

Tutela della concorrenza e organizzazione amministrativa. Sulle recenti iniziative del Governo (art. 13 e 15 del d.l. n. 223/2006 e d.d.l. A.S. 772 recante Delega al Governo per il riordino dei servizi pubblici locali)

di Adriana Vigneri

Pubblicato in “ASTRID – Rassegna” n. 34 del 2006

Vi è un intento comune alle proposte del governo che esamineremo qui e che si fondano sulla tutela della concorrenza: distinguere con chiarezza le attività che si svolgono in regime di mercato e quelle che consistono nell'autoproduzione da parte della pubblica amministrazione di beni e servizi. La recente, ma ormai ultradecennale utilizzazione da parte della pubblica amministrazione degli strumenti del diritto commerciale – non parliamo degli atti negoziali, che è storia di sempre, ma di quelli organizzativi, l'utilizzazione delle forme societarie – ha creato una straordinaria confusione di regole.

Bene ha fatto quindi il Governo ad individuare il problema e a porre principi che ci sembrano sufficientemente chiari, come ora vedremo, nella disciplina contenuta nel decreto legge “cittadino consumatore”, meno chiari nel disegno di legge sui servizi pubblici locali.

Iniziamo dall'art. 13 del D.L. n. 223 che riproduciamo per comodità del lettore.

“1. Al fine di evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità degli operatori, le società, capitale interamente pubblico o misto, costituite dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti, nonché, nei casi consentiti dalla legge, per lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative di loro competenza, debbono operare esclusivamente con gli enti costituenti ed affidanti, non possono svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, né in affidamento diretto né con gara, e non possono partecipare ad altre società o enti”.

“2. Le predette società sono ad oggetto sociale esclusivo e non possono agire in violazione delle regole di cui al comma 1”.

“3. Al fine di assicurare l'effettività delle precedenti disposizioni, le società di cui al comma 1 cessano entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore del presente decreto le

attività non consentite. A tal fine possono cedere le attività non consentite a terzi ovvero incorporarle, anche costituendo una separata società da collocare sul mercato, secondo le procedure del decreto-legge 31 maggio 1994, n. 332, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 1994, n. 474, entro ulteriori dodici mesi?

4. *I contratti conclusi in violazione delle prescrizioni dei commi 1 e 2 sono nulli?*

L'articolo non si occupa di servizi pubblici, come qualcuno ancora ipotizza, ma esclusivamente di attività svolte a favore della pubblica amministrazione regionale e locale, che ne corrisponde il prezzo, per le esigenze del proprio funzionamento (*produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti*). Come è noto, la pubblica amministrazione può produrre al proprio interno i beni e servizi di cui necessita, ovvero acquistarli dall'esterno mediante contratti d'appalto. Fra questi due metodi si è da qualche tempo inserita una terza via: si costituiscono società apposite con il compito di fornire il prodotto, il servizio o l'opera alla pubblica amministrazione, la quale si serve esclusivamente della società nata con quello scopo, mentre quest'ultima, conformemente alla propria natura di società regolata dal codice civile, opera normalmente anche a favore di altri soggetti.

Il fenomeno è noto. Nella maggior parte dei casi si tratta di società costituite dalla stessa pubblica amministrazione mediante "esternalizzazione" di una parte dei propri apparati. Un po' per ridurre l'apparato burocratico dell'ente pubblico (problema che si è posto soprattutto nei grandi comuni) e le relative spese, collocando il personale di un determinato servizio alle dipendenze della società, con l'ulteriore vantaggio di poter regolare con strumenti contrattuali le prestazioni dovute. Un po' con l'idea che queste società, nate per un atto di volontà dell'ente pubblico, potendo operare nel libero mercato, si rendano in seguito autonome dalla committenza pubblica e diventino imprese che operano esclusivamente attraverso meccanismi di mercato, liberando l'ente pubblico della necessità di assicurare loro la propria committenza in esclusiva. Accanto a queste motivazioni vi sono naturalmente le opportunità offerte dalle regole operative delle società commerciali e dalla nomina dei consigli di amministrazione, anche se Corte costituzionale e Consiglio di Stato hanno ricondotto alcuni aspetti della disciplina a canoni pubblicistici. Gli esempi: le società che erogano il servizio "calore" a favore degli uffici pubblici ed aperti al pubblico; le società di global service immobiliare; di servizi informatici; di servizi finanziari, di progettazione.

Dal punto di vista del diritto interno e comunitario le pubbliche amministrazioni possono – in linea generale¹ - evitare di far ricorso ai contratti di appalto soltanto se affidano il servizio, la fornitura, il lavoro, che altrimenti dovrebbero acquisire sul mercato, ad un soggetto a loro stesse strettamente legato (la c.d. società *in house*) così da non potersi dire che pubblica

¹ Salvi sempre divieti legislativi specifici.

amministrazione e società costituiscano due soggetti distinti (i presupposti sono: il soggetto dedicato, il controllo analogo, la proprietà interamente pubblica). La Corte di giustizia ha ammesso il c.d. appalto *in house* fin dalla sentenza Teckal (C-107/98) esattamente in considerazione della mancanza di alterità tra due soggetti.

Se dal punto di vista della gestione di queste società è indice di saggia e buona amministrazione svolgere attività a favore di più soggetti, con evidente economie, dal punto di vista del mercato e del livellamento del campo di gioco un tale comportamento è invece scorretto, dato che inserisce nella competizione un soggetto privilegiato che gode della posizione di vantaggio derivante dalla garanzia della commessa pubblica. Dal punto di vista della tutela della concorrenza un soggetto con queste caratteristiche non può godere di un monopolio e nello stesso tempo stare sul mercato.

Di qui la stringata ma chiara disciplina dell'art. 13, che consiste in una essenziale limitazione (operare soltanto *con gli enti costituenti e affidanti*), che è stata letta come divieto di attività extraterritoriale. L'extraterritorialità in verità non c'entra. Il punto è che le commesse di cui la società è destinataria possono provenire soltanto dalla pubblica amministrazione che ha esternalizzato² il servizio costituendo la società e rispetto alla quale la società costituisce una branca operativa in forma diversa da quella dell'ufficio o dell'ente pubblico economico. Così come non è possibile consentire di assumere incarichi da parte di altri soggetti, pubblici o privati, non è neppure possibile consentire la partecipazione ad altri soggetti, società o enti, che può costituire il modo per svolgere ulteriori attività nello stesso o in altri mercati.

Diverso è il caso in cui al contratto di società concorrano diversi soggetti. L'attività della società sarà necessariamente a favore di più enti tutti *costituenti ed affidanti*. Il problema è qui semmai che si siano osservate le regole del controllo analogo, che può essere esercitato anche da una pluralità di enti e da ciascuno di essi, a condizione che siano predisposti i relativi strumenti (La Corte di giustizia ha negato che un comune, partecipante con una piccola quota ad una società *in house*, esercitasse il controllo voluto, soltanto perché il problema non era stato in via di fatto neppure affrontato. E la giurisprudenza interna ha approfondito il tema e riconosciuto la possibilità di esercitare il controllo analogo anche in presenza di una pluralità di enti soci).

Ci si è chiesti che cosa significhi esattamente "costituenti e affidanti". Se l'attività della società deve essere determinata soltanto dall'ente che l'ha costituita e che le affida l'attività (con convenzione o altro contratto), oppure se può provenire anche da soggetti pubblici che partecipano successivamente alla società. La risposta mi sembra senz'altro positiva. I committenti possono

² Ma può trattarsi anche di un servizio che la p.a. non ha mai posseduto prima e che si crea per la prima volta nella forma della società di capitali.

essere soltanto gli enti – regione ed enti locali – che hanno costituito la società al fine specifico di affidarle una serie di prestazioni. Peraltro l'espressione "costituenti", anche se allude al caso normale in cui la pubblica amministrazione esternalizza per affidare l'attività, cosicché la nascita della società coincide con l'affidamento dell'attività, comprende in sé a **mio** avviso anche i casi in cui un altro soggetto pubblico entra successivamente nella società (*partecipa e quindi concorre a costituirla*) al fine di utilizzarla per riceverne le prestazioni.. D'altro canto lo scopo della norma è impedire il mix di monopolio e mercato, non di limitare o far divenire eccessivamente gravose le attività organizzative delle pubbliche amministrazioni. Non si scorge il rischio che atti di successivo allargamento della società pubblica possano essere considerati nulli. D'altra parte la norma ci sembra chiara nell'individuazione dell'attività vietata alla società con soggetti terzi (commi 1 e 2), e la sanzione della nullità colpisce appunto i contratti vietati, non l'allargamento della società.

Ma certo si dovrà aver riguardo ad una casistica anche più ampia. Le società una volta costituite sono prolifiche di ulteriori società; la catena di comando si allunga, diviene impossibile qualsiasi controllo e qualsiasi limitazione. E' precisamente quello che la nuova norma intende evitare, vietando a questo tipo di società che costituiscano o partecipino ad ulteriori società, rendendo impossibile la distinzione di regimi giuridici, tra chi sta nel libero mercato e chi opera sulla base della garanzia pubblica della committenza.

Come sempre in questi casi, la difficoltà non sta tanto nell'individuare il regime giuridico nuovo, quanto nell'incidere sulle situazioni attuali, contemperando le esigenze di applicazione delle riforme con quello di salvaguardare i valori che si sono costituiti sotto un regime giuridico meno attento alle esigenze di tutela della concorrenza. ed è quello che si propone di fare il comma 3 dell'articolo.

1 d.d.l. di delega al Governo sui servizi pubblici locali è più complesso e, ci sembra, meno lineare.

Va segnalata anzitutto la novità dell'impostazione:

- le regole di concorrenza concernono tutti i servizi di interesse generale;
- riserva e gestione monopolistica sono l'ultima delle soluzioni cui far ricorso;
- il ricorso a forme diverse dalla gara va specificamente motivato e la motivazione è soggetta a controllo.

E' importante che la maggior parte della disciplina riguardi tutti i servizi di interesse generale, dato che, come dice opportunamente la Relazione,

l'attribuzione di una determinata attività all'area dei servizi con o senza rilevanza economica ha carattere dinamico.

E' anche importante si sia messo in chiaro che l'esistenza delle finalità sociali proprie dei servizi pubblici (accessibilità fisica ed economica, universalità, continuità, qualità e sicurezza) non legittima per ciò stesso la riserva in capo all'ente locale, e il gestore unico dell'intero ciclo. Dovendosi preliminarmente accertare se gli obiettivi non siano perseguibili (per l'intero ciclo o segmenti di esso) mediante semplici misure di regolazione (art. 1, comma 3 e art. 2, lett. m).

Inoltre, mentre la disciplina attualmente vigente consente al singolo ente locale di decidere, senza alcun controllo, se far ricorso al mercato oppure gestire "*in house*", si afferma ora il principio che il ricorso al mercato costituisce la regola, mentre altre soluzioni (l'*in house* e la società mista) sono delle eccezioni che vanno motivate in base ad analisi di mercato che dimostrino l'inadeguatezza dell'offerta privata. Ancora più importante, la necessaria verifica da parte delle Autorità nazionali di regolazione o, in mancanza, dell'Antitrust sull'analisi di mercato e quindi sulla motivazione.

Non può infatti escludersi, in assoluto, che vi siano situazioni in cui il ricorso al mercato non è possibile; in tali casi l'ente locale che di tali servizi è il responsabile politico, non potrebbe sottrarsi all'esigenza di fornire il servizio con altre modalità.

Convincono meno alcuni dettagli della disciplina

In tema di **società mista** (art. 2, lett. c) il conflitto di interessi è *in re ipsa*, lo si può evitare soltanto se è chiaro che l'ente locale esercita esclusivamente funzioni di controllo e che gestore è unicamente il socio privato, scelto appunto in relazione alla sua idoneità a svolgere il servizio³. Aggiungasi che la Corte di giustizia europea ha escluso l'affidamento diretto ad una società in cui vi siano, anche con quote minime, soci privati, indipendentemente dalle modalità con cui questi soci sono stati scelti. l'unica possibilità di una disciplina conforme agli orientamenti comunitari è data da una gara per l'affidamento del servizio cui segue il contratto di società.

Bene si è fatto escludendo che le società *in house* possano **svolgere attività, né in via diretta né partecipando a gare, per altri enti pubblici o privati** (non si è esclusa la partecipazione a società) (art. 2, lett. d). Ma la successiva lett. e) – che sembra sovrapporsi parzialmente alla d) – ammette invece l'ingresso nel mercato, certo per le società miste affidatarie dirette. Entrando in contraddizione, ci sembra, con le conseguenze che derivano dal tipo di gara per la "scelta del socio" (durata della società commisurata alla durata dell'affidamento del servizio, necessità del rinnovo della gara,

³ Il testo attuale dell'art. 113 è più chiaro su questo aspetto, come ha riconosciuto la migliore dottrina (CAIA).

impossibilità di assumere diversamente ulteriori attività,...). Più in generale, ciò che preclude di stare contemporaneamente nel mercato (v. art. 13 del d.l.), non è il fatto di godere di finanziamenti straordinari (a che titolo?), ma di essere affidatari diretti di servizi.

Quanto alla **disciplina transitoria**, non è chiaro se si ammette la cessazione anticipata degli affidamenti diretti (come potrebbe dedursi dalla lett. h) dell'art. 2), o se ne prevede soltanto la cessazione alla scadenza (come dice la lett. i) dell'art. 2), scadenza che normalmente nell'*in house* non viene fissata, oppure soltanto l'impossibilità di partecipare a gare dopo il 31 dicembre 2011 (con l'effetto che le gestioni *in house* attuali nonostante siano con contrasto con il nuovo regime giuridico potrebbero continuare a tempo indeterminato). La Relazione chiarisce che gli attuali affidamenti diretti ormai in essere proseguono fino alla naturale scadenza, con la sola differenza che fino al 2011 i relativi soggetti competono con tutti gli altri, dopo non potranno operare al di fuori del loro territorio. Questa data limite va osservata in tutti i settori, o il legislatore delegato potrà anticiparla in qualche caso?

Le incertezze che abbiamo segnalato derivano almeno in parte dal fatto che il disegno di legge delega è in parte fatto di principi e criteri e in parte di disposizioni puntuali. Il lavoro che dovrà essere fatto in sede parlamentare avrà anche lo scopo di portare la massima possibile chiarezza ad un testo che ha l'indubbio merito di riportare su binari coerenti i principi di fondo della materia, tra tutela della concorrenza e finalità sociali da garantire.