/2012, che assegna rilevanza economica al servizio di illuminazione votiva, in quanto astrattamente idoneo a produrre utili).

3. I servizi affidati dal Comune di RIVA DI SOLTO alla Val Cavallina Servizi s.r.l.

Nell'ambito dello scenario sopra delineato, e nell'intento di eseguire le verifiche imposte dall'art. 34, commi 20 e 21, del DL 179/2012 rispetto ai servizi erogati da Val Cavallina Servizi s.r.l. per conto del Comune di **RIVA DI SOLTO**, si prospettano le vicende che, nel recente passato, hanno indotto tale Ente locale a costituire la propria società in house, affidandole alcuni importanti servizi locali rivolti al territorio.

La società a responsabilità limitata Val Cavallina Servizi s.r.l. è stata costituita con atto pubblico Rep. 115006 del 12/05/1997 (stipulato in esecuzione della delibera consiliare n. 24 del 12.03.1997 della Comunità Montana Valle Cavallina), con la veste giuridica di società in house a intera partecipazione pubblica, di cui il Comune di RIVA DI SOLTO detiene il **0,7106** % pari ad €.853,18 del capitale sociale.

Detta società persegue l'obiettivo di elevare i livelli di efficienza ed efficacia nei servizi pubblici, nell'ambito di una missione volta a esprimere un marcato ruolo pubblico nelle scelte gestionali relative al servizio sul territorio.

A seguito di un'apposita convenzione stipulata il **20.12.2006**, il Comune di **RIVA DI SOLTO** ha affidato alla società S.S.A.S. con sede a Costa Volpino (Bg) i seguenti servizi locali:

PRESTAZIONI DEI SERVIZI DI IGIENE AMBIENTALE

Che la S.S.A.S. con sede a Costa Volpino (Bg) ha conferito, in data 28.12.2006, il ramo d'azienda alla Val Cavallina Servizi s.r.l.

Che con delibera di Consiglio Comunale n.13 del 30.07.2013 si è approvato il contratto per la prestazione dei servizi di igiene ambientale con la Società Val Cavallina Servizi S.r.l. , in fase di registrazione;

4. L'affidamento in house secondo i principi comunitari.

Per dare corso alla verifica *ex* art. 34 del DL 179/2012 occorre premettere che l'affidamento "in house providing" è un istituto di derivazione comunitaria, che risale alla pronuncia della Corte di Giustizia Teckal del 18 novembre 1998, causa C-107/98, la quale ha stabilito che la normativa europea in tema di appalti pubblici non trova applicazione a condizione che "l'Ente locale eserciti sulla persona di cui trattasi un controllo analogo a quello da esso esercitato sui propri servizi e questa persona realizzi la parte più importante della propria attività con l'Ente o con gli Enti locali che la controllano".

La dottrina e la giurisprudenza comunitaria si sono a lungo occupate dell'argomento individuando, in particolare, tre presupposti che, qualora presenti in forma congiunta, giustificano l'affidamento diretto "in house", in deroga alle regole europee di evidenza pubblica.

Si tratta dei requisiti seguenti:

a) la partecipazione pubblica totalitaria, con esclusione della partecipazione anche minoritaria di un'impresa privata al capitale di una società in house;
b) l'esercizio da parte dell'Ente pubblico di una funzione di controllo pari a quella esercitata sui propri servizi ("controllo analogo");
c) la realizzazione da parte della società affidataria della parte più importante delle della propria attività nei confronti dell'ente o degli enti soci.

Tali condizioni rendono di fatto la società affidataria "la longa manus di un Ente Pubblico che la controlla pienamente" (Corte Costituzionale sentenza n. 325/2010) e non già un soggetto terzo rispetto all'Amministrazione controllante, potendo così la società stessa ottenere affidamenti diretti *in house providing*.

Dei requisiti sopra citati quello del controllo analogo è senz'altro il più controverso e difficile da accertare, nonché il più vagliato dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale. Secondo la giurisprudenza comunitaria il controllo analogo dei soci pubblici sulla società in house costituisce un potere assoluto di direzione, coordinamento e supervisione dell'attività del soggetto partecipato, e che riguarda l'insieme dei più importanti atti di gestione del medesimo. In presenza di tale assoluto potere, l'Amministrazione può prescindere dall'applicazione delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, non in virtù di apposite clausole di esclusione contenute nelle rispettive normative di settore, ma piuttosto perché si è in presenza di un modello di organizzazione meramente interno, qualificabile in termini di delegazione interorganica (nota della Commissione Europea del 26 giugno 2002, richiamata nella recente sentenza del Consiglio di Stato 11 febbraio 2013 n. 762). Ancora più restrittiva è la giurisprudenza nazionale, che definisce il controllo analogo come un rapporto equivalente a una relazione di subordinazione gerarchica, con l'effetto che tale situazione si verifica quando sussiste un controllo gestionale e finanziario stringente dell'Ente pubblico sull'ente societario (Consiglio di Stato, 25 gennaio 2005 n. 168).

La giurisprudenza comunitaria ha inoltre chiarito che “il controllo esercitato dagli enti azionisti sulla detta società può essere considerato analogo a quello esercitato sui propri servizi in circostanze come quelle di cui alla causa principale, in cui l’attività di tale società è limitata al territorio di detti enti ed è esercitata fondamentalmente a beneficio di questi ultimi” (Corte di Giustizia Europea 10 settembre 2009 n. C-573/08).

Parimenti, la giurisprudenza nazionale sostiene che “osta alla configurabilità del modello in parola l’acquisizione, da parte dell’impresa affidataria, di una vocazione schiettamente commerciale tale da rendere precario il controllo dell’ente pubblico. Detta vocazione, può, in particolare, risultare dall’ampliamento anche progressivo dell’oggetto sociale e dall’apertura obbligatoria della società ad altri capitali o dall’espansione territoriale dell’attività della società...”(Consiglio di Stato 26 agosto 2009 n. 5082; Consiglio di Stato n. 1447/2011).

Deve allora configurarsi un rapporto che assegni all’Amministrazione controllante un effettivo potere di indirizzo, direzione e supervisione dell’attività del soggetto partecipato sull’insieme dei più importanti atti di gestione del medesimo. In altri termini, è necessario che l’Ente o gli Enti soci esercitino un controllo preventivo ed effettivo sulla gestione della società, così come avviene per i servizi interni del o degli enti pubblici interessati (Consiglio di Stato, Sez. V, n. 1365 del 9 marzo 2009).

Quel che rileva è che l’Ente pubblico partecipante abbia statutariamente il potere di dettare le linee strategiche e le scelte operative della società in house, i cui organi amministrativi vengono pertanto a trovarsi in una posizione di vera e propria subordinazione gerarchica. Si tratta di un potere di comando direttamente esercitato sulla gestione dell’ente con modalità e con un’intensità non riconducibili ai diritti e alle facoltà che normalmente spettano al socio (fosse pure un socio unico) in base alle regole dettate dal codice civile, e sino al punto che agli organi della società non resta affidata nessuna autonoma rilevanza gestionale (Corte Suprema di Cassazione del 8 ottobre 2013 n. 26283).

Per quanto si è finora detto, ai fini della sussistenza del controllo analogo rileva l’espressa previsione statutaria dei seguenti punti:

- le decisioni più importanti della società devono essere sottoposte al vaglio dell’Ente affidante;
- l’Assemblea dei soci deve essere munita di forti poteri di controllo;
- occorre l’attribuzione di limitati poteri all’organo amministrativo (Consiglio di Stato, sez. VI, 3 aprile 2007, n. 1514);
- l’oggetto sociale deve essere ben definito e privo di vocazione commerciale, nonché volto a garantire una stretta connessione tra l’attività societaria ed il perseguimento degli interessi della comunità amministrata;
- l’ambito territoriale di espletamento del servizio deve essere limitato e circoscritto.

Nello specifico, è stato evidenziato in dottrina che lo statuto della società in house deve prevedere l'autorizzazione dell'Assemblea per una serie di atti, tra i quali:

- operazioni straordinarie d'azienda o altre operazioni di massima valenza strategica (fusioni, scissioni, trasformazioni, scorpori e conferimenti di rami d'azienda, piani strategico industriali e piani di investimento ecc);
- stipulazione di contratti traslativi e/o acquisitivi della proprietà o costitutivi di diritti reali di godimento o di garanzia su beni del patrimonio sociale considerati strategici, se superiori a certi importi ovvero considerati strategici;
- approvazione di budget annuali o infrannuali;
- nomine dei componenti dell'organo amministrativo e di quello sindacale.

Pronunciandosi nel contesto normativo testé descritto, il Consiglio di Stato, Sez. VI, con la sentenza n. 762/2013 ha rilevato che, stante l'intervenuta abrogazione referendaria dell'art. 23 bis del d.l. 112/2008 e la declaratoria di incostituzionalità dell'art. 4 DL 138/2011, "è venuto meno il principio, con tali disposizioni perseguito, della eccezionalità del modello in house per la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica".

Si può allora concludere che la scelta dell'Ente locale in ordine alle modalità organizzative dei servizi pubblici locali deve basarsi sui consueti parametri di esercizio delle scelte discrezionali, vale a dire:

- ✓ valutazione comparativa di tutti gli interessi pubblici e privati coinvolti;
- ✓ individuazione del modello più efficiente ed economico;
- ✓ adeguata istruttoria e motivazione a supporto degli atti formali assunti in ordine al modello gestionale individuato.

Per quanto riguarda il carattere pubblico della partecipazione societaria, la giurisprudenza della Corte di Giustizia ha affermato che non deve essere statutariamente consentito alle società in house l'alienazione a soggetti privati di quote del capitale sociale, anche se solo minoritarie (Corte di Giustizia UE 10 settembre 2009 causa C- 573/07, 13 ottobre 2005 causa C-458/03 - Parking Brixen,).

In senso conforme si è espressa anche la giurisprudenza nazionale, secondo cui per assumere la legittimità di un affidamento diretto a un soggetto in house, lo statuto societario deve garantire in via certa e permanente l'incedibilità a privati delle azioni, allo scopo di evitare meccanismi elusivi dell'evidenza pubblica finalizzati ad affidare in via diretta a privati gli appalti pubblici (TAR Puglia Bari sez I 2 aprile 2013 n. 458).

5. Valutazioni in ordine a Val Cavallina Servizi S.r.l.

Si dà corso, in questa sede, a una disamina dello statuto di Val Cavallina Servizi s.r.l. ai sensi dell'art. 34, commi 20 e 21 del DL 179/2012, per verificare la sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta (in house providing), nonché per indicare i rimedi correttivi alle eventuali carenze di volta in volta individuate.

5.1 – Partecipazione pubblica totalitaria.

Ai sensi dell'art. 7 dello statuto è prescritto che al capitale sociale possono partecipare solo Enti locali territoriali, con esclusione, pertanto, di un'apertura della compagine societaria a soggetti privati.

Già si è detto che la Corte di Giustizia ha affermato che non deve essere statutariamente consentito alle società in house l'alienazione a soggetti privati di quote del capitale sociale, anche se solo minoritarie (Corte di Giustizia UE 10 settembre 2009 causa C- 573/07, 13 ottobre 2005 causa C-458/03 - Parking Brixen,).

Ne consegue che, nel caso della Val Cavallina Servizi S.r.l., tale requisito è da considerarsi soddisfatto.

5.2 – Controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi.

L'art. 10 dello statuto riconosce in capo all'Assemblea l'esclusiva competenza dei soci pubblici in ordine alla formulazione degli indirizzi, della programmazione, vigilanza e controllo, sia sulla gestione straordinaria, che sulla gestione ordinaria della Società. L'Assemblea dei soci pubblici, inoltre, esercita in via esclusiva i seguenti poteri:

1) definizione dei piani di indirizzo alle attività della Società e di organizzazione dei relativi servizi a favore degli enti locali soci ed ogni decisione sulle tariffe;
2) definizione dei programmi di controllo e della modalità di verifica dei risultati. A questo scopo può istituire, nominandone i componenti, un Comitato unitario di Controllo.

E l'art. 22 dello statuto sociale prevede in capo al Comitato unitario di Controllo di cui sopra un sistema di controlli penetranti in capo al Comune socio, prevedendo una peculiare forma di ingerenza nella programmazione e conduzione delle attività societarie.

Alla luce di tali norme statutarie, risulta comprovata una forma di controllo particolarmente pregnante sull'andamento gestionale da parte dell'Ente socio, per cui il requisito del controllo analogo può considerarsi conseguito e soddisfatto.

5.3 – Destinazione in via esclusiva o prevalente dell'attività a favore dell'Ente socio.

La società Val Cavallina Servizi S.r.l. esercisce la parte prevalente della propria attività a favore del Comune di **RIVA DI SOLTO** , in quanto impegnata nella

realizzazione e gestione di vari servizi pubblici per conto dell'Ente locale e in ottemperanza agli indirizzi da esso impartiti.

Risulta pertanto rispettato dalla S.r.l. il requisito della realizzazione della parte più importante delle proprie attività con l'Ente controllante.

5.4 – Assenza di vocazione commerciale.

L'oggetto sociale evidenzia, come si è detto, che la gestione è esclusivamente focalizzata sull'esercizio di servizi pubblici per conto del Comune di **RIVA DI SOLTO** mentre risulta esclusa l'apertura della società a capitali privati (art. 6 dello statuto).

Il requisito è da considerarsi soddisfatto.

6. Conclusioni ed esito della verifica ex art. 34, commi 20 e 21 del DL 179/2012.

In considerazione dei rilievi sopra esposti, si deduce che Val Cavallina Servizi Srl, nella veste di società a totale partecipazione comunale, si configura quale società in house in linea con i principi dettati dal diritto comunitario, sia per quanto riguarda l'attività gestionale svolta, sia per il modello di governance che essa presenta, sia per le relazioni organizzative e funzionali che caratterizzano il relativo statuto sociale.

La presente relazione sarà pubblicata sul sito web del Comune di **RIVA DI SOLTO** ai sensi dell'art. 34, commi 20 e 21, del DL 179/2012, convertito in legge 17 dicembre 2012 n. 221.