

Spett.le
COGES SPA
Via Industriale
SAN GERVASIO BRESCIANO

L'utilizzo della società in house nella gestione dei servizi pubblici locali

Mi viene richiesto di chiarire quali siano, nell'attuale assetto normativo, i presupposti e i limiti dell'utilizzo della società *in house* per le gestione dei pubblici servizi locali a rilevanza economica, con particolare riferimento al servizio di igiene urbana.

E altresì se sia possibile l'ingresso di nuovi comuni nel capitale di CBBO, al fine di affidare direttamente alla stessa il servizio di igiene urbana.

1. Per affrontare il primo quesito si deve prendere le mosse dalla recente pronuncia della Corte Costituzionale 20 luglio 2012, n. 199, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4, d.l. 138/2011, conv. l. 148/2011, che aveva reintrodotto il limite di 200.000 €/anno per il ricorso alla società in house, già contenuto nell'art. 23-bis, d.l. 112/2008. La Corte ha chiarito che, a seguito del referendum abrogativo del giugno 2011, che aveva espunto dall'ordinamento italiano i limiti all'utilizzo dell'*in house providing* previsti dal citato art. 23 bis, d.l.112/2008, la normativa nazionale veniva a conformarsi - e doveva conformarsi - alla disciplina comunitaria, che non pone limiti di valore al riguardo. La riproposizione di detti limiti da parte dell'art. 4, d.l. 138/2011, si poneva quindi in violazione dell'art. 75 Cost. che disciplina il referendum popolare.

In forza del vincolo derivante dall'esito della consultazione referendaria, la disciplina italiana dei pubblici servizi locali, tra cui si colloca senza dubbi il servizio di I.U., non può quindi

individuare limiti all'utilizzo dell'*in house* ulteriori rispetto a quelli comunitari, che si riducono alla sussistenza degli elementi caratterizzanti il modulo stesso, ossia: a) il capitale integralmente ed esclusivamente pubblico; b) l'operare della società in via prevalente con gli enti soci; c) il c.d. controllo analogo.

Successivamente alla citata pronuncia del giudice costituzionale, l'art. 4, comma 8, d.l. 95/2012, conv. l. 135/2012 (*spending review*) ha sancito che: "A decorrere dal 1° gennaio 2014 l'affidamento diretto può avvenire solo a favore di società a capitale interamente pubblico, nel rispetto dei requisiti richiesti dalla normativa e dalla giurisprudenza comunitaria per la gestione *in house* e a condizione che il valore economico del servizio o dei beni oggetto dell'affidamento sia complessivamente pari o inferiore a 200.000 euro annui".

Per comprendere la portata di tale comma va premesso che il citato art. 4, d.l. 95, contiene due tipologie di disposizioni: norme che espressamente si riferiscono *solo* all'acquisizione di beni e servizi strumentali per l'attività degli enti locali; norme che si riferiscono *anche* ai pubblici servizi. Ad una prima lettura, il comma 8 sembrerebbe rientrare in quest'ultima categoria, in quanto non contiene alcuna esplicita limitazione ai beni e servizi strumentali. Ma così non è se si procede ad una lettura sistematica dell'intero articolato.

Si deve innanzitutto rimarcare che:

- a) i commi 1 e 3 sanciscono l'obbligo di liquidazione/dismissione delle società che producono beni e servizi strumentali per l'attività degli enti locali entro il 31.12.2013;
- b) il comma 7 stabilisce che dall'1.1.2014 – e quindi per il periodo successivo alla cessazione delle società strumentali - gli enti locali *devono* acquistare beni e servizi *strumentali* alla loro attività sul mercato, applicando le regole del codice dei contratti pubblici e quindi con gara ad evidenza pubblica.

In questa trama normativa si comprende allora la portata del comma 8. La norma contiene infatti un'*eccezione al principio recato dal comma 7* (e non per nulla si pone immediatamente dopo nell'articolato), in quanto individua i casi in cui – ***sempre dal 1° gennaio 2014*** - si può derogare all'obbligo generale di rivolgersi al mercato per acquisire beni e servizi strumentali. Il comma 8 consente infatti l'affidamento *diretto*, e quindi senza gara, soltanto alla duplice condizione che l'affidamento sia disposto a favore di società *in house* e che il valore dell'affidamento non superi il limite dei 200.000 euro annui. E appunto in quanto eccezione al

principio recato dal comma 7, non può che riferirsi al medesimo ambito di applicazione, costituito dalle *attività strumentali*.

L'interpretazione sistematica viene del resto a essere confermata sul piano del necessario adeguamento esegetico ai principi costituzionali. Ipotizzare l'applicazione del comma 8 anche ai servizi pubblici, equivarrebbe infatti ad un'ulteriore e inammissibile riproposizione della normativa contenuta nell'art. 4, d.l. 138/2011 e censurata dalla Corte Costituzionale per violazione dell'art. 75 Cost., e quindi si palesa come opzione interpretativa *da scartare*, come non ha mancato di rilevare puntualmente Corte Conti sez. reg. controllo Basilicata, nella deliberazione 173/2012/PAR, par. 2.2.

Specificamente dettato per i pubblici servizi è invece il recentissimo d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, che all'art. 34, comma 13, prevede che “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”.

L'espresso richiamo alla disciplina europea operato dalla norma conferma innanzitutto l'assenza di vincoli specifici circa i presupposti dell'utilizzo del modulo della società *in house*, già sopra rimarcato. Per il resto, la norma si limita a prevedere soltanto adempimenti motivazionali e pubblicitari in ordine alla correttezza dell'affidamento e la necessità di esplicitare i “contenuti specifici” degli obblighi di servizio pubblico e servizio universale, nonché delle eventuali compensazioni economiche. Profili questi che devono trovare attuazione nelle delibere di affidamento dei singoli comuni e nei contratti di servizio stipulati tra gestore ed ente locale.

2. In ordine al secondo punto, si deve richiamare l'art. 14, comma 32, d.l. 78/2010 (conv. dalla l. 122/2010), ai sensi del quale i comuni minori, con popolazione inferiore ai 30.000 abitanti,

non possono detenere partecipazioni in società già costituite, né costituire nuove società. Tale divieto è però derogato in due fattispecie:

- a) nel caso di partecipazione preesistente all'entrata in vigore della norma a società in situazione non deficitaria, secondo i profili meglio individuati dalla norma;
- b) nel caso di partecipazione, anche successiva all'entrata in vigore della norma, a società pluricomunali alla duplice condizione che la popolazione complessiva dei comuni soci superi i 30.000 abitanti e che la partecipazione al capitale sociale sia paritaria oppure proporzionale alla popolazione di ciascun comune.

L'ipotesi sub b) consente così, in particolare, ai comuni inferiori a 30.000 abitanti di entrare a far di società già esistenti, purché si raggiungano i limiti minimi di popolazione (già ampiamente superati da CBBO), e purché la partecipazione al capitale societario risponda alle prescrizioni di legge. Quanto alla proporzionalità, va chiarito che la norma non impone che la quota detenuta da ciascun comune sia *esattamente eguale* al rapporto tra popolazione propria e popolazione complessiva dei comuni soci, giacché si tratta di dato variabile al dinamico modificarsi dei due termini del rapporto. Si dovrà quindi curare che tale rapporto sia *ragionevolmente simile* a quello "effettivo", ammettendo quindi un idoneo ambito di tolleranza, mentre impone di evitare situazioni di evidente squilibrio, in particolare l'ingresso con quote del tutto virtuali, che appaiono peraltro anche impeditive del controllo analogo da parte del singolo comune.

Sussistendo i requisiti di corretta partecipazione alla società pluricomunale, l'ente potrà quindi legittimamente affidare in via diretta, ossia senza lo svolgimento di una previa procedura competitiva, il servizio di I.U., rispettando le prescrizioni contenute al citato art. 34, comma 13, d.l. 179/2012.

Ringraziando per la fiducia accordata, si resta a disposizione per ogni eventuale chiarimento o integrazione.

Brescia, 16 novembre 2012

Avv. Maurizio Lovisetti